



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antonio Augusto Pires Brandão

**O incidente de resolução de demandas repetitivas:
do contexto à otimização**

Rio de Janeiro

2017

Antonio Augusto Pires Brandão

**O incidente de resolução de demandas repetitivas:
do contexto à otimização**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B821 Brandão, Antonio Augusto Pires.

O incidente de resolução de demandas repetitivas: do contexto à
otimização / Antonio Augusto Pires Brandão. - 2017..

200 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Incidente processual - Teses. 2. Poder judiciário - Teses. 3. Direito
processual - Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II. Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9(81)

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Antonio Augusto Pires Brandão

**O incidente de resolução de demandas repetitivas:
do contexto à otimização**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 13 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação de mestrado é um trabalho árduo que se estende por dois intensos anos. Ao longo dessa jornada, o pesquisador necessita de diversas formas de interação social, que vai desde o apoio da comunidade acadêmica experiente até o amparo do seio familiar.

Por tal razão, a prodigiosa missão de dedicar algumas linhas para todos aqueles que contribuíram de alguma forma para o desfecho do estudo consiste em um protesto do verdadeiro sentimento de gratidão. Não é exagero afirmar que todos forneceram subsídios que ajudaram a estruturar a obra. Sem medo de errar, posso garantir que estas pessoas são coproprietárias de uma fração ideal desta criação.

Obviamente, as primeiras pessoas que merecem destaque são meus pais, Caíto e Denise, que não mediram esforços para que o sonho de produzir uma obra jurídica em um grande centro acadêmico brasileiro fosse possível. Sem o estímulo diário ao estudo, nada disso seria concretizado.

Direciono a gratulação também à minha irmã, Cecy, outra parte de mim, que compreendeu o empenho de nossos pais. Minha família (avós, tios e primos), por ter me acompanhado de perto por toda essa caminhada, requer idêntica distinção.

Minha namorada, Alice, por ter compreendido que minha ausência era parte de um crescimento pessoal e profissional da minha vida, carece também das mesmas homenagens. Sua dedicação, paciência e amor me fazem ter certeza de que um número par é melhor do que um ímpar.

Agradeço, outrossim, ao meu orientador, o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, exemplo de pessoa íntegra, generosa e sábia, que não poupou seu tempo para me atender em todas as minhas demandas. Sem sua incrível ajuda, desde o fim do processo seletivo até o presente momento, a qualidade desta dissertação não teria sido a mesma. Sua sensibilidade inspira os alunos a serem pessoas melhores.

A todos os meus professores da UERJ, Antonio do Passo Cabral, Bruno Freire da Silva, Humberto Dalla, Leonardo Schenk, Marco Antonio Rodrigues e Paulo César Pinheiro Carneiro, devo a graça da oportunidade do aprendizado.

Não posso descuidar daqueles que zelaram pelo bom funcionamento do programa de pós graduação, na pessoa da querida Sônia Leitão, em nome de quem agradeço todo o apoio dado.

Aos meus estimados professores da UFPI, que sempre estimularam o êxodo para um grande polo acadêmico, com a esperança de um retorno breve para incrementar o ensino jurídico na capital mafrense, também rendo todas as homenagens.

Por fim, aos meus amigos (tanto os novos que adquiri na UERJ, como todos os outros), que toleraram as minhas ausências e sempre estiveram ao meu lado para dar todo o suporte que era necessário. Eles são fonte inesgotável de jovialidade.

Sou grato a todos. Obrigado!

RESUMO

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: do contexto à otimização*. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O trabalho propõe um breve resgate contextualizado da ciência processual para evidenciar que os conceitos clássicos e tradicionais da nossa doutrina passaram por profundas transformações. O intuito desta apresentação funda-se na necessidade inafastável de expor as incongruências de concepções dogmáticas processuais passadas com a atual exigência social de um Judiciário consolidado como instituição democrática. Além disso, demonstramos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por ser ferramenta processual inédita e inovadora, rompe com os paradigmas pré-estabelecidos e serve como um mecanismo a ser utilizado pela Justiça brasileira para conferir racionalidade ao sistema judiciário, coerência institucional e segurança jurídica. Por fim, lançamos bases para uma interpretação normativa, com foco nos vácuos legislativos deixados pelo legislador, de acordo com os fins perseguidos pelo novíssimo instituto.

Palavras-chave: Processo. Situações Jurídicas Homogêneas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

ABSTRACT

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. *Incident of resolution of repetitive demands: from context to optimization*. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The study proposes a brief contextualized retrieval of procedural science to show that the classic and traditional concepts of our doctrine underwent profound transformations. The purpose of this presentation is based on the inexhaustible need to expose the incongruities of past dogmatic conceptions with the current social requirement of a consolidated Judiciary as a democratic institution. In addition, we have demonstrated that the Incident of Resolution of Repetitive Demands, as an innovative procedural tool, breaks with the pre-established paradigms and serves as a mechanism to be used by the Brazilian Justice to confer rationality to the judicial system, institutional coherence and security Legal basis. Finally, we laid the groundwork for a normative interpretation, focusing on the legislative vacuums left by the legislator, according to the aims pursued by the brand new institute.

Keywords: Process. Homogeneous Legal Situations. Incident of Resolution of Repetitive Demands.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CEDH	Corte Européia de Direitos Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CDC	Código de Defesa do Consumidor
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
GLO	Group Litigation Order
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
MP	Ministério Público
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	DESAFIOS ATUAIS DA CIÊNCIA PROCESSUAL E SEUS IMPACTOS NOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO	15
1.1	Esclarecimentos Preliminares	15
1.2	Intróito	16
1.3	Democracia, participação e processo	20
1.3.1	<i>Contraditório dinâmico e iura novit curiae</i>	26
1.3.2	<i>Espaço de integração para amicus curiae - Destaque no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas</i>	30
1.4	Estrutura conceitual do “Processo”	34
1.5	Ainda sabemos o que é jurisdição?	37
1.5.1	<i>Vocação contemporânea para a jurisdição</i>	40
1.5.2	<i>Função Nomofilática nos Tribunais</i>	44
1.6	Premissas lançadas	47
2	JUSTIFICATIVAS PARA O INCIDENTE COLETIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	48
2.1	Os direitos nas linhas de montagem	48
2.2	As demandas que se repetem	54
2.3	Ações Coletivas e o IRDR	63
2.4	Natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 67	
2.4.1	<i>Procedimento-modelo ou Causa-piloto?</i>	68
2.4.2	<i>Controle “abstrato” de legalidade</i>	72
2.4.3	<i>Técnica de tutela plurindividual</i>	75
2.5	Constitucionalidade	78
2.6	Os quatro eixos de sustentação do IRDR	80
3	PROCEDIMENTOS-MODELO SIMILARES NO DIREITO COMPARADO	84
3.1	<i>Musterverfahren</i> (Alemanha)	85
3.1.1	<i>Origem</i>	85
3.1.2	<i>Procedimento</i>	89

3.1.2.1	As questões de fato.....	94
3.1.2.2	Participação dos interessados	96
3.1.2.3	Eficácia vinculante	97
3.1.2.4	Custas processuais.....	99
3.2	O <i>Group Litigation Order</i> (GLO) inglês	101
3.2.1	<i>Origem</i>	101
3.2.2	<i>Procedimento</i>	106
3.2.2.1	As questões de fato.....	112
3.2.2.2	Participação dos interessados	113
3.2.2.3	Eficácia vinculante	115
3.2.2.4	Custas processuais.....	116
3.3	O <i>Pilot-Judgement Procedure</i> na Corte Europeia de Direitos Humanos	117
3.1	Origem	117
3.2	Procedimento	119
4	O PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA OTIMIZAÇÃO	121
4.1	Suscitação	122
4.1.1	<i>Cabimento</i>	122
4.1.2	<i>E as questões de fato?</i>	126
4.1.3	<i>Legitimidade para requerer</i>	129
4.1.3.1	Múltiplos requerimentos.....	131
4.1.4	<i>Endereçamento do pedido</i>	132
4.1.5	Desnecessidade de causas pendentes no 2º grau de jurisdição.....	132
4.2	Processamento	136
4.2.1	<i>Admissibilidade</i>	136
4.2.2	<i>Estabilização objetiva do incidente</i>	137
4.2.3	<i>Participação dos Interessados</i>	141
4.2.4	<i>Escolha da causa representativa</i>	147
4.2.5	<i>A importância dos Regimentos Internos dos tribunais</i>	151
4.2.6	<i>Suspensão de processos</i>	154
4.2.6.1	Suspensão parcial	156
4.2.6.2	Suspensão equivocada.....	157
4.2.6.3	Tutelas de urgência.....	158
4.2.7	<i>A instrução do IRDR</i>	159

4.3	Julgamento	161
4.3.1	<i>Sessão do julgamento</i>	161
4.3.1.1	Regulação da sessão	161
4.3.1.2	Julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente – inconstitucionalidade	163
4.3.2	<i>Formação de precedente obrigatório?</i>	165
4.3.3	<i>Recorribilidade</i>	169
4.3.3.1	Recursos Cabíveis	169
4.3.3.2	Recorribilidade em IRDR sobre Leis Municipais ou Estaduais	171
4.3.4	<i>Isenção de Custas</i>	173
4.4	Aplicação e Revisão da tese jurídica	174
4.4.1	<i>Utilização da tese jurídica e eficácia extraprocessual</i>	174
4.4.2	<i>Aplicação aos Juizados Especiais</i>	177
4.4.3	<i>Revisão da tese jurídica</i>	179
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
	REFERÊNCIAS	188

INTRODUÇÃO

O direito processual, comparado com outros ramos do direito, ganhou sua autonomia há muito pouco tempo¹. Os processualistas passaram mais de um século para cravar sua ciência como matéria autônoma do direito material, desenvolvendo uma série de institutos próprios a fim de expurgar de vez sua interdependência com outros ramos do direito.

Dinamarco² afirma que é possível identificar três eras metodológicas do processo, são elas a sincrética, a autonomista e a teleológica. A primeira refere-se a uma fase “pré-histórica”³, na qual o processo era sub-ramo do direito civil, e, sendo assim, consistia em um modo de agir do direito substancial em juízo. Era, em linhas gerais, a operação do direito material no Judiciário.

A segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, floresce após a percepção de que existem, quando se bate à porta da Justiça, dois tipos distintos

de relação jurídica, uma de direito material que se dá entre as partes, e outra de direito processual que se dá entre partes e Estado-juiz, cujo objeto seria a prestação jurisdicional. Este despertar para as relações jurídicas diversas pode ser atribuído a Oskar von Bulöw.

A partir de então, iniciou-se uma caminhada para ruptura com qualquer ramo científico que fosse capaz de contaminar a incipiente matéria. Como natural do desenvolvimento, a jovialidade do processo precisava se impor e se firmar como verdadeira disciplina do direito, ficando, assim, longe de tudo aquilo que pudesse impregnar de alguma forma a pureza da ciência e da dogmática alcançada. É, em analogia, a figura do adolescente que, em sua busca incessante pela independência e

¹ Reconhecidamente adota-se como marco do nascimento do direito processual a obra de Oskar von Bulöw, publicada na década de 1860. BULÖW, Oskar von. Die Lehre von der prozesseinreden und die prozessvoraussetzungen. Giesen: Ed. Roth, 1868.

² “Falamos por isso em três fases metodológicas da história do processo civil: uma sincrética, uma autonomista ou conceitual e, finalmente, uma teleológica ou instrumentalista.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno: Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2001, p. 727. Embora as fases metodológicas de Dinamarco sejam as mais utilizadas, não desconhecemos o crescente uso de quatro fases, a saber: o praxismo, processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. Uma construção que pode ser atribuída ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, encontrando eco na doutrina de Hermes Zaneti Jr., bem como Daniel Mitidiero. Ver MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 18-20.

³ A expressão aborda unicamente o aspecto semântico, no sentido de antes da história. Rejeita-se seu uso no sentido pejorativo.

pela auto afirmação, fecha-se em seu mundo e não dá ouvidos a quem quer que seja. De maneira semelhante foi o que houve com a ciência processual ao longo da maior parte do século XX, em que a conquista da autonomia científica a tornou ensimesmada, fechada em seus institutos teóricos.

Não existiam espaços para qualquer diálogo com a realidade que a cercava. Hermética e autossuficiente, a ordinarização procedimental logo viria mostrar que a tutela de alguns direitos estava sendo processada de forma totalmente equivocada, minando os objetivos para os quais fora criada, construindo um verdadeiro fim em si mesma.

Com isso, sobreveio no final do “longo” século XX a terceira fase aludida no início deste escrito, a fase teleológica ou instrumental⁴. Pode-se dizer que é a definitiva tomada de consciência pelos processualistas, no sentido de que a sua atuação científica é instrumental em relação a outras, ou melhor, o manejo do direito processual serve a fins alheios à disciplina⁵, tendo por objetivo primordial a tutela de direitos ou interesses⁶.

Fazemos alusão a esses três momentos da metodologia do processo para afirmar que, ainda que estejamos em uma realidade mais aberta ao diálogo com outras disciplinas, o direito processual ainda reverbera inconscientemente seu enclausuramento sistêmico de outra era. Assim, em um momento de grande pujança científica como o atual, pela confecção do novo Código de Processo Civil brasileiro, muitos insistem em ater-se a aspectos teóricos e dogmáticos que blindam, ou pelo menos ignoram, a realidade social que envolve o processo.

Por outras palavras, antes de adentrarmos no âmago da (nova) técnica processual é imprescindível alçar ligeiro voo observando a sociedade exterior ao processo. Traçar um panorama geral das atuais bases do Estado Democrático de Direito é essencial para a

⁴ Em que pese muitos autores advogarem a favor da superação da fase instrumental, por não ser objetivo do presente trabalho, apenas faz-se menção a uma nova ordem capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Acredita o jurista estarmos em uma era do “formalismo-valorativo” do direito processual, como algo posterior ao instrumentalismo definido por Cândido Rangel. Ver em OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵ Liebman, processualista à frente de seu tempo já notara a esterilidade de outrora, afirmando: “lo studio degli istituti del processo, se viene compiuto ignorando o trascurando il collegamento con gli altri rami del diritto e in particolare col diritto costituzionale, diventa un tedioso e sterile computo di formalità e di termine; esso acquista invece il suo vero significato e se arricchisce di motivi ben altrimenti importanti, quando vegna inteso come lo studio dell'apparato essenziale delle garanzie e delle procedure stabilite per la difesa dei diritti umani fondamentali, la precisione della disciplina necessaria di un servizio pubblico. Se si tiene conto di questo quadro più ampio, si capisce il significato di una dichiarazione come questa: il codice di procedura civile non è altro che la legge di regolamentazione di garanzia della giustizia contenuta nella Costituzione”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. In: *Rivista di diritto processuale*, v. 7, 1952, p. 329.

⁶ Mais adiante haverá retorno a esta concepção, procurando adequá-la às novas exigências.

compreensão da função do direito processual neste sistema. Aliás, a ciência - objeto de nosso estudo - serve a esse modelo de Estado, emprestando-lhe efetividade aos seus fins. Não nos furtamos, por isso, de uma análise, ainda que breve, de nossa democracia, erigida pela Constituição Federal.

Dessa maneira, não utilizaremos a realidade apenas para justificar o procedimento utilizado, mas sim contextualizaremos a inserção de toda a ciência neste meio a fim de aclarar a função e os objetivos do processo na atualidade.

Percebemos, enfim, que o mero trato dogmático das técnicas processuais não é capaz de fornecer respostas aos problemas atuais e complexos de nossa sociedade. Isso significa que não prescindimos da abertura de caminhos para o estudo da teoria do direito, da teoria da Constituição, da sociologia, da filosofia e das demais ciências capazes de compreender as vicissitudes e tendências do nosso ordenamento jurídico⁷.

Após desenharmos essa perenidade entre Estado, democracia e processo, bem como mostrarmos as novas compreensões para o papel da jurisdição, passando por um olhar atento às relações sociais, econômicas e jurídicas padronizadas, julgamos ter o momento exato para apresentação do novel Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Trata-se de uma inovação legislativa trazida pela Lei 13.105 que injeta no sistema brasileiro mecanismos que dão melhor vazão às causas com controvérsias repetidas. Em conjunto com os Recursos Extraordinário e Especial repetitivos, formam um microssistema⁸ para atacar as contendas que se repetem no judiciário brasileiro. Registra-se, no entanto, sua diversidade procedimental.

O Incidente objeto desta pesquisa possui escancarada inspiração no chamado procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*), embora a importação tenha alterado padrões originais, motivo pelo qual é de nosso interesse apresentar alguns modelos comparados, que já estão em uso, para fornecermos bases mais sólidas sobre a operacionalização do sistema. Consiste, pois, em uma resposta jurisdicional para as questões isomórficas, sem, contudo, pôr fim aos processos de massa. É, na verdade, um

⁷ Sobre o tema, o sociólogo português Boaventura empreendeu interessante pesquisa acerca das novas ferramentas que o Judiciário se utiliza e sua conexão com a realidade externa. Ver em SANTOS, Boaventura de Souza & GOMES, Conceição. *A gestão nos Tribunais: um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*. Coimbra: OPJP, 2010.

⁸ Recorrente na doutrina a utilização da expressão microssistema para designar o IRDR e os Recursos Repetitivos como parte de um todo que soluciona demandas repetidas. Vejamos enunciado do Fórum Permanente de processualistas Cíveis (FPPC): Enunciado n.º 345 do FPPC: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

modo de proceder para fixar uma tese jurídica que seja aplicada a diversas situações (unicamente de direito⁹) idênticas. Ao contrário do que alguém poderia supor, não se soluciona as demandas judiciais semelhantes em bloco, mas apenas a questão jurídica *in abstracto* afetada.

Assim, é uma técnica diferenciada, inédita e inovadora e, por isso mesmo, o legislador não pôde prever todas as situações que poderia a prática exigir. É nesta senda que cabe à doutrina preencher lacunas legislativas no sentido de procurar conformar o instituto à realidade, respeitando os princípios que informam o direito processual.

Como corolário do devido processo legal, o incidente de resolução de demandas repetitivas vem evidenciar a contemporânea noção de que o processo não subsiste sem o olhar da realidade, devendo afinar-se com uma forma que melhor tutele o direito alegado. Ademais, como instrumentalização de direitos e garantias, a teoria processual possui perenidade com os fins colimados pelo Estado. É, portanto, nessa via que o estudo dogmático dos institutos processuais não deve se esquivar, nem mesmo temer, uma inserção maior nos domínios da sociologia, filosofia, ciência política, direito constitucional etc.

Procuramos, portanto, aliar o tecnicismo processual com a aderência da realidade, de forma a dar contornos práticos para uma das grandes apostas do novo Código de Processo Civil. Isso porque, como já sabido pelos juristas de nosso tempo, a lei não completa todo o sistema jurídico, sendo insuficiente para antever os problemas que surgirão diante do intérprete. O direito, pois, é também realidade.

Antes que pareça um trabalho profético, advertimos o leitor com uma famigerada frase de Max Weber: “a cátedra não existe nem para os demagogos nem para os profetas”. Dessa feita, o preenchimento de espaços vazios deixados pelos representantes eleitos do povo na feitura do incidente tem como objeto sua melhor operacionalização, fazendo com que este atinja verdadeiramente os fins assumidos.

Temos que, para proteger as aspirações do IRDR, a doutrina deve trabalhar em torno daquilo que foi legislado, conformando-o à atual teoria do processo e buscando uma leitura amparada na sistemática do direito processual da atualidade.

⁹ Pelo menos *a priori*, como discutiremos adiante.

1 DESAFIOS ATUAIS DA CIÊNCIA PROCESSUAL E SEUS IMPACTOS NOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

1.1 Esclarecimentos Preliminares

Antes de adentrarmos no objeto de nossa investigação inicial, necessário evidenciar os valorosos ensinamentos de Barbosa Moreira, para quem “nenhuma construção sólida pode erguer-se sobre terreno minado. Se queremos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeitam a face da Justiça, é mister antes de mais nada nos libertarmos das falsas ideias. Elas turvam nossa visão e nos induzem a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro”¹⁰.

Seguindo tais conselhos de nosso mestre, julgamos ser conveniente um resgate de uma parte do contexto dogmático processual porque o incidente de resolução de demandas repetitivas é um instrumento inovador, que desafia os conceitos tradicionais do processo.

Dessa feita, lançar bases para um entendimento adequado do procedimento é um dever do qual não vamos nos furtar. Democracia, jurisdição e processo são preocupações perenes desta ferramenta que veio para solucionar controvérsias de uma enorme massa processual.

Dito isso, passaremos a analisar na primeira etapa do trabalho as circunstâncias que fazem parte do IRDR. Após a preparação do terreno, com a devida semeadura de ideias, iremos colher conclusões inéditas para o incidente. É por tal razão que, apesar de aparente generalidade, este capítulo inaugural nos ajudará a justificar todos os entendimentos expostos.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

1.2 Intróito

Persistir na necessidade de modificação da técnica processual pode ser uma tarefa, embora necessária, não inédita e, ao mesmo tempo, óbvia¹¹, pois a realidade, de algumas décadas para cá, mostra-nos um enorme descompasso entre os institutos clássicos do processo e o direito tutelado em juízo.

Ademais, é sempre interessante anotar que a mudança da técnica e da norma processual *per se* não é capaz de revolucionar o aparelho judicial e transformá-lo de forma produtiva¹². Uma mudança de perspectiva e um olhar mais atento ao contexto pode nos ajudar na busca de soluções para tornar efetivos os direitos e fazer do sistema Judiciário algo mais racional.

Em boa hora assomamos que o instituto objeto do presente estudo, que aprecia um (ou alguns) caso representativo da controvérsia de modo a lançar sua resolução para os demais casos idênticos, pretende indubitavelmente abalar dogmas e preconceitos estabelecidos no processo civil¹³. Daí exsurge a importância de uma atualização de conceitos tradicionais.

É nessa senda que assinalamos a necessidade de um rompimento completo com o modo tradicional de enxergar o processo, focado puramente na técnica. A fim de fugir de uma interpretação retrospectiva, que obscurece a visão do presente e futuro com os olhos do passado, a nossa preferência inicial é pela contextualização da doutrina de processo.

¹¹ Um dos maiores processualistas que o Brasil já produziu, Barbosa Moreira faz a constatação ainda em 1977: “[...] tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos dos nossos dias, corresponde ao modelo concebido para acudir fundamentalmente a situações de conflitos entre interesses individuais”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110.

¹² “[...] quase nenhum sinal enxergo de interesse com relação aos efeitos práticos das inúmeras modificações consagradas. É pouco, pouquíssimo, o que deles se sabe com certeza.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: 8ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 11.

¹³ Da mesma forma escreve o ministro do TCU Bruno Dantas, ao referir-se aos recursos repetitivos: “A técnica de julgamento de recursos repetitivos mediante apreciação de casos representativos da controvérsia abala alguns dogmas do nosso sistema. A iminência do advento do incidente de resolução de demandas repetitivas, parte do núcleo central da proposta de novo CPC em tramitação no Congresso revela a consolidação da tendência de se prestar um tutela jurisdicional homogênea, ainda que os direitos em questão sejam individuais”. DANTAS, Bruno. Teoria dos Recursos Repetitivos. São Paulo: RT, 2015, p. 26.

Não basta, pois, apenas sustentar a mudança da técnica, como se esta fosse uma panaceia. Fundamental, por isso, conhecer e evidenciar as aspirações dos institutos que compõem a ciência. Nesse diapasão, não menos importantes são os clássicos conceitos, como o de processo e jurisdição, que devem sofrer reformatação conceitual para ajustar-se à nova era. Para tanto, tomamos um ligeiro caminho neste capítulo inaugural que atravessa disciplinas fundamentais com o fito de realizarmos um questionamento crítico.

A propósito disso, ressaltamos que, por muito tempo, ficou cristalizado no imaginário processualista que sua ciência serviria apenas à prática e à efetividade, fugindo de reflexões detidas, maduras e profundas, próprias da filosofia. Com vistas a evitar um dogmatismo vazio, e reafirmando o compromisso com a prática, é chegada a hora de explicar os “comos” e não apenas apresentar os “quês”. Isto significa que uma ponte perene entre prática e filosofia deve ser fomentada no processo civil¹⁴. A tentativa de meditação sobre os porquês recebe prejulgamentos de inocuidade. O que não deve acontecer.

Escapando da trivialidade, buscaremos escancarar as aspirações vanguardistas do processo judicial, em detrimento da iniciativa do legislador. Este papel ativo do Judiciário, que ao decidir o caso leva, em consideração normas das mais variadas fontes, produz reflexos na maneira clássica de conhecer o processo. Conceitos como os de ação, jurisdição e processo devem ser repensados para caber na sua ciência.

Ora, se o direito processual se articula e se dimensiona para solucionar conflitos da comunidade e garantir a eficácia de direitos constitucionais, não podemos mais

¹⁴ “Que fique claro desde já, que o inóspito que ali se menciona não se quer referir a uma espécie de incapacidade daqueles que lidam com o Direito Processual para uma reflexão mais demorada e meditativa sobre temas centrais da disciplina jurídica. Pelo contrário, com este termo procuramos apontar para dois fatores conexos que acabam fazendo com que uma reflexão preocupada com uma certa profundidade de pensamento se sinta um tanto deslocada; algo como uma visita que aparece em momento inoportuno e acaba sendo, por meio de investidas indiretas, sutilmente colocada para fora da moradia processual. Estes fatores são: (a) a crença já cristalizada no imaginário dos processualistas de que as teses acadêmicas realmente inovadoras no âmbito do direito processual devem reivindicar para si algum grau de efetividade. Efetividade entendida como capacidade de transformar diretamente uma determinada realidade processual; (b) a ideia de que o processo é uma disciplina prática e, conseqüentemente, deve conter fórmulas que permitam ao estudante ou operador do direito apresentar respostas rápidas para os problemas que o cotidiano do foro apresenta. Estes fatores explicam, o que foi dito: há uma certa falta de cordialidade do direito processual para receber uma reflexão mais profunda sobre seus temas de interesse. Desse modo, toda reflexão que deite raízes numa camada fundante do próprio discurso processual já é, antecipadamente, tratada como inócua; como uma espécie de diletantismo de alguém não preocupado com a realidade do sistema processual. ABBOUD, Georges & OLIVEIRA, Rafael Tomás de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, p. 27-70 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

concebê-lo como um fenômeno tipicamente individualista e reativo. É, pois, um fenômeno de inserção social. Muitas vezes isto é fato ignorado por processualistas, amarrados (ainda que de forma inconsciente) no dilema das teorias unitária e dualista¹⁵.

A pretensa neutralidade processual foi importante para um momento de afirmação da própria ciência, mas agora se mostra danosa para os fins pretendidos. Reconhecemos que os diversos ramos do direito, com todas as suas peculiaridades, fazem parte de um único Direito, que é centralizado hodiernamente, na figura da Constituição¹⁶. Além disso, o processo, enquanto instrumento do Estado para impor respeito ao ordenamento¹⁷, não está livre dos influxos políticos e ideológicos que sustentam uma nação, muito menos da capa cultural que envolve seus institutos¹⁸.

Devemos dar o primeiro passo adiante para pontuar que já passamos da era em que o processamento de demandas servia apenas para solucionar a lide e recompor a ordem jurídica para um caso singular.

Não cuidamos mais da completude do ordenamento jurídico, antes compreendido de modo estático e perfeito. Consideramos, hoje, o direito construído diariamente com a prática dos Tribunais em apoio ao legislativo. A separação entre

¹⁵ Tais famigeradas teorias dizem respeito a que planos, se distintos ou não, são colocadas a legislação e a jurisdição. bastante exploradas por processualistas clássicos, a saber Mortara, Carnelutti etc.

¹⁶ “O caráter dos diversos ramos do direito – direito civil, direito administrativo, direito do consumidor, direito processual etc. – configurado por seus objetivos específicos e natureza intrínseca justifica seu tratamento separado e autônomo. Porém, essas distinções são apenas características constitutivas de uma unidade na qual estão imersos, ligados por um princípio de coerência que lhes garante uma não-cindibilidade do todo indivisível.” [...] “dentre os diversos ramos do direito, sobreleva a importância do direito constitucional, porque ele representa o centro dessa unidade”. ZANETI JR., Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p 3-4.

¹⁷ “La prima caratteristica da evidenziare è, quindi, la natura strumentale del diritto processuale (in quanto diretto ad intervenire solo quando la norma sostanziale non sia stata spontaneamente attuata) 0 – il che in parte è lo stesso – la indispensabilità del diritto sostanziale per il diritto processuale (nel senso quest’ultimo non avrebbe senso o possibilità di esistenza se mancasse un diritto sostanziale – comunque individuabile – che possiede norme da rispettare)”. PISANI, Andrea Proto. Lezione di diritto processuale civile. 4ª ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 04. Um dos afamados processualistas italianos, reconhece-se a importância do parágrafo, sem descuidar dos novos desafios lançados ao processo judicial, que não prendem umbilicalmente a uma lesão de direito substancial. Embora o processo não prescindia do direito substancial, a Teoria Unitária largamente defendida no século passado parece não mais caber diante das decisões que as Cortes de hoje são submetidas.

¹⁸ Para a melhor doutrina não mais é possível o conhecimento do procedimento em contraditório alijado da esfera cultural, ideológica e política. Um dos autores precursores desta ideia foi Galeno Lacerda: “Tudo isto há de traduzir, evidentemente, o modo de ser, de viver e de sentir do respectivo meio social. O método de ação das personagens do processo implica em ritos e formas exteriores, ao sabor da ideia que a comunidade faça da função do processo e do valor intrínseco do rito. E o juiz é o representante do grupo social, que imprimirá naturalmente na sentença o mandamento da vontade geral. Se no processo se fazem sentir vontade e o pensamento de grupo, expresso em hábitos, costumes símbolos e fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme de caráter cultural.” LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. Revista de Direito Processual Civil, v. 2, n. 3, 1961, p. 75.

texto legal e norma trouxe novos contornos para interpretação jurídica, sendo pacífica a ideia de que a atividade dos magistrados envolve exercícios criativos. Assumindo esta função criadora, o instrumento de Poder do Judiciário possui insofismável função política dentro da sociedade.

Dessa feita, enquanto expressão de Poder e dentro dos limites impostos pela Constituição no Estado Democrático de Direito, podemos reconhecer o processo como uma ferramenta para consecução de fins estatais, de modo que seu desenvolvimento irradiar diretrizes estatais¹⁹. Assim, se estamos diante de uma democracia participativa e deliberativa, a expressão de Poder da Justiça deve conter mecanismos que contemplem as “instruções” do Estado.

Não é por outro motivo que o estudo da ciência em questão não pode ater-se ao tecnicismo e à estrita legalidade. A prodigiosa tarefa de memorização das fórmulas legais, antes característica comum dos notáveis processualistas de outrora, é insuficiente para o entendimento da dogmática processual contemporânea.

Feitas essas breves considerações, não remanesce dúvida quanto ao aspecto extra individual das demandas judiciais. A coletividade parece ter papel fundamental no novo paradigma lançado²⁰. Não devemos, dessa forma, nos furtarmos de uma devida associação entre o modelo de Estado e a atuação do processo.

Se vamos tratar de um processamento de causas repetidas e, portanto, com forte simbologia coletiva, nada mais coerente do que associar o *modus operandi* processual com uma atuação democrática baseada em parâmetros queridos pelo Estado, expressando a vontade de inserção do indivíduo nas esferas de poder da Administração Pública.

¹⁹ Na doutrina alienígena, destaca-se o trabalho de Damaska, cujo objetivo de comparar dois sistemas jurídicos diversos, *common law* e *civil law*, foi precedido de uma breve explanação sobre a forte presença de ideologia dentro dos mecanismos processuais: “If socioeconomic criteria are of little help, can political factors provide more illumination? This approach is hardly novel and has been explored on a great variety of topics. The study of affinities between the legal process and dominant currents of political ideology appeared particularly promising: after all, it was thought, political regimes legitimate themselves through the administration of justice that they establish. Mining this vein, numerous writers have contended that the design of proceedings is sensitive to the particular shift in prevailing ideology, especially to oscillations between individualist and collectivistic, liberal and authoritarian, or similarly labeled positions. In the civil process, it has been argued, these shifts have a direct impact on the question of how much power private individuals should have to direct the course of lawsuits – undoubtedly an important question in the choice of procedural form. DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: Yale University Press, 1986, p. 8-9.

²⁰ Mais uma vez, Galeno Lacerda anota palavras profetizantes, embora hiperbólicas: “Numa sociedade mais evoluída, a tônica social será posta, depois, o rito do processo, a este ajustar-se-á ao sentir da coletividade. O indivíduo e seus anseios de justiça pouco ou nada valerão. LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. Revista de Direito Processual Civil, v. 2, n. 3, 1961, p. 77.

1.3 Democracia, Participação e Processo

Antes um despropósito, a associação ideológica do processo com a atuação política do Estado parece já não demonstrar resistência acadêmica do seu reconhecimento²¹. Embora vislumbremos dessa forma, poucos são os estudos detidos desta conexão. Talvez pelo receio de navegar em tormentosos caminhos que não prescindam da sociologia, da ciência política e, especialmente, da filosofia.

Nossa ciência, enquanto instrumento pragmático voltado para a resolutividade dos conflitos, deixa pouca margem para indagações e reflexões mais alongadas sobre a contaminação econômico-política que envolve o processo. Os interesses dos estudos são práticos, e desejam escoar os problemas jurisdicionais de forma menos onerosa e demorada possível. A objetividade da ciência, muitas vezes, passa à revelia do aprofundamento dogmático ideológico.

Contudo, a denúncia do sério envolvimento do processo com a democracia não pode mais ser relegada, máxime no estudo minudente de um novel instituto que pretende servir de modelo vinculante aos intérpretes e, portanto, que altera a substância daquilo que se entende por processo e procedimento, dando um enorme impacto social para atuação judicial.

Ora, se recordarmos que, em princípio, a separação tradicional dos poderes deixa a cargo do legislador a descrição das condutas e das sanções na sociedade, como tornar politicamente aceitável que um tribunal descreva um modo de aplicação vinculante das leis sem que isso seja considerado uma ruptura do modelo tripartido de poder?

É nesse sentido que assomamos imprescindível trazer o discurso político-ideológico para a ciência processual²². Dado o *déficit* democrático do Poder Judiciário é necessário conciliar a norma processual com o Estado Democrático vigente. E o

²¹ Em palavras semelhantes, o sempre preciso Calmon de Passos: “Nestes termos, não constitui despropósito associar-se processo e democracia, porquanto, com esse relacionamento, pretende-se justamente denunciar a necessária dimensão política do processo jurisdicional e tornar manifestos os vínculos que o prendem ao processo econômico”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e o processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (Coordenadores). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 84-85. Sobre o assunto, abordagem necessária em: CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Traducción Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1960, em especial Capítulo I.

²² Segue esta tendência outro notável escrito de Calmon de Passos: “Função do pro jurisdicional, portanto, sempre foi e será, a aplicação, ao caso concreto, da decisão política previamente exposta pelo poder político institucionalizado como expectativa compartilhada”. Em PASSOS, José Joaquim Calmon de. A função social do processo. Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 94, nº 343, p. 85-93, 1998, p. 92-93.

caminho possível para este encontro de vontades se dá com a demonstração de que o Estado brasileiro, por uma ordem erigida na Constituição, pretende uma democracia não meramente formal, mas substancial, onde o cidadão possa deliberar e participar. O processo político traz o cidadão para as esferas de poder da sociedade.

No Judiciário não é, e nem pode ser, diferente. Os atores sociais são chamados a participar ativamente do processo judicial, a fim de que as discussões ganhem qualidade e as decisões ali tomadas também sirvam de parâmetros normativo para reger as relações sociais.

Dada a inexistência de pureza no direito, ao contrário do que Kelsen tinha como convicção, assumimos que a neutralidade de nossa ciência é apenas aparente²³, pois sua mudança técnica agora deixa às claras seus caminhos ideológicos.

Ainda que não concordemos (o que, adianta-se, não é o caso do autor), o recém sancionado Código de Processo Civil traz essa tônica “coletivizante” do processo judicial. A tentativa de implementação de uma cultura de precedentes e de se fazer julgamento de teses jurídicas nos tribunais, por si só, revelam as aspirações grandiosas do processo deste século. Entretanto, o bônus vem com um ônus. Se pretendemos alargar sua importância, devemos preocuparmo-nos igualmente com o que está por trás da estrutura, ou melhor, a que serve o processo.

Nesta trilha, entendemos que o direito processual deve servir ao Estado Democrático de Direito, necessitando da participação substancial dos cidadãos no processo judicial para que possamos reconhecer verdadeiramente a democracia participativa e deliberativa tão em voga na atualidade.

Aliás, precisamos compreender de uma vez por todas que existia uma imposição dogmática do século XX que nos obrigava a pensar o processo civil como um instrumento conceitual. Assim, o sistema pressupunha a confecção do direito pelo legislador e, por isso, o produto desta premissa tornava os juízes irresponsáveis pelas consequências sociais, além de fazer da atividade judicial um apêndice do Poder Legislativo. Tal panorama modifica-se com o surgimento de uma efetiva e pujante democracia, que pressupõe um Judiciário mais atuante, responsável e politicamente legitimado²⁴. É neste ponto que processo e democracia devem se tocar.

²³ Ver em FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980, p. 117.

²⁴ Com arrimo nas brilhantes palavras do processualista gaúcho: “[...] nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, obriga-nos – mesmo quando estamos cientes de que o direito processual não é destinado à descoberta de verdades necessárias – a pensa-lo como um instrumento conceitual. O

De aspiração revolucionária do século XIX, a democracia passou para uma fórmula equívoca e sem conteúdo definido no século XX²⁵. Daí desdobrou-se em várias qualificações. O certo é que, embora tenha ganhado outros dimensionamentos, o debate democrático adquiriu lugar central no campo político dos últimos cem anos.

Boaventura de Souza Santos destaca uma verdadeira disputa em torno da questão democrática. Segundo o autor, no final de cada uma das duas grandes guerras surgiram dois debates pontuais²⁶. Na primeira metade do século passado a questão lançada era acerca da “desejabilidade” da democracia. Já no pós segunda-guerra o debate gravita ao redor das condições estruturantes da própria democracia.

Isso porque após a fixação da democracia como modelo ideal de governo, deparamo-nos com a ductilidade do seu conceito e da sua abrangência²⁷. Pressupondo uma sociedade composta pela vontade dos indivíduos, singularmente considerada, esse padrão de tomada de decisões na esfera pública logo se mostrou dissonante com a realidade prática.

Explicamos. O modelo de administração pública tinha como premissa base a ideia de que a sociedade seria composta de indivíduos soberanos, que juntamente com outras pessoas soberanas, criariam a sociedade política democrática, sem a existência de corpos intermediários de participação. Assim, entre povo e soberano não existiriam

sistema pressupõe que o Direito seja produzido pelo Poder Legislativo. Consequentemente, sua estrutura é formada a partir desse pressuposto. O resultado inevitável é tornar juízes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder. Pretendemos mostrar que a prática de uma democracia verdadeiramente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável, e politicamente legitimado”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 02.

²⁵ “Com uma visão mais pessimista do século XX, também Immanuel Wallerstein se perguntava recentemente como a democracia tinha passado de aspiração revolucionária do século XX a um slogan adotado universalmente mas vazio de conteúdo no século XX (2001:1). Estas duas posições, apesar de muito divergentes, convergem na constatação de que a democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39

²⁶ “O século XX foi efetivamente um século de intensa disputa em torno da questão democrática. Esta disputa, travada ao final de cada uma das guerras mundiais e ao longo do período de guerra fria, envolveu dois debates principais.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Idem*, *ibidem*.

²⁷ A inexatidão do conceito pode é pontualmente detectada pela filósofa Marilena Chauí: “A democracia, por ser esse enigma – e como não o seria se, através das mutações históricas, é um tema incessantemente retomado? – poderia tornar-se um campo de interrogação no qual até mesmo aquela rivalidade chegasse a ser compreendida.” CHAUI, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 137. Também em Ovídio Baptista: “Se considerarmos as transformações reais ocorridas na história das democracias modernas, torna-se difícil até mesmo encontrar um conceito capaz de defini o que seja um regime democrático, sem que se caia em vulgaridades e nos conhecidos lugares comuns. Dizer-se, como ainda se diz, ser a democracia o governo ‘do povo, pelo povo e para o povo’ é praticamente nada dizer sobre a verdadeira essência da democracia”. SILVA, Ovídio Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (Coordenadores). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 104.

sociedades particulares representativas de interesses de grupo. Foi exatamente o contrário do que ocorreu²⁸.

A sociedade mostrou-se bem mais complexa do que poderíamos prever, apresentando-se estratificada e composta por diversos grupos sociais antagônicos. Tais agrupamentos ganharam solidez e coesão suficiente para se lançarem dentro das esferas de poder.

Não é, portanto, nenhum disparate afirmar que os grupos sociais é que se tornaram mais politicamente relevantes do que os cidadãos, *per se* considerados. Assim, povo como unidade ideal não é outra coisa senão povo dividido em estratos com interesses divergentes. O que queremos dizer é que, no plano ideal, pretendia-se uma forma de governo democrática baseada em uma organização social “monística”. Ocorre que a realidade diante de nós evidencia diversos centros de poder, constituindo o famigerado pluralismo.

As consequências disso podem ser sentidas quando da representação política através do sufrágio, considerado até algum tempo atrás expressão máxima da democracia. Dessa maneira, o representante, uma vez eleito pelos cidadãos, deveria fazer uso do mandato para representar a população como um todo, e não apenas aqueles que o elegeram.

Na prática, sabemos dos desvios perpetrados pelos agentes públicos, que muitas vezes atuam escancaradamente em nome de interesses particulares de determinada classe. O mandato, em muitos casos, configura-se em verdadeira procuração para um sujeito político atuar em nome de entidades particulares, fazendo valer seus interesses próprios²⁹ e relegando o “interesse geral”.

A perda de substância da democracia e a degeneração da representação política pelo voto fizeram prosperar um sentimento de não pertencimento do indivíduo em relação à participação em decisões do Estado. Um verdadeiro divórcio entre povo e

²⁸ De forma similar, o jus filósofo italiano: “Partindo da hipótese do indivíduo soberano que, entrando em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política, a doutrina democrática tinha imaginado um Estado sem corpos intermediários, característicos da sociedade corporativa das cidades medievais e do Estado de estamentos ou de ordens anterior à afirmação das monarquias absolutas, uma sociedade política na qual entre o povo soberano composto por tantos indivíduos (uma cabeça, um voto) e os seus representantes não existem as sociedades particulares desprezadas por Rousseau e canceladas pela Lei Chapelier.” BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000, p. 35.

²⁹ “Jamais uma norma constitucional foi mais violada que a da proibição do mandato imperativo. Jamais um princípio foi mais desconsiderado que o da representação política. Mas numa sociedade composta de grupos relativamente autônomos que lutam pela sua supremacia, para fazer valer os próprios interesses contra outros grupos, uma tal norma, um tal princípio podem de fato encontrar realização?” BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 37.

poder político. Isso, sem dúvidas, desaguou em uma crise política que, mais dia ou menos dia, poderia levar ao desfalecimento do próprio poder estatal.

Em vista desses acontecimentos, percebeu-se que havia uma crise de legitimidade³⁰ deste sistema representativo e, dessa forma, a manutenção do *status quo* do grupo dominante careceria de meios para incluir a população no exercício pleno da cidadania.

Em suma, essa ligeira passagem pela ciência política nos serve para demonstrar o quanto a democracia precisa de outros mecanismos de inserção do cidadão nos rumos do estado. Não podemos mais conceber apenas o gélido depósito de voto em urna como caminho para tomada de decisões do Estado.

Se o Estado Constitucional das últimas décadas nos levou a uma situação de agregação de direitos fundamentais, dentre os quais se inclui a participação popular no Estado, nada mais natural do que alguns meios de atuação deste Estado se abrissem ao diálogo com a comunidade.

Ora, em um cenário onde a população está cada dia mais procurando o Judiciário para solução de seus problemas e efetivação de seus direitos e garantias, o processo jurisdicional tem o dever de se sensibilizar com a tendência democratizante das instituições estatais.

Democracia não em sentido vago, obscuro e polissêmico, mas no sentido de irradiar as ideias do Estado de Direito. Isto se justifica porque o processo legislativo não é capaz de acompanhar o dinamismo das transformações sociais, nem mesmo possui ampla e segura legitimidade na defesa dos interesses individuais dos cidadãos.

No tocante à ciência processual, mais especificamente em relação às diretrizes políticas a serem traçadas a fim de que as ferramentas jurídicas sejam contributivas para o Estado Democrático de Direito mais próximo do ideal, a mudança de percepção do fenômeno do processo deve orientar-se em uma abrangente e efetiva participação política³¹.

Para a obtenção do objetivo acima traçado, são exigidas alterações profundas na forma de enxergar as categorias jurídicas, ditas tradicionais. Como consequência,

³⁰ “Questa dislocazione dello stato repubblicano produce anche la sua deslegittimazione e conseguentemente una profonda crisi dello stato nazionale e della sua capacità di mobilitazione sociale. [...] Ma così, al tempo stesso, si va stabilendo una crescente distanza tra lo stato e la gente.” CARBONARO, Antonio (org.). *La legittimazione del potere: problematica del rapporto tra stato, istituzioni e società*. Milano: Franco Angeli, 1986, p. 4.

³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (Coordenadores). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 109

jurisdição, ação e processo devem se amoldar aos novos tempos. E o jurista deve estar preparado para assumir posicionamentos para os quais antes não era chamado a responder.

Para que isso ocorra, é também necessário contar com a sensibilidade da academia, de maneira que as transformações sejam agenciadas e assumidas pelos juristas em detrimento dos políticos. Percebemos que durante muito tempo se sustentou a pureza do direito³², sendo feita a colocação de direito e política em recipientes diversos. Ao jurista seria relegada a tarefa mecânica da exegese dos textos legais, ou melhor, do direito estatal emanado pelo político.

Essa visão tradicional, ainda que de forma velada, predomina durante todo o ínterim de formação do jurista. É como se este não participasse da formação do direito. E isso nos torna, enquanto operadores do direito, segundo as palavras de Faoro, “vítimas caladas do positivismo jurídico”³³.

Para não nos alongarmos em uma discussão que transbordaria nosso objetivo, ressaltamos que o passo definitivo a ser dado é o de reconhecer que o processo, por ser de uso instrumental do Estado, guarda estreita relação entre os equipamentos jurídicos disponíveis e os fins estatais desejados. Nessa toada, se a ordem constitucional, vista como a estrutura nua do Estado, pretende tutelar o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a liberdade a justiça etc., o processo deve ser uma ferramenta que transmite aos jurisdicionados todos esses postulados³⁴.

Fica muito claro, portanto, que as bases do regime democrático precisam ser espalhadas através do processo. Pode até mesmo ser considerado um “microcosmos democrático” do Estado de Direito, colocando como vértices a liberdade, a igualdade e a participação³⁵.

³² Aqui, estamos a referir-nos ao tradicionalíssimo, e também clássico do Direito, livro de Kelsen: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³³ FAORO, Raymundo. O jurista “marginal”. In: LYRA, Dereodó Araújo. Desordem e Processo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 33.

³⁴ Nas palavras do processualista italiano Cappelletti: “Nel processo si riflettono, come in uno specchio, i grandi temi della libertà e della giustizia, i fondamentali problema della convivenza sociale e internazionale.” CAPPELLETTI, Mauro. Processo e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 33.

³⁵ “O processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.” DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27. Em que pese as críticas à tese de Cândido sobre a instrumentalidade, pelo menos parte de suas premissas podem ser unanimemente aceitas. Ver ABOUD, Georges & OLIVEIRA, Rafael Tomás de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166, p. 27-70 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Em desfecho, para que o novo Código de Processo Civil não seja enfrentado como mais uma reforma legislativa, parte de um entulho legislativo decorrente da proliferação de textos de lei lançados no ordenamento todos os dias, é urgente insistir numa mudança radical de postura dos próprios juristas. É imprescindível ir além da técnica, ampliando assim a visão das estruturas processuais e lançando bases para o entendimento do funcionamento da engrenagem toda. Tudo isso junto para corporificar um organismo, dando às pessoas a proteção de direitos e garantias da Constituição.

O sentido do vetor da processualística está, em conclusão, voltando para uma melhoria qualitativa da prestação jurisdicional, aproximando suas ferramentas dos cidadãos e resguardando todas as garantias constitucionais. No atual estágio de evolução dos Estados, ter um processo democrático que respeita as bases constitucionais não é outra coisa senão a obrigação dos legisladores. De nada adianta alterar as normas procedimentais, contudo, se não houver uma efetiva mudança de postura de como juízes, advogados, servidores, bacharéis etc. encaram o processo. O primeiro passo é respeitar o ambiente democrático do processo, tornando-o acessível e fazendo com que haja uma real possibilidade de diálogo direto entre partes, juiz e terceiros.

As evidências aqui apresentadas servem para retirar do processo a solidão metodológica de outrora, fazendo com que seja enfrentado como um fenômeno da realidade que o cerca. Isso permite desenvolver os meios e mecanismos que aprimoram os instrumentos processuais. A seguir, serão apresentadas maneiras de como a impregnação política impacta em nossa ciência. A tendência democrática revela-se em muitos institutos processuais.

1.3.1 *Contraditório Dinâmico e o “Iura Novit Curia”*

Nada mais natural de que ao tratar de uma democratização de acesso aos meios de decisão pelo Estado, falemos também do contraditório. Aliás, essa é mais uma das significativas alterações estruturais do processo. O contraditório passa a ser força perene em todo o *iter* procedimental.

Embora tenha sofrido sensível esvaziamento axiológico pelo positivismo do século XIX, ficando refém de uma mera regra formal de aplicação estática, no pós-guerra, com a superação dos regimes autoritários, o Estado Democrático de Direito

emergiu colocando no centro de seu ordenamento a dignidade da pessoa humana, primando pela eficácia concreta de seus direitos fundamentais³⁶.

O contraditório, nesse contexto, passa a ser positivado nas diversas constituições dos Estados, mudando sua qualidade de princípio para garantia fundamental, carecendo, no entanto, de eficácia prática³⁷.

Dessa forma, impõe-se que, não só as partes tenham amplas faculdades para que possam provar seus direitos, mas exige-se também do juiz uma postura menos inerte e passiva de analisador dos dados da contenda. Assim, o magistrado é chamado à zona de gravitação do contraditório, sendo ele o agente capaz de promover a marcha processual com diálogo e humanidade. Às partes não se garante apenas a possibilidade de manifestação, mas sim a fiança de que seus argumentos vão ser levados em consideração. Não se oportuniza apenas voz, mas também ouvidos.

É tão intensa essa garantia que, com a constitucionalização do direito processual, observando princípios fundamentais, hoje podemos afirmar sem medo de que há uma mitigação do próprio sistema rígido que antes impossibilitava a modificação do pedido e da causa de pedir. Consoante *pas de nullité sans grief*, não se pode inferir qualquer vício processual quando, desrespeitada a correlação, oportuniza-se satisfatoriamente o contraditório³⁸.

É o melhoramento do que a doutrina costuma chamar de direito à informação-reação das partes. Embora não pretendamos desmerecê-la, a abordagem almejada neste tópico consiste em uma visão ainda mais contemporânea e atualizada do contraditório, completamente desvinculada das ideias patrimonialistas e individualistas, bem como da concepção de processo como se fosse matéria privativa das partes. E mais, com uma leitura constitucional do princípio, faceta do devido processo legal e da garantia de

³⁶ GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. In: Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 08

³⁷ GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”. Idem, ibidem.

³⁸ Sobre o tema, o primeiro trabalho a ser lembrado é, sem dúvidas, o de doutoramento do professor Marco Antonio Rodrigues: “Caso proporcionado o contraditório efetivo, não há que se falar em prejuízo pela não observância dos limites dos artigos 264 e 294 do estatuto processual, pois autor e réu foram protegidos pela possibilidade, exercida ou não, de atacar a modificação da demanda, bem como os novos elementos decorrentes daquela mutação”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 170. Trafega também nesta via o ínclito processualista da USP, José Roberto Bedaque: “[...] eventual transgressão entre demanda e provimento somente deve ser considerada fator de nulidade do processo se impedir a realização plena do contraditório.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, J.R.C; BEDAQUE, J.R.S (Coords.). Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ampla defesa. O binômio formado pela informação-reação não deve esgotar a garantia do contraditório.

Na esteira de uma visão publicista do processo, enquanto há uma noção funcional da jurisdição, ou melhor, a jurisdição como um serviço estatal, os fins e os objetivos perseguidos pelo Estado devem ser atingidos com o próprio exercício da função jurisdicional³⁹.

Ora, se vivemos em uma época na qual a democracia representativa é insuficiente para dar resposta aos desideratos da população, implora-se pelo aperfeiçoamento de mecanismos que possibilitem a inclusão da comunidade na tomada de decisões estatais. O processo, enquanto protagonista de muitos vetores de mudanças, deve fomentar a atuação de entidades da sociedade civil para oxigenar o debate de questões com grande relevância.

Com essas premissas, facilmente se conclui que o direito de influência pelo contraditório representa uma tão propugnada alternativa para assentarmos a democracia deliberativa. O processo se torna um dos meios pelo qual a sociedade entra no diálogo com o Estado, estruturando uma argumentação discursiva apta a influir eficazmente no provimento final do juiz. A garantia fundamental ao contraditório corporifica este procedimento dialogal⁴⁰.

Costuma-se dizer que o contraditório é a própria projeção da dignidade da pessoa humana⁴¹. Ora, com tal importância, nada mais natural que se assegure a possibilidade de influência nas decisões judiciais, sendo isso conseguido da melhor forma quando se abre o processo para o diálogo entre o juiz e todos os sujeitos do processo, sejam eles partes, peritos ou terceiros interessados.

Um ponto interessante que merece relevo é a localização do brocardo latino *iura novit curia* na atual conjuntura da nossa ciência. Sabemos que a máxima, repetida durante centenas de anos, significa apenas que o "juiz conhece o direito". Mas até que ponto é dado o juiz conhecer do direito sem que as partes tenham dado substratos legais suficientes para que sua apreciação?

³⁹ A ideia é muito bem colocada por Antonio Cabral: "Se o poder do Estado é uno, pode-se manifestar de diversas formas, pode-se manifestar-se de diversas formas. A jurisdição é uma das faces ou funções do poder estatal. Esta perspectiva funcional da jurisdição, que todo ilumina o movimento da instrumentalidade, importa a consagração do exercício da jurisdição também como caminho para obtenção dos escopos políticos do Estado democrático de Direito. CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In TORRES, Sílvia Faber (org.). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2011.

⁴⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. Idem, p. 200.

⁴¹ GRECO, Leonardo. Idem.

Popularmente disseminado, o aforismo conferiu um ar presunçoso e solipsista da atuação do magistrado na condução das demandas trazidas à lume pelas partes. Isso significa que em muitos casos as partes delimitavam o objeto litigioso com seus argumentos embasados em determinada fundamentação legal, ao passo que o juiz, ao decidir a lide, colocava em decisão final outro fundamento para a solução do processo.

Como sintoma disso, notamos a convivência da jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça⁴², ao entender que o juiz está adstrito ao pedido e à causa de pedir estabelecida pelas partes, contudo a aplicação do direito em espécie não vincula a qualquer dos fundamentos destacados no processo. Enclausurado e sem permissão para o debate democrático do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o *iura novit curia* gozava de um status supra legal que não respeitava nem mesmo a estrutura constitucional de nossa Carta Magna⁴³. Era necessária uma imposição legislativa para estabelecer as balizas de uma atuação oficiosa do magistrado, sem que seu notório e protagonista conhecimento impedisse o debate no teatro processual.

Tal fato, muito comum outrora, não pode mais coexistir com o vigente paradigma processual lançado pelo CPC/2015. A vedação da decisão surpresa, o reforço do dever de contraditar, particularmente no famigerado artigo 10, em conjunto com a exclusão do livre convencimento do nosso código permitem que o juiz, embora conhecedor de todos os meandros do ordenamento jurídico, não pode decidir com base em fundamentos lançados sem que tenha sido oportunizado um efetivo contraditório.

A evolução do sistema vem prestigiar a atuação das partes e a democratização do direito processual, conformando-o com a exigência, ainda que genérica, do devido processo legal insculpido na CRFB/88. Evitaremos as agudas lesões que vinha sofrendo o contraditório, à revelia das partes, sem o controle dos advogados. Fugimos do

⁴² Ver STJ: AgRg em REsp nº 281.594/SC; REsp nº 819.568/SP.

⁴³ Em sentido semelhante, Dierle Nunes e Lúcio Delfino: “E por detrás de todas essas ocorrências funciona o raciocínio robótico, consolidado pela tradição, de origem medieval, e que de lá para cá experimentou notável transformação de conteúdo: a máxima *iura novit curia*, no processo significando a presunção de que o direito é conhecido pelo juiz, além de ressaltar o poder a ele reservado para investigar e aplicar officiosamente esse direito na solução do caso. É curioso constatar que a prática forense confere ao aforismo vigor deontológico negligenciando que a CF/88 estabelece a obrigatoriedade do devido processo legal, do contraditório e a ampla defesa. Nada disso importa porque é o magistrado que possui o livre convencimento, cuja fundamentação, apesar de exigida, não o prende aos argumentos das partes: é sua função, à distância de todos, conhecer o direito e enquadrá-los aos fatos apresentados, a ponto de vez ou outra extrapolar o objeto do debate processual e impor uma escolha preconcebida desligada do procedimento em contraditório”. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de tróya” *iura novit curia* e o papel do juiz. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 205-210, 2014, p. 206.

malfadado solipsismo judicial, impenetrável e fechado em si mesmo, onde a confrontação de ideias não encontra respaldo.

O que queremos dizer com isso é que, frente a uma tendência irremediável do contraditório substancial de influência, o processo exige uma mitigação da máxima latina, ou melhor, seu desuso, pois não é mais concebível o processo percorrer todo seu procedimento para, ao final, obter uma solução isolada do que o magistrado entende por ser o direito aplicado ao caso concreto. Assim, neste momento histórico o conhecimento do juiz acerca do direito só é válido se previamente o contraditório tiver sido respeitado, dando voz às partes para impugnação dos fundamentos lançados.

Por tudo o que foi colocado, natural que o processo se abra para uma extensa participação democrática, recebendo influência da própria sociedade civil como um todo. O ingresso da comunidade vem a suprir a falta de legitimidade democrática das decisões judiciais, mormente no Brasil, onde os juízes exercem seus cargos por quesitos meramente técnicos, dissociados da população.

1.3.2 *Espaço de integração para Amicus Curiae – Destaque no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*

Uma das mais importantes transformações de abertura do processo para o diálogo com a comunidade foi a normatização do *amicus curiae*. Antes previsto apenas para processos deveras específicos, como em ações de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, agora enriquece sua importância nos procedimentos ordinários, mormente naqueles possam ter impacto social. Um passo adiante na expansão social do processo, conclamando atores sociais para participar das decisões de grande quilate.

Em nosso sentir, albergar o instituto do *amicus curiae* foi uma feliz e acertada decisão da comissão de juristas que se encarregou da organização do novo código. É um enorme passo para a melhoria da prestação da tutela jurisdicional do ponto de vista qualitativo, pois abre o processo para participação democrática supracitada, fazendo com que a sociedade civil participe, ainda que indiretamente, da formação das decisões jurídicas de impacto na comunidade. O processo, repisamos, tem que assumir seu caráter instrumental da democracia.

O amigo da corte encontra-se disciplinado no art. 138 da Lei 13.105 (NCPC), no título III, que trata das intervenções de terceiros. Pois bem, segundo redação do comando de lei é possível extrair um requisito intrínseco e outros quatro (alternativos) extrínsecos ao próprio *amicus curiae*. O primeiro diz respeito à necessidade de representatividade. Os outros requisitos, independentes da qualidade do colaborador, são: relevância da matéria, especificidade do tema, objeto da demanda ou repercussão social da demanda.

Em razão da porosidade processual que permite atuação de diversos segmentos sociais, necessário pontuar, ainda que de forma breve e descompromissada, problemas na literalidade do dispositivo. Aliás, aprimorar a sua aplicação como terceiro interventor que torna a democratização do processo algo realizável. Quanto à condição de representatividade mencionamos dois problemas. O primeiro advém do fato de que o amigo da corte não ingressa em juízo pleiteando ou defendendo em nome próprio direito alheio, mas sim o direito de mera participação no processo.

Diz-se na doutrina especializada que a representação adequada embarcou na esfera de influência norte americana que preconiza em sua *Rule 23*, que dispõe sobre *class actions*, a *adequacy of representation*, evitando que aquele que não participou do processo seja prejudicado por uma má substituição processual⁴⁴. Assim, propugnamos por uma versão mitigada dessa exigência, devendo sempre considerar a capacidade da pessoa, física ou jurídica, de trazer novos elementos para o diálogo processual. Isso porque o quesito não parece estar harmonizado com a ideia do instituto, que é influir e levar a juízos subsídios para se chegar ao melhor provimento final.

Por outro lado, haveria a possibilidade de alguém, cumprindo com a “representatividade adequada”, vendo fracassar sua tentativa de ingressar na lide como assistente, poderia tentar a via colaborativa para defender interesse próprio. É o que sustenta Del Prá⁴⁵, sem muita ressonância na melhor doutrina.

Registra-se agora a modéstia com que o dispositivo foi elaborado, podendo inclusive ter sido mais minudente quanto aos incidentes repetitivos⁴⁶. Era um

⁴⁴ Para o autor, nem mesmo nas mais antigas leis que incorporam o amigo da corte inexistia a “representatividade adequada”. CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Processo. São Paulo, v. 28, n. 117, 2004, p.21.

⁴⁵ Aliás, este autor faz uma ácida crítica a esta forma de redação, referindo-se inclusive aos requisitos extrínsecos como insuficientes e problemáticos quando for interpretado. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Primeiras impressões sobre a participação do *amicus curiae* segundo o projeto de novo código de processo civil. Revista de Processo. São Paulo, vol. 194, p. 307-316, 2011.

⁴⁶ Aqui estamos a nos referir ao microsistema de casos repetitivos, muito falado na doutrina e referendado no Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, no enunciado nº 345, já supracitado:

importante momento para legislar acerca de inquietantes problemas na atuação do *amicus*, todavia o legislador terminou relegando à faculdade do juiz da causa a extensão dos poderes deste instituto. Evitou-se o tratamento de sustentações orais⁴⁷, momento processual adequado para intervenção⁴⁸ e até mesmo a publicidade para matérias de grande relevância social. O risco de deixar essas escolhas a cargo do magistrado pode comprometer o fim para o qual fora criado, potencializando distorções práticas aptas a desaguar em grave insegurança quanto a sua aplicação.

Assim, parece que caberá à jurisprudência a tarefa de balizar precisamente os limites desse tipo de intervenção de terceiro. A pujança democrática do *amicus* exigia mais acuidade legislativa. Insofismável, nesse passo, é que a decisão final do órgão jurisdicional deve levar em consideração os fundamentos elencados pelo amigo da corte, em respeito à correta fundamentação das decisões judiciais, prestigiando o contraditório e conseqüentemente os sujeitos do processo, nos termos do art. 489, inc. IV, § 1º de vigente diploma processual⁴⁹.

Superadas as pinceladas desse instrumento de participação e abertura processual, é chegado o momento de colocá-lo em conexão com o IRDR. Claro que, por ora, dado que ainda não estabelecemos todos os contornos do que seja por definição o incidente, é suficiente fazer menção à sua importância metaindividual. Não é preciso saber todas as implicações do incidente de resolução de processos repetitivos para reconhecermos o evidente ideário coletivo, pois seu próprio nome traz consigo presença do plural, prometendo dar fim às causas que se repetem no Judiciário.

Considerando que estamos a trabalhar em uma ferramenta que pretende abreviar ritos para chegar uma solução mais célere de considerável número de processos, natural e presumível forte interesse grupal no julgamento. Sendo assim, entidades representativas da sociedade devem ter especial participação na fixação de tese jurídica.

“O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

⁴⁷ Superando ponto de vista anterior, o STF admitiu pela primeira vez a sustentação oral pelo colaborador da corte. ADIN 2.777/2003, relator min. Cezar Peluso. Decisão publicada em 15/12/2003. Acesso <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2777&classe=ADI&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M> em 09/05/2015. Desde então esta tem sido a praxe.

⁴⁸ Em Adin paradigmática que cuidou da matéria entendeu-se que o momento processual é apenas o da instrução, tendo sido vencidos os ministros Carlos Veloso, Ilmar Galvão (relator) e Sepúlveda pertence. ADIN n. 2238/2002. Decisão publicada em 19/02/2003. Acesso <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2238&classe=ADI&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M> em 09/05/2015.

⁴⁹ Esse entendimento encontra-se sedimentado na forma do enunciado de número 128 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o FPPC: “No processo em que há intervenção de *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV, § 1º do art. 489.

Tanto pelo suprimento de uma eventual argumentação de déficit democrático⁵⁰ no Judiciário, quanto pelo aprimoramento de argumentos levados à baila pelos setores representativos dos grupos da sociedade.

Nesse sentido, não só deve ser aceitável como plenamente recomendável que os Incidentes de Demandas Repetitivas tenham argumentos considerados por este tipo de intervenção⁵¹. Assim, não por outro motivo o código fez ressalva de que nestas específicas situações de resolução de conflitos repetitivos, era possível até mesmo que este terceiro pudesse recorrer, conforme disciplina do § 3º do art. 138, configurando uma exceção deste tipo de atuação processual. Ora, nada mais nobre que permitir que aqueles que detenham certa margem de representação da sociedade pudessem influir em decisões de grave impacto na comunidade, com poder inclusive de impugnar o julgamento incidental, dando especial enfoque a um contraditório substancial como possibilidade de influência no provimento judicial⁵².

É claro que o assunto não se encontra esgotado, mas neste tópico é suficiente pararmos por aqui a fim de não comprometermos discussões mais profundas antes de

⁵⁰ Consignamos harmonia com nosso posicionamento, a visão do professor Antonio Cabral: “Conjugando ambas as ideias, vemos que, em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente”. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 231, p. 201-231, 2014, p. 206.

⁵¹ Como veremos mais adiante, um dos problemas a ser enfrentado é justamente o da escolha da causa representativa da controvérsia. Sobre o tema, destacamos novamente o professor Cabral que afirma categoricamente que a participação deste sujeito processual vem incrementar o debate e serve de parâmetro para atestar riqueza de argumentos na escolha da demanda piloto: “No mais, temos que lembrar que, tanto na disciplina do art. 543-C do CPC (LGL\1973\5) (especialmente o seu § 4.º), quanto no Projeto de novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (e aqui nas duas vertentes, dos recursos excepcionais repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas), o legislador permite a oitiva de interessados e a participação do *amicus curiae* no incidente. Ora, essa constatação reforça o critério aqui proposto: se o pluralismo e o estímulo à participação são a tônica dos incidentes de coletivização, ao buscar escolher uma causa-piloto em que esta participação tenha sido tão mais plural já nas instâncias inferiores, reduz-se o problema do déficit de participação no curso do próprio incidente. Aliás, não faz mesmo sentido selecionar um processo originário em que tenha havido pouca participação para depois tentar corrigir ou mitigar as deficiências de contraditório quando o incidente estiver em andamento”. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Op. Cit., p. 211.

⁵² Consoante a afirmação, pontuamos a passagem do professor Aluisio Mendes ao escrever sobre o Incidente em conjunto com Sofia Temer: “O contraditório é preservado, nesta modalidade processual, pela conjugação de três fatores: (a) pela escolha mais plural possível dos processos que irão formar o “modelo” no incidente, para representarem a controvérsia do modo mais amplo e completo possível; (b) pela ampla participação dos potencialmente afetados pela decisão proferida no incidente, ou seja, os sujeitos parciais dos processos em que se discuta a mesma questão de direito; (c) pela manifestação de órgãos, entidades e pessoas na condição de *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 243, p. 283-331, 2015, p. 298.

tratarmos de conceitos basilares. A questão da participação (seja da sociedade, seja dos sujeitos cujos processos foram sobrestados) no incidente é uma das engrenagens-chave para o funcionamento constitucional deste importante instrumento de justiça. Mais adiante será necessário mergulharmos um pouco mais no ponto aqui assomado.

Percebemos, com tudo o que foi anotado, uma ampla vontade de que o processo construa pavimentos de diálogos entre sociedade e Estado. Tudo isso com intuito de aprimorar o conteúdo decisório dos provimentos judiciais. É uma tendência que não podemos nos esquivar. Tal vocação impacta profundamente nas estruturas tradicionais do processo. Os conceitos insuficientes não prescindem de nova configuração para atualização neste novo modelo constitucional do processo.

1.4 Estrutura conceitual do “Processo”

É hora de destacarmos que a modificação da forma de enxergar o processo⁵³, reconhecendo seu aspecto político e ideológico, bem como sua atuação mais próxima do direito material, terminam por influir na metodologia científica do direito processual. Dessa maneira nos esquivamos de um colapso em virtude da desvinculação da teoria com o plano fático.

Ora, processo tem como origem etimológica a palavra grega “*prosek*” que significa vir atrás ou ir adiante. No latim, está associada à palavra “*procedere*” que representa um “caminhar adiante”. Até a Idade Média o termo não era tão corriqueiro na prática forense, tendo sido adotado pelos Canonistas daquela Era⁵⁴.

⁵³ Em harmonia com um dos principais expoentes do direito processual da atualidade, o mineiro Dierle Nunes: “É chegado o momento de ruptura no dimensionamento e compreensão da ciência e do sistema processual”. NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para litigiosidade repetitiva. Revista de processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 199, p. 41-83, 2011, p. 42.

⁵⁴ Sobre a etimologia da palavra e um breve histórico do seu uso, recomendamos o aprofundamento na leitura do clássico artigo italiano de Satta, em SATTA, Salvatore. Dalla procedura ao diritto processuale civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, anno 18, p. 28-36, 1964, p. 30.

Talvez em razão dessa significação, a abordagem jurídica do processo tenha sido enxergada por algum tempo como uma sucessão de atos processuais. A propósito, não são poucos os autores que assim o definiam⁵⁵.

O processo, como entidade complexa, foi ainda disposto como duas acepções distintas, uma formal e outra substancial. No primeiro plano ficaria encarregado de somar os atos a um fim conclusivo, como se equivalesse ao procedimento. Na derradeira noção, mais técnica, o processo representaria o instrumento pelo qual o Estado prestaria a jurisdição, no qual o autor exerceria seu direito constitucional de ação, e o réu disporia do seu direito de defesa, e, portanto uma seria a marca de uma relação jurídica processual autônoma, existente entre os sujeitos que ali estão.

Temos, assim, que a visão clássica do processo terminou por definir que, em uma perspectiva jurídica, seria equivalente à soma da relação jurídica processual com o procedimento⁵⁶, dando especial enfoque àquela. Procuravam dar corpo (procedimento) e alma (relação jurídica) ao processo. Contudo, tal disposição deixava a ciência imune ao conteúdo constitucional, esquecendo de aspectos práticos e substanciais exigidos pela nova ordem erigida em torno de uma Constituição com força normativa, pretendendo penetrar sua influência em todas as ramificações do direito.

Se antes os processualistas primavam pela neutralidade de sua ciência, trabalhando e delimitando as ideias de processo e procedimento, em boa hora questionamos a herança pandectística de visualização do fenômeno processual como uma pura e básica relação jurídica⁵⁷. Oportuna é a desconstrução da ideia sedimentada por décadas⁵⁸, colocando o processo nos eixos desideratos de sua função instrumental.

⁵⁵ Em palavras similares: “[...] por força do seu significado etimológico, o processo, por muito tempo, foi visto como uma simples sucessão de atos processuais”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 30.

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do Processo Civil: Primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 48.

⁵⁷ Excerto do afamado doutrinador processual revela bem o que queremos mostrar: “Também quanto à relação processual – caracteres da relação processual – devemos imaginá-la aqui como unitária, complexa e continuativa, idônea para se plasmar em situações jurídicas variáveis de cooperação e oposição que sucessivamente se aperfeiçoam na função da atividade com a qual cada um dos sujeitos se move em direção ao objeto comum [...] A doutrina, por mais que se encontre geralmente de acordo em admitir que todos os atos do processo devem ser considerados como manifestação exterior de uma relação jurídica única que osune a todos, não está de acordo ao descrever a estrutura desta relação”. CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil, Vol. I*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 268. Em sentido oposto, sem dúvidas, um dos autores que mais concorreram para formulação da crítica foi Elio Fazzalari. Ver em FAZZALARI, Elio. *Procedimento e Processo*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXV Milano: Giuffrè, s/d, p. 819.

⁵⁸ Processualistas contemporâneos afirmam não existir apenas uma relação jurídica processual em forma, mas sim várias relações jurídicas processuais que decorrem dos fatos jurídicos processuais. Ver

Acreditamos que já é o momento de transpormos a superestima dada à relação processual⁵⁹, como se esta fosse a fórmula exata pela qual se expressa a unidade e identidade do processo⁶⁰. Noutro giro, vale deixar claro que mesmo após o fenômeno da constitucionalização do direito, noções básicas de garantias fundamentais exigidas de um processo permaneceram latentes em relação à sua estrutura. Fato este que não pode mais ser ignorado.

Assim, para uma perfeita conexão do processo com a essência constitucional, que fixa um núcleo duro mínimo do devido processo, é preciso reconfigurar sua estrutura conceitual básica, destacando o que verdadeiramente importa no atual contexto. É por isso que os processualistas mais contemporâneos frisam que “*la caratteristica própria del processo - Il contraddittorio - non è stata colta da tutti i processualisti e giuspubblicisti, e Il processo é stato per lo più assorbito nella genérica fisionomia del procedimento*”⁶¹.

Não por outro motivo, hoje temos maior facilidade para simplificarmos o que representa o processo, inserido na sua base uma garantia fundamental anotada por todas as Constituições de tradição ocidental: o contraditório.

Conforme já insistentemente aventado a atual noção de sua amplitude impacta na própria relação jurídica processual, fazendo com que sua ausência descaracterize completamente o processo. Dessa maneira, não poderia haver processo sem o contraditório efetivo.

Salientamos, pois, o contraditório dinâmico como valor fonte do processo civil, como parte de uma estrutura dialética que se diferencia do procedimento⁶², ou melhor, é

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER, Fredie (Org.). Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial – 2ª Série. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 767. Ademais, as “relações jurídicas processuais” não mais estariam desprendidas do conteúdo, porquanto antes vinculadas apenas à forma, pois a Constituição garante substância às normas processuais, revelando núcleo mínimo de respeito a garantias fundamentais. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 208.

⁵⁹ “I processualisti hanno sempre stentato, a causa dell’impotenza del fenomeno (La trave nell’occhio próprio...), a definire Il processo - lo schema stesso della disciplina di loro competenza – e sono rimasti fermi, ancora durante alcuni decenni di questo secolo, al Vecchio *clichè* pandettistico del rapporto giuridico processuale, quando hanno finalmente Il concetto di procedimento”. FAZZALARI, Elio. Istituzioni di Diritto Processuale, VIII Edizione. Milano: CEDAM, 1996, p. 75.

⁶⁰ Como desejava o saudoso Calamandrei: “A série de atos processuais, próximos porém distintos, no espaço e no tempo, que constitui exteriormente o processo, pode ser entendido – unidade do processo – como uma unidade somente quando estes atos se concebiam como manifestação visível duma relação jurídica única: a relação processual é fórmula mediante a qual se expressa a unidade e a identidade jurídica do processo”. CALAMANDREI, Piero. Direito Processual Civil, Vol. I. Op. Cit., p. 273.

⁶¹ FAZZALARI, Elio. Istituzioni di Diritto Processuale, VIII Edizione. Op. Cit., p. 76.

⁶² ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, p. 1302 a 1362, 2015, p. 1347.

sua *ratio distinguendi*, superando as tentativas anteriores de uma definição do processo⁶³. O processo é, portanto, nada mais que o procedimento em contraditório.

Estabelecida essa premissa, o que nos interessa é que o contraditório, na medida em que somente pode ser satisfeito com uma ampla e irrestrita participação dos interessados, tem que ser instrumentalizado em incidentes que irradiam seus efeitos em relevante quantidade de processos judiciais.

Desse modo, os instrumentos processuais mais modernos devem sempre ter presente que o que os legitima é exatamente a possibilidade de existência de um contraditório que influencie a apreciação do julgador.

A nossa preocupação recai exatamente pelo fato de o incidente de demandas repetitivas trazer uma solução rápida e concentrada de demandas idênticas sem, entretanto, disponibilizar irrestritamente a participação dos interessados. É nessa senda que importa ter sempre a consciência de que a validade de todo e qualquer processo, máxime naqueles com ideário coletivo, depende do adimplemento da obrigação de existência de um real contraditório nos moldes constitucionais.

Ademais, como mostraremos adiante, o incidente tem total aptidão para ser um procedimento autônomo, de características objetivas. Por outras palavras, o objeto do IRDR não é exatamente uma pretensão resistida, mas sim a interpretação de um fenômeno jurídico massificado.

1.5 Ainda sabemos que é a Jurisdição?

O Estado Moderno foi originariamente previsto como entidade apta para reunir e tornar possível a vida em comunidade. Assim, como expressão do seu Poder soberano, detinha o domínio completo da produção do direito. Direito este outrora compreendido como sinônimo de lei.

Nesse sentido, se o Estado toma para si a imputação normativa, nada mais evidente do que reivindicasse a própria aplicação da legislação que construiu. Os

⁶³ “Il riferimento alla struttura dialettica come a *ratio distinguendi* permette superare pregressi tentativi di definire Il processo”. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*, VIII Edizione. Milano: CEDAM, 1996, p. 84.

conflitos, portanto, não seriam mais resolvidos por imposição da solução manipulada pela força individual, mas pela aplicação do direito⁶⁴.

Transportando isso a um contexto no qual reina a ideia de uma expressão da vontade geral pela lei, tendo esta última uma feição completa e estática, não fica difícil constatar que a aplicação das normas possuía uma forte vinculação ao conteúdo posto pelo legislador. Atava-se as mãos da Justiça para que esta continuasse dócil aos anseios da classe politicamente dominante. Norma e lei eram confundidas na mesma estrutura.

Nada mais natural do que determinar a atuação do aplicador do direito como *juris dictio*, que significa, em termos conceituais e etimológicos, “dizer o direito”. A jurisdição, portanto, tinha tradicionalmente a função de revelar o direito aplicável àquele conflito.

Foi nesse diapasão que surgiram os grandes conceitos para balizar o que seria a jurisdição. Conceitos esses que até hoje, décadas após uma completa e complexa mudança da cultura jurídica, continuam a se ensimesmar.

O mais famoso desses diz respeito ao formulado por Giuseppe Chiovenda, segundo o qual a jurisdição corresponderia a uma “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”⁶⁵. Para o processualista italiano não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei. Bastante significativa a ideia chiovendiana de que a jurisdição, enquanto atribuição unicamente estatal, estava sujeita à atuação do legislador.

Ressaltamos, contudo, que o posicionamento do autor foi firmado ainda no início do século XX. Muito antes, por isso, da teoria da interpretação jurídica atual. Em crítica apertada, podemos dizer que a grande objeção à definição se dá pela forte influência jurídico-filosófica do século XIX, quando se exigia o rompimento radical entre a função de legislar e a função de julgar segundo a lei. Mesmo assim, não é raro encontrar na academia brasileira, mormente nos bancos da graduação em direito, quem continue a sustentar a visão chiovendiana como conceito-mor da jurisdição.

⁶⁴ SILVA, Paula Costa e. A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de solução das controvérsias. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 20.

⁶⁵ “El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (em relación a um bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen II, tradução E. Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 38. Também em: CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, *passim*.

Outro insigne colaborador conceitual foi o também italiano Francesco Carnelutti, adepto da teoria unitária do processo. Talvez tenha sido o processualista que mais tenha influenciado a doutrina. Parte da ideia de interesse, como posição favorável a uma satisfação de necessidade. Entretanto, as necessidades humanas são ilimitadas, ao mesmo tempo em que limitados são os bens para satisfazê-las. E assim surge o conflito de interesses⁶⁶. Este conflito pode se dar em um mesmo indivíduo, bem como entre pessoas. Havendo o conflito de interesses entre indivíduos, um pode se sujeitar ao outro, compondo o conflito, ou mesmo pode resisti-la, caso em que surge a lide⁶⁷.

Essa noção é fundamental para entender sua definição jurisdicional. Para o jurista, o Estado compõe o conflito resistido e, por isso, conclui que a jurisdição nada mais é do que a justa composição da lide.

Devemos assomar também a contribuição de Enrico Allorio. Segundo o processualista, a atuação jurisdicional deve procurar, não um fim, mas um resultado. Tenta, assim, distinguir as atividades do Estado por seu resultado, nunca por seu fim. É esta a premissa que utiliza para diferenciar atuação administrativa da atuação pela jurisdição. Dessa forma, chega a definir a formação de coisa julgada como atributo inseparável da jurisdição e, por consequência, o marco diferenciador do exercício administrativo. Embora reconheçamos que Allorio não foi o único a sustentar tal posicionamento, seus trabalhos geralmente são destacados por quem aventura-se a escrever sobre uma das engrenagens fundamentais do processo⁶⁸.

Por óbvio esse último conceito não mais encontra contato com a realidade, haja vista que a formação da coisa julgada nem sempre é resultado da atividade jurisdicional. Vejamos, v.g., a jurisdição voluntária, a estabilização das tutelas de urgência, até mesmo o próprio incidente de causas repetidas etc. Hoje já é pacífica a afirmação de que a jurisdição tem como produto diferentes níveis de estabilidade, não sendo o caso de

⁶⁶ “[...] la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno escluse la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno diverso”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua: Casa Editrice Dott, 1936, vol. I, p.12.

⁶⁷ “[...] conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell'altro. CARNELUTTI, Francesco. *Idem*, p. 14.

⁶⁸ “A doutrina que restringe a jurisdição à coisa julgada, geralmente atribuída a Allorio, nem é tão recente nem tão exclusiva. Defendeu-a também Calamandrei, num ensaio publicado no ano de 1917, ao afirmar que a coisa julgada é o que constituía a pedra de toque do ato jurisdicional. SILVA, Ovídio Araújo Baptista & GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

conceber como “ou coisa julgada ou nada”⁶⁹. O produto da jurisdição pode ser outro, não tão duro e grave como a coisa julgada, mas que também possua certo nível mínimo de estabilidade.

Como veremos mais adiante, os clássicos conceitos de jurisdição não podem mais ser considerados inflexíveis. Com a mudança de paradigma do direito, muito em razão do constitucionalismo e das mudanças da hermenêutica jurídica, repassar as definições de décadas atrás pode representar uma perda de crédito da própria ciência. Ora, se não mais identificamos a sinonímia entre direito e lei, se o Estado não mais detém o centro de produção jurídica, se a interpretação possui caráter criativo, se existem processos sem lides e se a coisa julgada não é necessariamente um produto da jurisdição, procuremos um novo conceito que caiba aos nossos tempos.

1.5.1 *Vocação contemporânea para a jurisdição*

Com a passagem do Estado Liberal clássico para o Estado social de Direito⁷⁰, exigiu-se uma postura mais envolvente da magistratura na atuação em busca de fins estatais, vez que a postura abstencionista do Estado com relação aos direitos de primeira geração deu lugar a um comportamento interventivo para a concretização de direitos de segunda e terceira geração.

O fenômeno ganha reforço com a crescente debilidade da atividade legislativa. Se em algumas matérias legisla demais, em outras há silêncio eloquente por parte do legislador. Isso sem mencionar a morosidade de seu processo legislativo.

Se vivemos na era da informação e da tecnologia, na qual as transformações no seio da sociedade acontecem de maneira instantânea, há clareza solar ao pontuar que a comunidade evolui a passos mais largos do que o Poder legislativo pode acompanhar.

⁶⁹ Para maior aprofundamento no tema ver o livro brasileiro referência: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

⁷⁰ É similar a observação de Mitidiero. Discrimina este autor que esta mudança de paradigma estatal, do Estado legislativo para o Estado Constitucional, gerou três grandes transformações para o Direito. A primeira seria na própria fonte do direito. A segunda na compreensão e interpretação jurídica. A derradeira transformação estaria sitiada na própria técnica legislativa. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 64.

Dessa feita, se por um lado a inflação legislativa gera antinomias (multiplicidade de leis sobre um tema inevitavelmente enfrenta contradição sistêmica) e enfraquecimento das leis (potencial normativo tem calibre reduzido quando há intensa “legalização” da matéria), por outro o legislador deixa de atuar, deixando grandes vácuos a serem preenchidos pela atividade judicial.

Ora, se o juiz contemporâneo se depara com antinomias a serem resolvidas e lida com escolhas políticas⁷¹ porque o legislador (e o administrador do Executivo) foi omissivo⁷², não restam dúvidas de que seu exercício de poder se enriqueceu de certa dose de discricionariedade.

Ressalvamos, contudo, que discricionariedade não significa arbitrariedade. Quer dizer apenas que, dentre duas escolhas que *legitimamente* poderiam ser feitas, escolhe-se uma. É, dessa forma, correta a afirmação que o intérprete judicial realiza atividade discricionária? Óbvio!

Perceba que a interpretação jurídica não é (nem nunca foi) o produto exato de uma equação matemática⁷³. No atual modelo pós-positivista, que viu lograr êxito a

⁷¹ Não deve mais chocar a compreensão de que a atividade judicial no contexto atual lida com escolhas políticas. Isso não significa dizer que o intérprete atue em favor de partido político A ou B, mas sim que suas escolhas impactam na sociedade tal qual a atividade legislativa, através da compreensão política, moral e ética do magistrado. Neste sentido: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 2000, p. 4. “Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação baseada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do partido trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político do que de outros”. No Brasil, um dos juristas que comenta abertamente isto é Dalmo Dallari: “Os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato de poder de Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas. Mas, antes de tudo, o juiz é um cidadão e nessa condição exerce o direito de votar, o que não é desprezível quando se analisa o problema da politicidade de suas decisões judiciais”. DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

⁷² A disciplina do Direito que bem trabalha esse fenômeno é sem dúvidas a do Direito Constitucional. Várias são as pesquisas no campo do ativismo judicial, que, em linhas gerais, significa o Judiciário se imiscuindo em atribuições que fogem de sua “competência” tradicional. Há casos paradigmáticos alhures, v.g., o caso Grootboom na África do Sul. Foi levado à apreciação do Judiciário sul-africano o direito à moradia. Em síntese apartada, pessoas despejadas de um terreno particular ficaram desamparadas, máxime após de uma completa inércia da prefeitura local. Diante desta situação, a Justiça obrigou o Poder Público, com os recursos que possuíam, a criar programa abrangente para tornar eficaz o direito constitucional à moradia. Este exemplo serve para demonstrar esta intromissão cada vez mais manifesta do Poder Judiciário na Administração Pública do Estado. Embora não seja um caso brasileiro, esta é uma evidente tendência nos países democráticos do globo. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, 2007.

⁷³ Na exata noção, deixamos a máxima hobbesiana: “All laws, written, or unwritten, have need of interpretation”. HOBBS, Thomas. Leviathan, or the matter, forme, power of a common-wealth ecclesiastical and civil. London: Andrew Crooke, 1651, p. 143. A mesma ideia em Ferrajoli: “Certamente il modello illuministico della perfetta (corrispondenza) tra previsioni legali e accadimenti concreti e del

teoria lógico-argumentativa, não cognitivista, interpretar vira uma atividade de atribuir significado a determinado texto⁷⁴ e, por isso mesmo, com grande probabilidade de erro. Nessa via, a solução de um caso não conta com apenas uma resposta correta, mas várias. Entretanto, isso não quer implicar impossibilidade de controle racional. Neste desenho, a forma para averiguar e balizar as escolhas legitimamente feitas é a avaliação da lógica e da argumentação jurídica para os fins que são pretendidos⁷⁵.

É evidente que esse incremento na expressão de poder dos julgadores teve de romper definitivamente com o formalismo de outrora, fundamentado sob pilares de uma interpretação jurídica silogística.

A atividade judicial era caracterizada por se utilizar do método da subsunção ao conformar a lei ao caso concreto. As decisões judiciais estavam atreladas a uma lógica pura e a uma mecânica de simples adequação lei e situação real⁷⁶.

Na clássica concepção *chiovendiana* da jurisdição do começo do século passado, o juiz declarava a lei para a situação concreta através da atividade substitutiva do Estado. Perceba, por isso, o forte apego à lei como fonte única do Direito, típica de um positivismo centrado na formalidade⁷⁷.

Naquela conjuntura, por isso, o juiz era apenas *la bouche qui prononce les paroles de la loi*, com uma atuação opaca e tímida perante a sociedade. Quase “um braço” do Poder Legislativo, o Judiciário não possuía nem mesmo expressão de um Poder de Estado de fato⁷⁸.

giudizio come applicazione meccanica della legge è un’innuità filosofica viziata da realismo metafisico”. FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria Del garantismo penale. Roma: Laterza, 2004, p. 19.

⁷⁴ GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 411.

⁷⁵ “Justamente para viabilizar o controle intersubjetivo da racionalidade da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa, isto é, que se vale da lógica e da argumentação jurídica para consecução de seus fins.” MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

⁷⁶ “Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico”. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 34.

⁷⁷ Descreve este quadro de maneira muito similar Eduardo Cambi, ao fazer minudente pesquisa a respeito da conexão entre Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Ver: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007. Disponível em: <[http://: www. panoptica. org](http://www.panoptica.org)> Acesso em 28/01/2016.

⁷⁸ “A verdade é que entre o século XVIII e a primeira metade do século XX, registrou-se na Europa continental não tanto uma ‘esterilização política’ mas uma burocratização do juiz, que terminou por igualar substancialmente a função judiciária à administrativa. Ambas as funções foram consideradas, realmente, como divisões de um único aparelho de poder. [...] O poder em sentido estrito era detido e exercido indubitavelmente pelas elites políticas. O Judiciário era considerado, assim, apenas como um ‘mecanismo específico’. PICARDI, Nicola. Op. Cit., p. 26.

Não é necessário possuir grande dom cognitivo para concluir que, realizando sua função, o juiz, preso às amarras legais, lidava com situações em que o próprio sistema cria na existência de uma única solução jurisdicional à lide. Ora, se a lei prescrevia as condutas e as sanções, por simples juízo silogístico se obtinha a resposta da lei para o caso *sub examine*.

Dessa forma, à luz dos fins deste trabalho, seria necessário exigir uma justificação pormenorizada de uma atividade lógica e burocrática, de baixa consequência política, que fazia uso de instrumentos conceitualmente fechados? Devemos convir que não, pois esse caráter rudimentar prestação jurisdicional e o modo de disposição do sistema jurídico eram tais que a legitimação desta atividade se dava no estrito cumprimento da lei. Esta lei era, por ser emanada dos representantes eleitos pelo povo, tinha identificação direta com a vontade geral.

Entretanto, conforme já consignado acima, o Estado Democrático de Direito conferiu enriquecimento de poder dos magistrados, colocando-os em situações de escolhas discricionárias, em que mais respostas - todas legítimas - poderiam ser dadas. Isto porque o ordenamento chancela e legitima a possibilidade de dar mais peso a um princípio em detrimento de outro, dar maior extensão a conceito jurídico indeterminado, utilizar cláusula geral com sentido diverso, e assim por diante...

Assim, a afirmação de que o juiz cria o direito (não de modo absoluto) é antes de tudo uma constatação de nossos tempos, fruto de um sistema que separa o texto legislativo da norma em si.

O juízo de valor, se isso é bom ou ruim, serve a outro estudo que não este. A atividade do intérprete judicial, portanto, se dá pela reconstrução de sentido normativo das proposições jurídicas, ou melhor, o legislador faz texto, não a norma, pois esta última quem “faz” é seu intérprete-destinatário⁷⁹.

Por esse ângulo, a se evitar uma arbitrariedade que eventualmente possa surgir deste inegável ativismo judicial, emerge, além da publicidade e do dever de motivação como controle democrático da decisão judicial, a necessidade de manter a coerência e segurança jurídica em face da ampla possibilidade de decisões que possam surgir. Insofismável, por isso, que atualmente se exija a manutenção da coerência e solidez das decisões dos Tribunais hierarquicamente dispostos desenvolvimento substancial da motivação dos juízes.

⁷⁹ Sobre do tema nova hermenêutica jurídica e separação de texto legal e norma, ver GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2005.

Se a jurisdição incorporou funções inéditas, em contrapartida, o mínimo que a sociedade (diga-se, a democracia) reivindica é uma segurança jurídica para padrões decisórios em casos semelhantes em conjunto com uma justificativa racional para as escolhas perpetradas. É a única forma de legitimar a discricionariedade e evitar o arbítrio. Com relação a isso, a “nomofiláquia” pode nos ajudar com algumas soluções.

1.5.2 *Função Nomofilácica nos Tribunais*

Para muitos juristas a expressão “nomofilácica” é incomum, mormente para quem não transita na academia do direito processual. De fato, a doutrina não tem trabalhado muito esse termo, haja vista ser fácil abordar seu conteúdo sem necessariamente citar tal palavra.

Pois bem, o termo não é novo e há muito tempo foi cunhado por Piero Calamandrei, ainda na década de 20 na Itália⁸⁰. Mesmo com essa distância temporal, ainda não se conseguiu implementar de forma satisfatória tal “função”. É verdade, contudo, que essa preocupação generalizada surgiu tem pouco tempo, muito por razão da explosão do contencioso em escala mundial. Afinal, o que significa? Que relação tem com a jurisdição?

Em termos genéricos e objetivos, é a garantia de uniformidade na interpretação das normas. Parece óbvio, mas basta visualização superficial da jurisprudência das nossas Cortes Superiores para fazer a constatação de que, a depender da “Turma” de julgamento do processo, haverá decisão num ou noutro sentido sobre mesma matéria. Uma verdadeira loteria. A sorte do caso depende do órgão que será julgado (às vezes nem isto)⁸¹.

⁸⁰ É o que narra o conspícuo processualista italiano. TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. São Paulo: Revista de processo, vol. 199, p. 135-155, 2011, p. 147.

⁸¹ Nesse diapasão, ver interessante excerto do desembargador e processualista, Alexandre Câmara, que trata da inconveniente existência de decisões distintas para o mesmo caso. No texto são relatados dois acórdãos lavrados por um mesmo ministro do STJ, onde um é aberta divergência para modificar a jurisprudência da corte no sentido de reconhecer prescrição intercorrente entre particulares, quando a execução estiver parada por ausência de bens para penhora. O autor relata que pouco mais de uma semana depois o mesmo magistrado lavra acórdão para situação idêntica adotando posicionamento oposto ao que fora decidido: “A leitura deste acórdão surpreende. Afinal, nele não só não se dá uma só palavra sobre o novo CPC, como também nada se diz acerca da decisão proferida pouco mais de uma semana antes. A impressão que se tem é que não tinha sido proposta a mudança de orientação jurisprudencial. Tudo é tratado como se nada tivesse acontecido. E aí, uma vez mais, descumpre-se o novo Código, pois se deixa

Ora, a função nomofilática consiste exatamente em tentar conferir uniformidade para decisões que envolvam mesma temática. É por isso que o sistema processual deve estar, com mais razão hoje em dia pela pleora de causas, preocupado em tentar achar instrumentos para efetivar na prática este mecanismo.

Em linhas gerais, essa racionalização busca primeiramente a isonomia. É repetitivo, mas nunca demais, consignar que cidadãos em situações similares devem ser tratados de maneira uniforme. Assim, é inconcebível que uma Corte Especial continue a dar diferença de tratamento em casos iguais. No atual estágio do Estado de Direito, a exigência isonômica deve ser fim a ser buscado sempre.

A uniformidade da interpretação das normas, por outro lado, aumenta a previsibilidade jurídica. Assim, as pessoas, físicas ou jurídicas, podem pautar suas condutas com base nos padrões uniforme de interpretação das normas. Há uma melhor valoração das futuras consequências das suas ações. Alcança-se segurança e programação estável do tráfego jurídico⁸². Nessa perspectiva, reduz-se a conflitualidade, pois é previamente sabido que os vetores de interpretação dos Tribunais sobre uma dada matéria apontam para um único sentido.

Ademais, há sem dúvidas uma racionalização da prestação jurisdicional porque os casos concretos similares que se apresentem diante do sistema terão de ser julgados com base nos mesmos fundamentos já apresentados em decisões paradigma. Termina, pois, por emprestar economia de tema, já que há uma aplicação da tese firmada nas Cortes Superiores.

Em arremate, é perspicuo o reforço institucional que a “nomofiláquia” promove, haja vista a promoção de unidade da interpretação jurídica, emprestando segurança jurídica à sociedade como um todo. Essa coesão interpretativa aumenta a credibilidade da Justiça enquanto “instituição”.

de lado o dever de integridade a que se refere seu art. 926, o qual exige o respeito à história institucional da matéria, de modo que o tribunal deve levar em consideração as decisões anteriormente proferidas sobre o tema na construção das novas decisões que venham a ser prolatadas, como na célebre metáfora do romance em cadeia de Dworkin”. CÂMARA, Alexandre. Sobre um recente acórdão do STJ em matéria de prescrição intercorrente: pode isso, Arnaldo?, Em: <http://portalprocessual.com/sobre-um-recente-acordao-do-stj-em-materia-de-prescricao-intercorrente-pode-isso-arnaldo/>. Acesso em 15/02/2016.

⁸² Com a mesma ideia: “Si riduce così la conflittualità e si ottiene sicurezza e programmabilità del traffico giuridico. Le parti di un rapporto possono meglio valutare le future conseguenze delle loro azioni, proprio in base agli indirizzi impartiti da orientamenti consolidati”. CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

No novo Código de Processo, embora de forma tímida e com pouca técnica, essa necessidade de garantir unidade do Direito e de sua interpretação procurou ser garantida através de um sistema de valorização do precedente, buscando torná-lo vinculante.

É nesse ponto que se torna imprescindível fazer a conexão da valorização do precedente com uma mudança na definição de jurisdição. Registra-se, contudo, que precedente não possui identificação exata com os fundamentos da decisão, embora estes possam fazer parte do precedente. Os precedentes possuem feição genérica apta a ser aplicável em outras situações de similitude fático-jurídicas. A fundamentação é um discurso justificativo ao caso concreto que faz parte da decisão. O precedente surge da própria decisão⁸³. Evitamos, portanto, a indevida associação que tem aptidão para desqualificar a atuação jurisdicional nestes casos.

Feita a adequada distinção, assoma-se que a caminhada para uma vinculação de precedentes oriundos das decisões judiciais⁸⁴ faz com que se requeira um distinto conceito para atuação jurisdicional. Observe que se o desejo é aplicar as partes generalizáveis de uma decisão já firmada no âmbito do próprio Judiciário, imprescindível que os conceitos tradicionais supracitados repassados se adequem à nova realidade.

Com efeito, percebe-se um forte caráter estruturante das decisões judiciais, com impacto tanto no próprio Judiciário como no âmago da sociedade de modo geral. Dada a magnitude das decisões tomadas pelos Tribunais, extrai-se urgência de uma justificativa organizada e elaborada para que se possa infirmar o adimplemento das deliberações judiciais. Isso se dá principalmente pelo déficit democrático do Judiciário, que é composto por juristas técnicos que não foram eleitos como representantes da comunidade⁸⁵. Tal afirmação somente ratifica a posição de vanguarda do exercício da jurisdição e coloca em evidência as garantias constitucionais do processo.

⁸³ Existe acurado trabalho para estabelecer a linha de separação entre fundamentação e precedente: “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são as razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada.” MITIDIERO, Daniel Francisco. Op. Cit., p. 66.

⁸⁴ A doutrina não é unânime em relação à possibilidade de toda decisão se tornar precedente. Grande parte afirma que a aptidão para se tornar paradigmática depende do enfrentamento das principais e sensíveis questões de direito envolvendo o caso concreto. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

⁸⁵ É por isto que não é lugar comum na doutrina a afirmação de que a diferença entre o legislador e o magistrado reside no fato do primeiro tomar escolhas sem a necessidade de justificação, pois foi legitimamente eleito para representar os cidadãos, enquanto o juiz deve justificar suas escolhas porque representa o respeito às normas do Estado.

É neste cenário de transcendência de parte da decisão jurídica, portanto, que a nova ordem processual reclama um salto de qualidade no balizamento e na utilização das palavras que caracterizam a jurisdição, de forma que a perspectiva de sua atividade não descuide dessa essência de auxílio à construção da ordem jurídica. A unidade do direito depende da seriedade com que arrostamos o novel conceito.

Temos, portanto, a jurisdição fora de seu ultrapassado conceito reativo, em que despertava de sua dormência para reagir a uma lesão ou ameaça de direito. A atuação jurisdicional hodiernamente soma isto a uma pretensão ainda maior: papel proativo, que orienta a interpretação e aplicação do direito para a sociedade civil⁸⁶. Não fica difícil afirmarmos que a jurisdição atua na ordem jurídica inovando e servindo para construção do próprio direito. O direito em todo seu dinamismo ganha a ajuda da jurisdição para em conjunto com a legislação definir os comportamentos aceitáveis pela sociedade.

O papel proativo, por iniciativa do próprio Judiciário, ganha contornos mais definidos na medida em que a legislação se torna vacilante (por excessos de leis ou por ausência delas) e as decisões proferidas em casos com idêntica similitude fática divergem frontalmente a depender do órgão julgador. Essa incoerência institucional, já devidamente denunciada, gera problemas na sociedade que vão desde o descrédito na Justiça até a perda de legitimidade do poder.

Assim, a criação de uma via jurisdicional de apoio que trate de forma equivalente as questões idênticas, abstraindo a questão de direito, é algo que não precisaria nem ser defendido, pois decorre da própria lógica isonômica de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, a fim de evitar distorções e o péssimo uso do seu serviço, cabe a nós definir as nuances do instituto que estreia no novo Código de Processo Civil Brasileiro.

1.6 Premissas lançadas

A importância da discussão de temas que transcendem à estrita análise legal e conceitual do incidente de resolução de demandas repetitivas nos serve para procurar entender a inserção desse instrumento no contexto da atual hermenêutica, que

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. Op. Cit., p. 55.

transforma o *modus operandi* judicial e, por consequência, dá sentido a diversas alterações na lógica teórica das definições tradicionais.

Ademais, ressaltamos que insistir no ideário democrático do processo, na presença perene de um contraditório substancial e nas alterações conceituais de processo e jurisdição nos ajudará a justificar certos posicionamentos doravante apresentados.

Por ora, nos resta dizer que a ideologia democrática do processo, enquanto reflexo dos ideais estatais, reclama por uma ampla participação de eventuais interessados durante o processamento da ferramenta repetitiva, funcionando inclusive como vetor de afirmação do contraditório. Por outro lado, legitima o processo e reforça a eficácia vinculante da tese adotada.

2 APRESENTANDO O INCIDENTE PLURINDIVIDUAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 Os direitos nas linhas de montagem

O início do século XX foi marcado por grandes transformações mundiais⁸⁷. A segunda revolução industrial e os novos modelos de produção, notadamente o fordismo e o taylorismo, em conjunto com a ampliação do espectro do consumo para todas as classes sociais foram capazes de gerar o ambiente favorável à padronização das relações sociais.

Logo percebemos que o mundo globalizado possuía exigências comuns, fazendo com que toda produção de bens e ativos migrasse para um modelo capaz de replicar o mesmo item no eixo tempo e espaço.

⁸⁷ Constatação feita também por Antonio Adonias ao tratar da homogeneidade das situações jurídicas: “O século XX foi palco de diversos eventos históricos relevantes para o estabelecimento de uma sociedade de massas, entre os quais se destacam primeira guerra mundial, revolução russa, levante operário na Europa, a formação de grandes partidos políticos, a depressão econômica de 1929, a segunda grande guerra e a bipolarização do mundo em dois grandes blocos políticos e econômicos, o capitalista e o socialista. Em 1989, o mundo assistiu à queda do muro de Berlim, com a afirmação, na década de 1990, dos Estados Unidos da América como potência hegemônica mundial”. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 186, 2010, p. 87-88.

A uniformização e intensificação das relações no seio social fatalmente levaram a uma standardização das conexões jurídicas entre as pessoas. O fato representou uma virada no modo de enxergar o Direito, anteriormente arquitetado em um ambiente que pretendia legitimar unicamente os interesses da classe dominante⁸⁸.

Uma cultura baseada na tecnologia, na informação e em serviços instantâneos de comunicação alcançou bilhões de pessoas. Não é exagero afirmar que as barreiras nacionais se abaixam para deixar passar os protótipos difundidos pela globalização⁸⁹. E tal disseminação somente pode ser instrumentalizada por arquétipos construídos para determinadas categorias de negócios, ou melhor, pelos típicos contratos de adesão.

Nessa senda, é correta a afirmação de que a maioria dos contratos atuais não envolve efetivamente uma transação indivíduo por indivíduo, em que a manifestação da vontade predomina no câmbio obrigacional. Há, em verdade, uma reprodução contratual em que uma das partes aceita ou não aderir ao instrumento, submetendo-se às cláusulas ali impostas. Dessa maneira, destacamos “che ormai in alcuni Paesi più del 99% dei contratti non há più il carattere dell’incontro fra volontà individuali, trattandosi invece di contratti standard, usualmente conclusi sulla base di clausole generale di adesione”⁹⁰.

Com a unidade no modo de ser das relações jurídicas, muito dos conflitos que exsurtem desses fatos jurídicos possuem pontos comuns que, se aglutinados, são facilmente perceptíveis como contenda de situações jurídicas similares, com pretensões coincidentes. Desejamos expressar que um modelo standardizado de relação jurídica é capaz de lesar (ou pelo menos possui aptidão para ser discutida) ao mesmo tempo uma

⁸⁸ Fato notado ao longo da história, bem delimitado pelo, embora nazista, afamado constitucionalista Carl Schmitt, que afirma categoricamente que a construção do Estado, incluindo o seu direito objetivo tem por finalidade “legitimar y eternizar el *status quo* vigente”. SCHIMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 1982, p. 150. No entanto, Com a evolução do pluralismo jurídico, criando diversos centros de poder dentro da sociedade civil organizada, tal cenário tende a se tornar menos rígido, cedendo constantemente a grupos de pressão da comunidade. Ver também: “O Estado liberal tinha a preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – aqui logicamente compreendida apenas na sua dimensão formal”. MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

⁸⁹ Não podemos deixar de colher lição de um dos maiores constitucionalistas contemporâneos, para quem os processos se tornam cada vez mais velozes e eficientes, sendo possível falar em uma “uniformidade mundo”, devido à rápida difusão de valores e modelos de produção com o ambiente externos dos países. Tal fato contribui de maneira inofismável para a consolidação dos padrões de relação jurídica. Ver em HÄBERLE, Peter. Elementos Teóricos de um modelo general de recepción jurídica. In: Antonio-Henrique Perez Luño (Coord.), Derechos Humanos y constitucionalismo ante El tercer milenio. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 164.

⁹⁰ É o que escreve o processualista italiano Cappelletti. Em CAPPELLETTI, Mauro. Dimensioni della giustizia nella società contemporânea. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 106.

grande quantidade de pessoas, o que faz com que o questionamento – na maioria das vezes – judicial desses formatos de adesão, além de óbvio caráter coletivo, possua uma estrutura idêntica nas diversas demandas.

Esta faceta homogênea das relações jurídicas inundou o Judiciário com litígios que carregam características muito comuns em diversos aspectos, pois com a grande escala de aquisição de bens e serviços, públicos ou privados, manifesta-se na sociedade a formação de blocos de pessoas com mesmas relações com um ou mais fornecedores ou prestadores de serviços. Em outras palavras, é possível a identificação de pessoas que têm v.g, contrato com empresa de telefonia, com empresa de serviço de banda larga, com o poder público, e assim por diante.

É claro que este contexto gerou uma distorção sistêmica e estrutural ainda não resolvida. O procedimento tradicional, alinhado a um processo de interesse entre duas partes e dotado de características particularíssimas, máxime quanto a aspectos fáticos, foi erguido para dar ao julgador a cognição das alegações levadas a juízo. Tal situação fazia com que a jurisdição fosse nada mais do que a individualização da norma ao caso concreto, nunca um instrumento íntegro de uniformização e racionalidade do ordenamento jurídico⁹¹. Além das demandas massificadas, emerge a figura do litigante habitual – aquele habitualmente em juízo⁹² – que foi cativada e, até hoje, não combatida no Judiciário.

Assim, considerando a atividade empresarial (e, claro, a estatal) em larga escala, muitas vezes é possível calcular os riscos e apostar no ajuizamento de poucas demandas em face de uma lesão coletiva que, comparada com o dano global, se apresenta como um incentivo à ilicitude pela equação custo *versus* benefício⁹³. Tal prática, além de não

⁹¹ “De um lado, o procedimento não é, em regra, adequado, porque foi ordinariamente estruturado visando a uma completa e ampla cognição acerca de questões particulares, sobretudo de natureza fática, com o objetivo de entregar uma decisão para cada caso concreto. O processo, na sua modelagem tradicional, foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada, individualizando-se uma norma para cada caso, para cada conflito, e não para que houvesse aplicação uniforme do direito”. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 33.

⁹² Marinoni, Luiz Guilherme Novas Linhas do Processo Civil, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67. Recentemente o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – começou a divulgar os cem maiores litigantes das Cortes brasileiras. O fato demonstra que, não só o Poder Público, como grandes empresas se utilizam de forma predatória do serviço jurisdicional. Ver em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf ; Acesso em 15/06/2016.

⁹³ Podemos citar como exemplo os danos de bagatela trazidos à evidência pelo professor Aluisio Mendes: “Os danos resultantes das lesões supramencionadas são, frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento das ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à justiça. A eventual falta ou deficiência de dos instrumentos processuais adequados para os danos de “bagatela”, que, considerados globalmente, possuem enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e

encontrar respaldo nos atuais anseios éticos da população brasileira, incentiva uma proposição seriada de ações judiciais com o fito de reverter lesão injusta e repetida.

Convém reconhecermos que a fluidez da vida em sociedade e a complexidade das relações intersubjetivas decorrentes da globalização e das revoluções tecnológicas, encurtando distâncias e tornando o fluxo de informações simultâneo, contribuíram para que as relações jurídicas também se transformassem, escapando de vez da tradicional relação jurídica do Estado liberal burguês do século XVIII, regido pela tradicionalíssima dicotomia *creditor versus devedor*⁹⁴.

A propósito disso, é oportuno mencionar que estamos na era dos chamados novos direitos. Por questões didáticas, a doutrina percebeu que seria possível aglutinar os novos direitos em grupos com certa identidade, surgindo então a figura das (três) gerações de direitos (ou para alguns, as dimensões de direitos)⁹⁵, agrupadas na medida da evolução da tutela estatal dessas qualidades jurídicas subjetivas.

Os chamados direitos de primeira geração dizem respeito a uma conjuntura de Estado Liberal Burguês pós-revolucionário, em que o cidadão deveria ser protegido contra a intervenção estatal a qualquer custo. Assentado na igualdade formal dos indivíduos, ou melhor, na crença delirante da inexistência de diferença social apta a

lesivas. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

⁹⁴ “O processo civil clássico, porque idealizado a partir de uma ótica patrimonialista, não foi concebido para tutelar direitos não patrimoniais”. Marinoni, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. Op. Cit., p. 58. Também: “As normas que disciplinam o processo civil brasileiro foram inspiradas no paradigma liberal da litigiosidade, estruturadas de forma a considerar única cada ação, retratando um litígio específico entre duas pessoas. Em outras palavras, o processo civil é, tradicionalmente, individual, caracterizando-se pela rigidez formalista”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 179, 2010, p. 140.

⁹⁵ O termo “geração” foi muito difundido alhures, encontrando eco na doutrina nacional, embora veementemente negado pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet: “Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração. Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49. Ver também: “Fala-se, precisamente por isso, em dimensões sucessivas de direitos, preferencialmente a gerações, para evitar a ideia errônea de que uma suplanta a outra, substituindo-a. Não. Na realidade, o que houve foi uma ampliação extraordinária do bolo de direitos humanos”. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 458. Ver também em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

influir na existência humana, o Estado se abstém de se imiscuir na esfera privada. Garante ao cidadão direitos inerentes à individualidade, à propriedade etc. Podemos dizer que são tutelas relacionadas às liberdades negativas.

Na verdade, em relação a tal dimensão, embora não prescindia ao homem, é insuficiente, pois a venda que tapava aos olhos da justiça para garantir a imparcialidade era tão turva que foi também responsável por desconsiderar situações fáticas de desigualdade que faziam pesar mais de um lado da balança. Além disso, são desdobramentos de um verdadeiro estelionato axiológico⁹⁶ perpetrado pela burguesia no bojo revolucionário, vez que, argumentando desejo de mudança igualitária, fraterna e libertária, os desfavorecidos caíram na armadilha montada em cima da única coisa que os faziam dar sentido à vida: a esperança.

Pregando “liberdade, igualdade e fraternidade”, aquela classe convenceu a base da pirâmide a pegar nas armas e a lutar ao seu lado, fazendo unir dois grupos que posteriormente se revelariam algoz e vítima. Sob tal lema, a revolução burguesa foi vitoriosa e o Estado deu importante salto para reconhecimento de direitos. Negativos, no entanto, pois além de exigir atitudes absentistas do Estado, não havia qualquer indício de vontade de virada no campo social.

Com a classe industrial nas Câmaras Legislativas dos Estados europeus, além de controlar as esteiras de produção fabris, outro produto saíria do “forno” em seu benefício: a legislação.

Durou algum tempo, mas logo os subjugados tomaram conta de seu poder de coesão e passaram a exigir mudanças para garantir menos indignidade. A pressão não foi o suficiente para os alçar ao poder, mas conquistas no âmbito normativo marcaram a época.

Com essa tomada de consciência legislativa para os problemas vividos pelos trabalhadores e outros atores marginalizados pelo Estado adveio uma época de tentativa de inserção de outros direitos para garantir condições mínimas para um desenvolvimento humano⁹⁷. Solicitações que viriam na forma de direitos com feição positiva, ou melhor, com imposição de obrigações ao poder público⁹⁸.

⁹⁶ “Pretensamente universalistas, os direitos de liberdade foram propalados como ínsitos à esfera jurídica de toda humanidade, conspirando a favor de um verdadeiro estelionato axiológico perpetrado pela burguesia em desfavor do iludido e frágil proletariado. Bastou alçar o poder, para esquecer-se o burguês de tudo o quanto havia prometido”. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. *Idem*, p. 459.

⁹⁷ Assinala Arruda Alvim: “No continente europeu, provavelmente já na década de 20, ou antes, era detectável o fenômeno da ascensão das massas, no sentido de que, com essa ascensão, já se percebia a

Exsurgem, dessa forma, os direitos de segunda geração. São direitos concedidos individualmente para que o cidadão tivesse acesso aos meios adequados de uma existência digna. Possuem uma perspectiva social, econômica e cultural. Pode ser relacionada com o “*welfare state*”, ou Estado do Bem-Estar social. Embora tenha havido intensa posituação desses direitos, impende anotar que a prática nem sempre refletia o programado na Lei. Normas-programa que eram destituídas de eficácia jurídica.

Os direitos de terceira dimensão, ao seu turno, são os chamados direitos coletivos *lato sensu*, pois advém de situações em que o titular, ou melhor, os titulares, em razão da massificação das relações, são atingidos de forma instantânea por um mesmo dano. Com uma titularidade coletiva, surge a grande dúvida se há, de fato, uma qualificação dos direitos como algo ínsito aos direitos fundamentais⁹⁹.

Assim, esse bolo de direitos se compacta e, hoje, se faz presente no ordenamento jurídico, aumentando a possibilidade de escolhas dos magistrados e levando questões de cunho social-político, que estão além da esfera individual, para apreciação do poder Judiciário.

Fato é que a racionalização do mundo prático-jurídico na padronização das diversas formas de relações jurídicas, em conjunto com o aumento do número de direitos (somatório das dimensões) geraram, em analogia ao trabalhador das famigeradas fábricas do limiar do século XX, uma extenuação física do próprio Judiciário.

A Justiça passou a trabalhar numa esteira de montagem para solucionar lides que se repetem e se avolumam diante dos operários do direito, notadamente os magistrados, seres destinados a julgar milhares de processos por vara, sem deixar de descuidar da celeridade exigida como garantia fundamental para a atual noção de processo justo.

turbulência social que envolvia e acompanhava o fenômeno. Aquelas ascenderam da marginalização social, principalmente, por causa da revolução industrial, com o que, deixando de integrar o rol dos que se encontravam nas periferias das sociedades e respectivas civilizações, não alcançadas, de fato, pelo aparelho do Estado, iniciaram um processo para forçar a entrada nos quadros melhores da civilização, com o que se colocou, de um lado, a insuficiência do aparato estatal e bem assim do sistema tradicional”. ALVIM, Eduardo Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, v. 11, n. 2, p. 521-543, 2008.

⁹⁸ “A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de bem estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 51.

⁹⁹ Ver em BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992, p. 10.

A normatização de uma complexa teia de direitos, somada à massificação das relações, trouxe às Cortes de Justiça demandas que, em paralelo com a biologia, se assemelham a um processo de divisão celular, ou melhor, surgem de um mesmo evento e geram diversos outros materiais de idêntico DNA, como uma reação em cadeia. Asseguramos, com isso, que a mitose processual pode ser combatida ministrando-se uma dose de inovação na estrutura do processo para corrigir e impedir a proliferação do DNA repetido. Isto somente é possível através de cultura que não se deixa contaminar ideologicamente pela lógica processual do século passado.

Para piorar, com a atual fase do constitucionalismo mundial (especialmente o brasileiro), quando princípios adquirem *status* normativo e a completude do sistema jurídico é reconhecidamente algo inatingível, a atuação judiciária, ratificando o que foi dito em linhas anteriores, extrapola os limites estabelecidos pelo legislador. Casos idênticos ganham sortes distintas e contraditórias a depender do órgão julgador¹⁰⁰. Nestas situações, paira a incerteza jurídica, a injustiça, o descrédito nas instituições judiciárias e, principalmente, a irracionalidade deste decisionismo brasileiro.

Condensando tudo que foi posto, pontuamos que a possibilidade criativa reconhecida no processo decisório decorrente das modernas técnicas hermenêuticas, em conjunto com os novos direitos e a padronização das relações jurídicas, tem como efeito colateral, além da elevação de conflitos estruturalmente semelhantes que se distribuem por varas Brasil adentro, a permanência indigna da iniquidade do padrão decisório.

Um incidente que suspenda processos de causas iguais e resolva, de uma vez por todas, a celeuma interpretativa vem incrementar a ordem jurídica para racionalizar o sistema judiciário. Munido desta intenção é que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) aparece como luz no fim do túnel e uma das principais apostas do novo Código de Processo Civil.

2.2 As demandas que se repetem

¹⁰⁰ Às vezes nem isto. É possível encontrar casos na doutrina pátria em que o mesmo magistrado profere, em curto espaço temporal, decisões contraditórias sobre uma mesma matéria. De forma cristalina expõe Câmara em CÂMARA. Alexandre. Sobre um recente acórdão do STJ em matéria de prescrição intercorrente: pode isso, Arnaldo? Op. Cit.

Nas linhas acima, vimos que os ordenamentos jurídicos se tornaram mais complexos, as técnicas de hermenêutica evoluíram¹⁰¹ e, sem dúvidas, houve um enriquecimento da teia de direitos disponíveis para os cidadãos. A entrega de direitos advindos das mais recentes “dimensões” deixou para o judiciário a tarefa de solucionar litígios que extrapolam a ótica patrimonialista de outrora.

Percebemos, por isso, uma verdadeira avalanche de requerimentos com pretensões de fazer consolidar situações subjetivas positivadas na ordem jurídica através de valores consagrados na Constituição. Somamos a isto, uma generosa dose de massificação das relações sociais.

Tal perspectiva, impulsionada pelas ondas renovatórias do acesso à justiça¹⁰², fez estourar no Judiciário milhões de conflitos¹⁰³, mormente a partir dos anos 80 em países da América Latina, em função da redemocratização e do fortalecimento do Judiciário nesses países¹⁰⁴. Nesta explosão do contencioso é possível identificar demandas seriadas com feição nitidamente isomórfica, seja em relação a aspectos fáticos, seja em matéria unicamente de direito, pois a característica massificada das relações jurídicas deu como efeito rebote questionamentos de índole padronizada.

Impende assinalarmos que, em rápido olhar histórico, é possível vislumbrarmos a defasagem paradigmática que vivíamos com o Código de Processo Civil de 1973¹⁰⁵.

¹⁰¹ Precisamente colocado pelo professor Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “Com efeito, a moderna interpretação rompe com um dos dogmas da atividade hermenêutica tradicional, qual seja, o de que o processo de interpretação é meramente declaratório do sentido da norma jurídica. Atualmente não é possível assumir posição neste sentido, pois a interpretação de toda e qualquer norma jurídica, e em especial das constitucionais, que envolvem fortemente fatores metajurídicos, é criativa, estando a concretização ligada a algum problema prático”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 122.

¹⁰² Estamos a fazer referência à célebre obra mundialmente difundida chamada “Acesso à Justiça”, onde os autores traçam linhas de três tendências mundiais da Justiça no tempo, chamando estes movimentos de ondas renovatórias.

¹⁰³ Alude Andrea Giussani a uma “esplosione del contenzioso civile”. GIUSSANI, Andrea. Studi sulle class actions. Milano: Cedam, 1996, p. 197.

¹⁰⁴ É como nota o professor Aluisio Mendes: “No Brasil e nos países da América Latina, o incremento do número de ações ajuizadas passou a ser extremamente significativo a partir do final da década de 80, com a democratização dos regimes políticos e o fortalecimento dos órgãos judiciários”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, 4ª Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 41.

¹⁰⁵ Embora devamos considerar que após a década de 1990, o diploma processual tenha sofrido inúmeras reformas, a essência dos códigos, seus ideais e aspirações não sofreram substancial alteração, permanecendo hermético e formal em relação às transformações sociais. Comunga da mesma ideia Antonio Adonias Aguiar: “As questões referentes ao processamento dos conflitos de massa ainda não se apresentavam à época da concepção do Código de Processo Civil de 1973, fazendo-se perceber apenas a partir da década de 1990”. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 186, 2010, p. 91. Ver também Daniele Viafore: “As questões referentes ao processamento dos conflitos de massa ainda não se apresentavam à época da concepção do Código de Processo Civil de

Se as demandas seriadas foram anunciadas após a década de 80 nos países latino-americanos, dentre outros fatores, pelo fortalecimento normativo da Constituição, como conceber que nossa codificação aprontada uma década antes poderia conciliar-se com as novas formas de litígio? Fica patente que nosso texto legislativo processual anterior estava dissonante com a realidade da prática forense¹⁰⁶.

Notemos, outrossim, que as mencionadas ondas renovatórias do acesso à justiça, revolucionaram o modo de se buscar os direitos positivados¹⁰⁷, sem, contudo, fornecer alterações práticas¹⁰⁸ para transformar os instrumentos processuais¹⁰⁹, fazendo com que as Cortes de Justiça recebessem os litígios seriados sem poder dar vazão (e efetividade) a essa enxurrada processual. Em outras palavras, foi mais fácil declarar os direitos do que colocá-los em prática, ou melhor, o acesso à justiça viu-se resumido ao acesso ao Judiciário.

Nesse passo, convém reconhecermos que o acúmulo de processos, provocado em grande parte pela inaptidão da técnica processual clássica em lidar com litígios de

1973”. VIAFORE, Daniele. As ações repetitivas no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 22.

¹⁰⁶ A mesma noção pode ser encontrada em CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 384: “A partir desse novo paradigma do direito, o Poder Judiciário foi submetido a uma multiplicação absurda de processos, colocando em dúvida a capacidade do direito processual civil concretizar adequadamente os ideais humanistas previstos na Constituição de 1988”.

¹⁰⁷ O professor Aluisio Mendes propõe, de forma inovadora, uma releitura do que seria a segunda onda, que trata da tutela coletiva, incluindo aí o incidente de resolução de demandas repetitivas: “O novo Código de Processo Civil traz novas perspectivas em relação à segunda onda renovatória, inaugurando no ordenamento jurídico brasileiro um novo instrumento para a solução coletiva de conflitos: o incidente de resolução de demandas repetitivas. O novo diploma inaugura um tratamento coletivo para demandas massificadas, a ser julgado pelos tribunais” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. POCHMAN, Larissa. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro, vol. 08, n. 03, p. 1827-1858, 2015.

¹⁰⁸ Isso porque alterações teóricas no campo do acesso à justiça muitas vezes incluem a mudança nos instrumentos processuais para fazer com que os provimentos jurisdicionais se tornem efetivos no plano da realidade. Nesse sentido, destacamos o trabalho do professor Paulo César Pinheiro Carneiro, que fala do acesso à justiça em vários aspectos (acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade), assomando o papel efetivo do processo civil no tocante à modificação da realidade pela jurisdição: “É fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com menor sacrifício ao vencido. A jurisdição ideal seria aquela que pudesse, no momento mesmo da violação, conceder, a quem tem razão, o direito material”. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79.

¹⁰⁹ Embora a terceira onda renovatória diga respeito especialmente sobre uma reforma interna do direito processual, pois “encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios”, tal movimento é marcado por um forte discurso teórico e genérico sem, contudo, lançar bases para uma modificação procedimental sólida. Tanto é assim que precisa do esforço de doutrinadores para uma renovação e releitura do seu texto. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002, p. 67.

dimensões coletivas (embora individualmente considerado), deixa prejudicados os ideais constitucionais do devido processo legal e da celeridade da prestação jurisdicional, inviabilizando o acesso ao direito na sua perspectiva prática e não formal¹¹⁰. Com a sobrecarga dos órgãos jurisdicionais, obrigados a se pronunciarem diversas vezes sobre casos similares, alcançamos altos índices de congestionamento e lentidão de todo o aparelho jurídico estatal.

Ora, se vivemos em uma sociedade de massa, necessitamos com urgência de um processo que leve em consideração as demandas da contemporaneidade, caso contrário o sistema judiciário entrará em colapso por não atender aos reclames da comunidade¹¹¹. E é exatamente aí que buscamos transformar a dogmática processual para conceber ferramentas que contingenciem a avalanche de causas no Judiciário.

Para termos uma ideia melhor do que estamos colocando, imprescindível apresentarmos os assustadores números do volume de processos na Justiça brasileira. Vejamos que, segundo fontes oficiais, no ano de 2009 possuíamos um estoque de 84,4 milhões de processos, resultado da soma dos casos novos (25,3 milhões) com o volume de processos pendentes aguardando julgamento (59,1 milhões), enquanto que no ano de 2015 atingimos a alarmante marca de quase 100 milhões de processos, através da soma de causas pendentes (70,8 milhões) com o número de ações novas (28,9 milhões), resultando no número total de processos na Justiça brasileira de 99,8 milhões¹¹². Segundo tais estatísticas, e considerando a população brasileira aproximada em 200 milhões de habitantes, é como se uma, a cada duas pessoas, tivesse processo judicial tramitando em um órgão do Poder Judiciário. Sem qualquer sofisma, são dados alarmantes!

Ainda na seara matemática, Antonio Adonias Aguiar registra que, para melhor noção do crescimento exponencial de causas judiciais no Brasil, no ano de 1940 o

¹¹⁰ Estamos a nos referir à efetividade do processo em essência, similar àquela propalada pelo inigualável Barbosa Moreira: “[...] será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitê-lhes a satisfação por meio de justiça”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 27, n. 105, 2002, p. 181.

¹¹¹ “Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 45.

¹¹² Os dados podem ser facilmente acessados pelo sítio digital do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – na parte destacada “justiça em números”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015. Brasília: Departamento de pesquisas judiciárias, p. 34. Disponível em <http://cnj.jus.br/>. Acesso em 30/05/2016. Sobre o assunto, pesquisar também em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em 30/05/2016.

Supremo Tribunal Federal recebeu 2.419 processos, enquanto o ano de 2007 houve o protocolo de mais de 119.000 processos. Completa o autor pontuando que a população, segundo sua fonte do IBGE, aumentou de 41,2 milhões de pessoas para 183,9 milhões neste mesmo íterim. Dessa feita, o aumento populacional representa percentualmente o valor de 446,36%, mas o salto da quantidade demandas, somente no STF, foi de 4.932,78%. Tal fato representa um aumento iníquo entre demanda e população que pode ser explicado por diversos motivos, mas que depende primordialmente do amplo acesso ao Judiciário e o aumento de relações sociais, econômicas e jurídicas de forma padronizada¹¹³.

Reconhecemos ainda que tal situação demonstra o alto grau de litigiosidade em relação à população brasileira, que hoje tem acesso à justiça do ponto de vista formal (acesso ao Judiciário), mas não possui o acesso à justiça do ponto de vista material, visto que os direitos, declarados no papel – da lei ou da sentença – encontram obstáculos na efetivação prática. A falta de outros caminhos também é perceptível, pois os meios alternativos, até o advento do paradigmático CPC/2015, salvo exceções do CNJ e de alguns Tribunais, eram pouco estimulados. Ao invés de *ultima ratio*¹¹⁴, o Judiciário estava funcionando como porta de entrada para todas as contendas, independente de suas naturezas¹¹⁵.

¹¹³ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 186, 2010, p. 91. Embora haja referência ao número de processos alguns anos atrás no STF, devemos mencionar que o número vem caindo drasticamente, seja por esforços hercúleos dos ministros, seja por novos instrumentos processuais que criaram filtros de entrada nas Cortes Especiais, dentre os quais destacamos a repercussão geral e a edição das súmulas vinculantes, provenientes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Em relação à matéria, conferir: THEODORO JR., Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). Revista magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor. Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 5-32, 2007.

¹¹⁴ Como poeticamente coloca o professor Aluisio Mendes: “O desaguadouro natural das esperanças e pretensões passa a ser o Poder Judiciário, que, por sua vez, também sofre com as limitações de recursos materiais e humanos para fazer frente ao desabrochar desta procura incessante e crescente”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. Op. Cit., p. 297.

¹¹⁵ Remetemos o leitor a interessante posicionamento do professor Antonio Cabral, que tangencia o tema sob o aspecto sociológico e psicológico, assomando o papel do Judiciário como fomentador de uma consciência ética e moral no cumprimento das leis. Isto pode explicar, de certa forma, porque o primeiro lugar que nos socorremos é na Corte de Justiça, ainda mais em um país como o nosso, cuja jovialidade democrática pode apresentar fraqueza institucional, no sentido de que os conflitos serão mais bem resolvidos (isentos de qualquer influência política) na Justiça: “O Judiciário, como esta autoridade externa, pode dar propulsão à moralidade individual. Alguns setores doutrinários já há algum tempo exaltam esta perspectiva, como no campo da responsabilidade civil, ao consagrar-se o caráter pedagógico da indenização por dano moral. Em momento seguinte à repressão judiciária inicial, a função preventiva da norma jurídica, de constranger pela possibilidade de sanção, fomenta a voz moral interna, transformando o cumprimento voluntário em observância espontânea da norma”. CABRAL, Antonio do Passo. O processo como superego social: um estudo sobre os fins da jurisdição. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 115, p. 345-374, 2004, p. 353.

Demais disto, o registro dos números de processos nos mostra sintomas que evidenciam os tipos de demandas ajuizadas. Ora, por óbvio que esse grande número de ações pendentes não gira em torno de questões peculiares e com alto nível de singularidade. Pelo contrário. Uma massa processual dessa magnitude só poderia ser atingida com a repetição de variáveis que se debruçam sobre temas pontuais, tais como consumo, tributos, serviços públicos, servidores etc.¹¹⁶ É impensável supor que, com tais números, os processos tratem de matérias como herança, direito de propriedade, usufruto etc., que reclamam atenção especial para o caso concreto. Hodiernamente, portanto, fazemos acervo de causas que conhecem de assuntos como cobrança abusivas de juros, serviços básicos de telefonia, serviço banda larga e assim por diante¹¹⁷.

Fica claro que estamos a tratar, sob tal enfoque padronizado, dos famigerados direitos individuais homogêneos¹¹⁸, na medida em que envolvem número elevado de cidadãos e decorrem de uma situação comum, sem necessariamente ser temporal ou factual¹¹⁹. Em outras palavras, são direitos individuais¹²⁰, se considerados de perto, mas que, por características intrínsecas, permitem a identificação de aspecto comum que autoriza um tratamento coletivo. Em verdade, é possível destacar tais direitos através

¹¹⁶ Segundo o mesmo relatório do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário possui como um dos assuntos mais recorrentes aqueles em que há discussão sobre direito do consumidor (responsabilidade civil e dano moral), que responde por 4,01% de todos os processos, em conjunto com outros temas de inegável potencial multiplicador, tais como direito tributário (inscrição em dívida ativa), que chega a ser 3,23% do estoque, e direito civil (responsabilidade civil e dano moral), com 2,48%. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2015. Brasília: Departamento de pesquisas judiciárias, p. 50.

¹¹⁷ VIAFORE, Daniele. As ações repetitivas no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 26-27.

¹¹⁸ Segundo a vaga definição legal, são aqueles decorrentes de origem comum, conforme disposto no art. 81, inciso III, do Código de defesa do Consumidor: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

¹¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 230.

¹²⁰ Não nos parece conveniente discutirmos, para fins deste trabalho, se há uma natureza meta-individual e coletiva que daria certa indivisibilidade a tais direitos, ou mesmo os colocasse como extensão dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois a posição aqui adotada segue a linha de separação entre os direitos subjetivos individualmente considerados e a técnica coletiva de tais direitos, que por vezes podem exigir posturas indivisíveis, v.g., quando há condenação em ação coletiva, sendo impossível identificação de todos os sujeitos, à reparação a um fundo de proteção de tais direitos. Vejamos que é uma mera opção do legislador ao procurar dar o adequado tratamento desses direitos. Ora, se amanhã o legislativo decidisse pela ilegalidade da condenação, isto alteraria qualitativamente os direitos individuais homogêneos? Por certo que não. Assimilamos, pois, a mesma concepção de Sérgio Arenhart: ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2013. Ademais, independente do olhar que se tenha sobre tais direitos, quanto às dimensões que possa possuir, o fato é que eles podem ser tutelados via IRDR, qualquer que seja a perspectiva. Para aprofundamento da matéria, remetemos leitor para trabalho de Eduardo Talamini: TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 241, p. 337-358, 2015.

dos elementos objetivos das causas (causa de pedir e pedido), que, embora não sejam rigorosamente os mesmos, quando levados a um plano teórico e abstrato equiparam-se.

Obviamente por guardarem tais traços comuns que podem facilmente ser agrupados, tais direitos podem ser conquistados por meio da técnica processual coletiva, ou melhor, as ações coletivas podem pretender a efetivação desses direitos. Contudo, é importante registrar sua distinção dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Enquanto estes últimos são indivisíveis e, segundo clássica lição de Barbosa Moreira quanto ao litígio provocado, “essencialmente coletivos”, aqueles são divisíveis (natureza individual) e “acidentalmente coletivos”¹²¹. Isso significa que pela característica essencial de individualidade, o direito homogêneo pode ser encontrado pulverizado nos órgãos do judiciário, formando o que se costumou classificar de demanda-átomo¹²². A ideia é, portanto, que os litígios individuais, por conectarem-se a uma origem comum poderiam ser reunidos em uma demanda-molécula que agruparia todo o conflito e fosse resolvida de uma só vez. Doravante vamos evidenciar que o instrumento da ação coletiva não pode ser a única ferramenta para concentrar a resolutividade para as demandas isomórficas, mas, por ora, seriam somente esses tipos de direitos que estariam dentro do espectro de uma solução a ser dada pelo incidente de demandas repetitivas?

Estamos certos que não. Em primeiro lugar porque, se o procedimento objetivasse o escoamento de causas que versem sobre os ditos direitos homogêneos, o teria feito quando, ao invés de mencionar “processos que contenham controvérsia sobre mesma questão de direito”¹²³, consignaria a espécie de direito subjetivo em comentário. Em segundo lugar porque o termo controvérsia sobre questão de direito amplia o leque de possibilidades, podendo alocar circunstâncias que não digam respeito aos direitos acima mencionados.

Sendo assim, ratificamos que as demandas repetitivas não se restringem aos direitos individuais homogêneos, pois são mais abrangentes e relacionam-se com

¹²¹ “Penso que nessa matéria podemos distinguir das espécies de litígios: uma primeira eu colocaria sob a denominação de ‘litígios essencialmente coletivos’, e outra poderia ser designada sob o título de ‘litígios acidentalmente coletivos’”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição de 1988. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 61, ano 16, p. 187-200, 1991, p. 187-188.

¹²² A expressão foi popularizada pelo processualista Kazuo Watanabe. Ver em WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 31, p. 28-35, 2006.

¹²³ É desta maneira que o *mens legis* foi positivado no CPC/2015, senão vejamos: Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham *controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*.

questões comuns, não necessariamente com tais direitos. A aproximação pode acarretar uma contaminação metodológica indesejável para o desenvolvimento do IRDR, pois os direitos homogêneos são uma construção legislativa que se afeiçoa bem mais à técnica processual coletiva e, assim são dispostos, para facilitar o manejo das ações coletivas¹²⁴.

Dessa forma, é conveniente distinguirmos as “questões de direito comuns” no incidente dos direitos individuais homogêneos. Na verdade, as demandas repetitivas tuteladas estão mais bem relacionadas com “situações jurídicas” de caráter homogêneo, que abarca inclusive demandas individuais heterogêneas¹²⁵. Isso porque tais situações não estão diretamente vinculadas a pretensões e nem mesmo precisam ser, ou fazer parte, do objeto do processo. Por outras palavras, pode existir discussão no bojo do processo que não versa necessariamente sobre seu objeto e, mesmo assim, tal controvérsia pode ter aptidão de um efeito multiplicador.

Para melhor compreensão, podemos exemplificar o que estamos a assomar. Perceba que, em certos casos, pode haver pretensões e objetos heterogêneos, mas, dentro da causa, é possível surgir questionamento de ordem massificada que diga respeito ao direito processual, por exemplo. Imaginemos uma situação em que há indefinição sobre a aplicação de honorários contra a fazenda pública em ações ajuizadas ou com recurso interposto antes do CPC/2015, v.g. Nessa celeuma, observe, o objeto do processo é irrelevante, já que o que vale é uma aplicação da norma processual. Não importa se a pretensão de direito material é sobre direito previdenciário, responsabilidade civil etc., mas tão somente a matéria processual. Há, contudo, um risco iminente de massificação desta problemática, que certamente demandará apreciação do Tribunal. É esse o típico exemplo de demanda heterogênea que contém situação homogênea hábil para ensejar a suscitação do IRDR.

O que importa é, pois, a possibilidade da questão ser reproduzida em várias outras ações, seja a contenda objeto ou não do processo. Assumimos, portanto, que as demandas repetitivas podem ser tanto de direito material como de direito processual,

¹²⁴ Estamos de acordo com o que coloca Sofia Temer: “o termo direitos individuais homogêneos contém um significado próprio, vinculado ao contexto do processo coletivo (que é, novamente, o que o identifica), que carrega pré-compreensões que podem interferir negativamente na sistematização adequada de outra técnicas distintas das ações coletivas, como o IRDR. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.59.

¹²⁵ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 186, 2010, p. 96

levando em consideração apenas seu potencial multiplicador em processos e não necessariamente o direito subjetivo (ou coletivo¹²⁶) perseguido em juízo¹²⁷.

A propósito disso, precisamos salientar que o vocábulo “demandas repetitivas” não é dos melhores, visto que, embora a lei apregoe o termo demanda, tal encaminhamento pode desaguar em uma má compreensão de que o IRDR serve a causas com pretensões homogêneas de direito material. É como se houvesse um reconhecimento de que o objeto litigioso do processo¹²⁸ seria a única forma de identificação do litígio repetitivo. Embora com diversas significações, do ponto de vista processual demanda, seja do réu, autor etc., está sempre relacionado à instituição ou alteração do objeto em litígio do processo¹²⁹.

É por isso que concordamos integralmente com Sofia Temer, para quem a técnica legislativa deveria ter feito uso do verbete “questões repetitivas”¹³⁰. O que deve ficar claro, no entanto, é que as demandas aludidas pelo incidente referem-se a controvérsias de direito material ou processual, independente de ser pretensão buscada em juízo. Não é equivalente também aos direitos individuais homogêneos, pois embora os contenha, há casos em que a heterogeneidade das pretensões perseguidas autorize o surgimento de uma questão repetitiva, mas nunca a identificação de um direito individual homogêneo.

¹²⁶ Podem surgir casos em que, e.g, se discuta, em ações coletivas, questões procedimentais relativas ao sistema do processo coletivo, ainda que as causas coletivas pretendam direitos heterogêneos (diversos).

¹²⁷ “Ajuizados, portanto, diversos processos que, no mérito, não se enquadram como repetitivos, tendo em vista não possuírem qualquer questão de direito material em comum, no decorrer da tramitação judicial podem surgir questões homogêneas de direito processual, tornando admissível a instauração do IRDR, ainda que os processos alcançados pela instauração do incidente coletivo não tenham qualquer relação meritória”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 527.

¹²⁸ Não ignoramos a distinção feita por boa parte da doutrina entre objeto do processo e objeto litigioso do processo. Em termos técnicos é possível dizer que este contém aquele, sendo o objeto do processo as pretensões autorais em conjunto com as alegações do réu. Aqui a utilização da expressão quer significar as pretensões autorais de direito material, não os temas postos para apreciação do magistrado. Para análise detida do tema, remetemos a RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 18-33.

¹²⁹ “A demanda, como demonstraremos, é um ato processual, na medida em que apresenta todas as citadas características; é um ato de um sujeito processual (demandante, autor, réu, etc.), pelo qual este manifesta expressamente sua vontade por meio de uma argumentação, que se submete a diferentes modelos da lei processual e que tem a propensão geral de produzir um efeito específico: instituir ou alterar o objeto litigioso do processo”. MACHADO, Marcelo Pacheco. A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 26.

¹³⁰ “Em realidade, o IRDR visa solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas”. TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 60

2.3 As ações coletivas e o IRDR

Engana-se quem supõe que o novo instrumento de resolução das causas repetitivas vem substituir o atual regime de ações coletivas do país. Não é, como podem equivocadamente imaginar, a pretensão do incidente provocar uma verdadeira travessia do Rubicão no sistema das ações de grupo.

Pelo contrário. A resolutividade das questões múltiplas através da instauração desse procedimento vem somar no atual cenário do sistema processual coletivo, aprimorando a engrenagem judiciária e injetando oxigênio capaz de revigorar as técnicas coletivas de prestação da jurisdição.

Devemos consignar, contudo, que, embora nos últimos anos o processo coletivo brasileiro tenha sido mais utilizado e melhor debatido no ambiente prático dos Tribunais, não podemos nos esquecer que tal microssistema da dogmática processual ainda encontra resistência em setores mais conservadores da jurisprudência. Notamos, ademais, que a legislação esparsa e pulverizada¹³¹ contribuiu para as incompreensões que vão desde a legitimidade até os efeitos da coisa julgada e execução. Ressaltamos, em boa hora, que o tópico não pretende criticar o atual sistema coletivo brasileiro, mas apenas emitir juízos de fatos sobre discussões pontuais que dificultam a sua ampla utilização pelas instituições pátrias.

Vejamos, *verbi gratia*, o problema da legitimidade para instaurar os processos coletivos. Até pouco tempo atrás se adotava um posicionamento restritivo quanto à aptidão para patrocinar causas coletivas, talvez por causa do apego aos conceitos processuais clássicos que tornavam turvo qualquer olhar mais inovador sobre a estrutura de legitimação extraordinária¹³², fazendo com que os intérpretes legais vacilassem sobre

¹³¹ As normas de processo coletivos, na atual disposição, encontram-se primordialmente na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/64), na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e na Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), fazendo com que seja difícil achar um espírito processual coletivo com coesão e coerência desejados.

¹³² Embora nem sempre as ações coletivas sejam propostas por legitimação extraordinária, como exceção da população indígena, que pode, em nome próprio, ir à Juízo na defesa de interesses coletivos: “Além disso, é possível cogitar, ao menos no direito brasileiro, uma ação coletiva ajuizada pela própria comunidade envolvida: a ação coletiva proposta pelas comunidades indígenas: art. 37 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio): ‘Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio’”. Em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processos coletivos no direito brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, vol. 256, p. 209-218. São Paulo: RT, 2016, p. 210.

a distinção entre substituição processual, representação e a própria legitimação extraordinária, aplicando os conceitos sem o rigor teórico exigido.

Para termos uma ideia do que está sendo colocado, por certo tempo persistiram reiteradas discussões, embora já solidamente superadas, que versavam sobre a possibilidade de participação do Ministério Público na propositura de lides coletivas com o objetivo de tutelar direitos individuais homogêneos, não se cingindo a direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos, não restando ao *parquet* a tutela de direitos individuais homogêneos¹³³. Adicionamos a isto um panorama em que, sem espaço para dúvida, o próprio Ministério Público é, de longe, o principal autor de processos coletivos no Brasil¹³⁴, evidenciando a ausência de uma maturidade institucional para que outros legitimados atuem na defesa de interesses da sociedade e do seu grupo. Por mais incrível que pareça, não é incomum que agentes capazes de propor a demanda se socorram no Ministério Público para a efetivação da ação coletiva.

Em outro giro, é de pasmar até os juristas menos familiarizados com as ações grupais que somente no ano de 2015 tenha sido fixado, pelo STF¹³⁵, a legitimidade da Defensoria Pública para a proposição de ações civis públicas na defesa de interesses coletivos *lato sensu*. Isso, sem dúvidas, apresenta um quadro de desconexão entre as aspirações das ações de grupo com a realidade encontrada nos Tribunais, onde alguns operadores do direito estão descompassados com a técnica processual coletiva.

Ademais, não podemos nos furtar de comentar sobre o art. 5º, inciso XXI (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”), da nossa Magna Carta. O

¹³³ Posicionamento pacífico sobreveio com famigerado acórdão do STJ sobre o tema em que, tardiamente, foi ratificada a legitimidade: “Desta forma, a jurisprudência tem feito uso do conceito de interesse social relevante para se averiguar a legitimidade do Ministério Público. Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça dizendo: O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (REsp 58682 / MG, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 16.12.1996, p. 50864, LEXSTJ v. 94, p. 130”. CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 184, p. 171-190, 2009, p. 184.

¹³⁴ “Na prática, a atuação do Ministério Público também é predominante, para não dizer absoluta. Estudos realizados nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos coletivos, embora este quadro tenha se alterado nos últimos anos, diante da nova previsão de legitimidade das Defensorias Públicas e de uma maior atuação dos sindicatos e associações”. Em MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. Revista de Processo, vol. 209, p. 243-257. São Paulo: RT, 2012, p. 244.

¹³⁵ A decisão foi tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público (Conamp), ADIn nº 3943, por unanimidade. Julgamento ocorrido no dia 07/05/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso: 09/06/2016.

vocábulo empregado refere-se à representação dos associados pelas associações, o que tem funcionado como um gatilho desencadeador de intensos conflitos judiciais.

Ora, claramente ao tratarmos das ações coletivas remetemos ao conceito de legitimação extraordinária *ope legis*, na qual a pessoa atua em nome próprio na defesa de interesses alheios. Não se confunde, portanto, com a representação, que é a necessidade que surge da incapacidade de atuar em juízo pelo titular do direito sem a presença de intermediários. Corroborando com isso, trazemos a lume a precisa passagem de Barbosa Moreira, para quem houve um “cochilo técnico” do legislador, pois este não é especializado em direito processual para fazer a devida distinção¹³⁶.

A ambiguidade acarreta problemas de ordem prática até hoje nos Tribunais Superiores, pois, a depender do modo de enxergar a participação das associações no processo coletivo, os efeitos da decisão prolatada são aproveitados apenas por uma parcela dos associados. É o que ocorre com atual jurisprudência do STF e do STJ, que ratifica o caráter representativo das ações coletivas, quando proposta por associações, com efeitos práticos no aproveitamento da demanda, ou em outras palavras, somente quem deu a autorização para a instauração do processo é que poderá se beneficiar da decisão¹³⁷.

Notemos que apenas no que tange à legitimidade já existem teses distintas, além de divergência doutrinária e jurisprudencial, fazendo medrar a ideia de que as ações coletivas necessitam de um sistema-irmão para trabalhar em conjunto como peças imprescindíveis do motor judiciário. As controvérsias, contudo, não param por aí.

Questionamos, por exemplo, o fato de não ser possível veicular pretensões que versem sobre tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de

¹³⁶ “Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em direito processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição de 1988*. Op. Cit., p. 190.

¹³⁷ Ver recente acórdão do STJ, na 2ª Turma, REsp 1.468.734-SP, Relator Min. Humberto Martins, julgado em 1º/3/2016 (Informativo de jurisprudência nº 579): “Terceiro, porquanto o fundamento da legitimidade ativa da associação, no presente caso, não dispensa exame sobre a necessidade de autorização das associações para a representação de seus associados”. No STF, destacamos precedente do Pretório Excelso, plenário, RE 573232/SC, relator Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 14/5/2014 (Informativo de jurisprudência nº 746): “REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados”.

serviço – FGTS etc.¹³⁸, reduzindo o espectro de atuação das demandas coletivas que poderiam represar um número considerável de ações individuais. Notadamente, esses temas trazem consigo imensa carga coletiva, na medida em que afeta diretamente uma grande parte de pessoas no Brasil todo. A impossibilidade de processos grupais com tais objetos foi uma escolha legislativa claramente enviesada para proteção do interesse secundário da Administração Pública.

Para não nos alongarmos mais do que o necessário para o tópico, cravamos outra dificuldade prática das ações coletivas, que é o controle da coisa julgada. Em que pese a atual crítica ao sistema da coisa julgada, como se esta fosse a única medida da estabilidade das decisões judiciais¹³⁹, nas ações de grupo, por não seguir a dogmática do processo civil clássico, foi necessária uma construção legislativa questionável.

Primeiro porque a *res iudicata* opera seus efeitos *secundum eventum litis*, o que significa dizer que a depender da sorte do processo, seus efeitos podem ou não vincular os titulares do direito objeto da discussão. Pode haver uma situação em que a causa seja julgada improcedente e mesmo assim seja possível propor a mesma demanda em sede de ação individual, conforme art. 103, inciso III do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁴⁰. Tal fato vai de encontro aos objetivos do sistema processual coletivo.

Por outro lado, houve uma tentativa sistematizada de restringir os limites da *res iudicata* aos limites da competência territorial, perspicuamente desconsiderando a substituição processual, pois o substituto atua no processo substituindo os titulares do direito em litígio, independente de sua localização territorial¹⁴¹, além de confundir os conceitos de jurisdição e competência.

É claro que aos poucos as barreiras jurisprudenciais (e legislativas) impostas às ações coletivas vão sendo derrubadas para dar lugar a um sistema mais condizente com

¹³⁸ Art. 1º, parágrafo único da Lei da ACP (Lei 7.347/85): Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados

¹³⁹ Sobre o tema, grande trabalho do professor Antonio Cabral, enxergando além de um sistema que se utiliza apenas da coisa julgada. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas, 2ª ed. Op. Cit.

¹⁴⁰ Para a Lei 8.078/90 no 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.

¹⁴¹ “A inovação atentou contra princípio firme da doutrina, a saber, o de que, nas hipóteses de substituição processual, o julgado vale e produz efeitos para os substituídos, sem distinções do tipo da que se consagrou, baseada em elemento aleatório e irrelevante, como o domicílio em certa data”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Op. Cit., p. 184,

seus ideais¹⁴². O que importa registrar é que, embora com um funcionamento de excelência e cada vez mais aprimorado, as ações coletivas não podem ficar sobrecarregadas sem um sistema que dá vazão a causas repetidas de forma definitiva, vinculando as partes (e as futuras causas) em situações homogêneas.

Essa complementaridade é essencial para a compreensão da dimensão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Não chega, pois, para substituir ou melhorar as ações grupais¹⁴³, mas para inovar no ordenamento e auxiliar o sistema Judiciário a escoar causas com reflexos na coletividade.

2.4 Natureza jurídica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Perquirir sobre sua natureza jurídica significa entender sua formação, seu espírito e seu objetivo final, auxiliando no aperfeiçoamento da doutrina e da jurisprudência, com o fito de que suas atividades práticas mantenham o padrão de excelência desejado.

É neste momento em que as premissas lançadas no capítulo introdutório servem de sustentáculo para as conclusões percebidas neste item.

Assim, em simetria com o que foi visto no primeiro capítulo, onde assomamos que o Estado Constitucional transformou os Tribunais em Cortes com complexos movimentos hermenêuticos¹⁴⁴ e democráticos, e na esteira do que foi analisado neste segundo capítulo, no qual ponderamos o acúmulo de uma massa de direitos a cidadãos

¹⁴² Roberto Rodrigues vai além e assevera: “Em outras palavras, apesar de consistir em instrumento de grande utilidade para a racionalização da justiça no que concerne à pacificação de questões comuns a um ssem-número de interessados, as ações coletivas não conseguiram atender plenamente aos anseios sociais por um Poder Judiciário mais eficiente e célere”. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 192.

¹⁴³ Muitos direitos coletivos, como os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, ainda continuarão a ser debatidos apenas por meio das ações coletivas, instrumento indicado para a sua defesa. Assim, também será por meio do sistema coletivo já consolidado que os “danos de bagatela” serão revertidos, vez que, por se tratarem de causas de baixa atratividade (pouco ganho econômico), só serão judicializadas através da técnica coletiva posta.

¹⁴⁴ Oportuna a passagem de Barbosa Moreira: “Nasce daí, a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas e sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas diversas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre membros da comunidade o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

outrora excluídos do espaço cívico e jurídico, bem como destacamos que as ações coletivas possuem resistências práticas advindas das mais variadas causas, a emergência do sistema de resolução de conflitos repetitivos se apresenta como mais uma pavimentação construída para viabilizar a racionalidade do sistema Judiciário.

Mas o que podemos entender do referido Incidente? É, pois, um instrumento de atuação jurisdicional em que uma controvérsia de direito (processual ou material) repetitiva é pinçada de um ou mais processos representativos, levando ao conhecimento do Tribunal a questão de direito levantada, que será então resolvida por um órgão especial, encarregado de fixar a tese jurídica cabível ao caso. Pretende, dessa forma, facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas que ponham em risco a segurança jurídica e a isonomia pela possibilidade de existência de decisões conflitantes¹⁴⁵.

Ora, notemos certa dose de autonomia quando apenas uma questão jurídica é realçada e levada, de forma independente, para ser solucionada por um Tribunal. Daí surge a primeira grande dúvida sobre o IRDR, a ser especificada no subitem que segue.

2.4.1 *Procedimento-modelo ou Causa-piloto?*

De inspiração em ordenamentos estrangeiros que preveem institutos semelhantes, mormente o Alemão e o Inglês (como veremos adiante), foi realizada uma construção teórica que, embora questionada por alguns processualistas, nos serve no aspecto didático pretendido nesta obra¹⁴⁶. Mas, afinal, em que consiste esta diferença?

Os processos-teste ou causas-piloto dizem respeito a um procedimento autônomo em que um ou mais processos são selecionados como representativo da questão de direito repetitiva e, após, são levados ao Tribunal competente para o julgamento de toda a demanda¹⁴⁷. As controvérsias de caráter repetitivo são apreciadas quando do julgamento do próprio processo. Verifica-se, daí, que há uma unicidade cognitiva, visto que ponto controvertido repetitivo e demanda são julgados na mesma sessão, expandindo-se as razões de decisão (*ratio decidendi*) dos pontos repetitivos para

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 17.

¹⁴⁶ Reconhecemos que a diferença entre essas duas modalidades não é pacífica e não está imune a críticas. Entretanto, a opção pelo uso dessas espécies é oportuna para as conclusões chegadas neste trabalho.

¹⁴⁷ Segue esta linha argumentativa o desembargador Alexandre Câmara. Em CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 478 e seguintes.

os processos comuns, aplicando-se a mesma tese jurídica lançada¹⁴⁸. No ordenamento brasileiro existia esse modelo através do rito do art. 543-C do CPC/73, sendo sua sistemática aprimorada no atual Código, tendo a inclusão dos recursos extraordinários repetitivos¹⁴⁹.

No caso dos procedimentos-padrão, asseveramos que há uma verdadeira ruptura do processo cognitivo. A questão comum é identificada e extraída dos autos, sendo processada de forma totalmente independente. Ressaltamos, por isso, que o processo principal serve apenas como parâmetro argumentativo das teses jurídicas, não sendo toda a sua lide levada a conhecimento pelo incidente. Aparta-se, assim, o item de direito repetitivo, julgando-o de forma abstrata. Observemos que o processo, em si, não é julgado, mas tão só ponto que se multiplica em outros processos. Após, as razões decididas são aplicadas de forma individualizada nos processos, na competência em que se encontram¹⁵⁰.

A sutileza dessa diferenciação produz resultados práticos no campo procedimental, haja vista que de acordo com a posição adotada, o processamento do incidente seguirá caminhos diversos, que exijam mais ou menos instrução processual e participação das partes afetadas.

No caso do IRDR, assomamos que a *mens legis* adotou uma postura de indisfarçada inspiração no modelo alemão¹⁵¹, o *Musterverfahren* (que em tradução livre significa procedimento-modelo), fornecendo subsídios para a conclusão de que nosso procedimento tenha percorrido linha para o mesmo espírito.

Ademais, não podemos deixar de registrar que existe outra pista normativa que aponta para o mesmo sentido. Vejamos que, em caso de desistência do processo principal, não há qualquer impedimento real para o prosseguimento do incidente. Uma

¹⁴⁸ “Esse tipo de procedimento caracteriza-se pela unidade de processo e julgamento (pela qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também de todas as demais questões, resolvendo o caso completo) e posterior replicação da *ratio decidendi* aos casos similares”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1417.

¹⁴⁹ Encontram-s regulados no art. 1036 e seguintes do CPC/2015.

¹⁵⁰ “[...] se caracteriza pela cisão cognitiva e decisória (o órgão julgador aprecia somente questões comuns), seguido de incorporação da decisão aos processos em que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo-se aos demais órgãos jurisdicionais a solução de todas as questões específicas de cada caso”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, *ibidem*.

¹⁵¹ É o que se extrai da exposição de motivos do novo código: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição [...]”. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 12/08/16. Também em AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 196, p. 237-275, 2011, p. 238.

vez afetada a questão jurídica, não importará se o autor do processo principal ainda estará no polo ativo, pois consoante art. 976, §1º, o abandono do processo ou a desistência não são empecilhos para exame meritório do instrumento¹⁵².

Corroborando com tal entendimento, não podemos nos olvidar que o novel diploma processual não fixou qualquer diretriz, ou mesmo ensaiou normatização, de qualquer parâmetro seguro para a escolha de uma causa-piloto no incidente¹⁵³. O silêncio eloquente da legislação aponta para um rumo diverso do que pretendem os doutrinadores a favor do sistema processo-teste.

O professor Cabral, entretanto, lança uma terceira versão do que poderia ser a natureza jurídica do incidente. Amparado no art. 978, parágrafo único, que preconiza que o órgão decisor julgará também o recurso, a remessa necessária e o processo de competência originária, o processualista pondera que haveria aí uma natureza híbrida do incidente, onde embora haja uma cisão cognitiva, o mesmo órgão que fixa a tese jurídica, dá a palavra final para o conflito subjetivo do processo-piloto. Estaria, por isso, caracterizado o caráter híbrido do IRDR quando, além de resolver a questão de direito, soluciona também a lide para o caso concreto¹⁵⁴.

Com a devida vênia, não estamos totalmente convencidos da firmeza dessa posição. O julgamento do processo principal parece ter sido uma escolha mais conveniente do legislador, de aproveitamento da situação que cerca o incidente para encerrar de vez um processo aplicando a tese jurídica decidida. Apresenta-se muito mais como uma questão de política legislativa do que uma caracterização do incidente como mecanismo que mescla causa-piloto com procedimento-modelo. Outrossim, sobrelevamos o fato de que, em caso de desistência (e Cabral reconhece isso¹⁵⁵), haverá tão só a fixação da questão jurídica afetada. Em arremate, o próprio artigo não é claro quanto ao momento do julgamento do processo principal, se quando do julgamento da tese, ou em momento distinto, o que faz fortalecer ainda mais o posicionamento de procedimento-padrão do IRDR.

¹⁵² CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 1418-1419.

¹⁵³ Segue idêntica direção e sentido: “A nosso ver, tal circunstância se dá sobretudo pelo fato de não haver necessidade de seleção de caso piloto”. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação do seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do processo civil*, vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 668.

¹⁵⁴ “Pois bem, nessa ordem de idéias, nossa concepção é a de que o legislador optou por um formato híbrido. Em regra, observando o art. 978, parágrafo único, o tribunal julgará a questão comum e o(s) caso(s) selecionados e afetados para instrução. Há unidade cognitiva e decisória com posterior aplicação da ratio decidendi sobre a questão comum aos demais processos em que seja debatida.” CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 1418.

¹⁵⁵ *Idem*, *ibidem*.

Há inclusive forte indício de inconstitucionalidade do artigo (doravante comentado), caindo por terra qualquer fio de conexão que um dia o instituto possa ter tido com o sistema causa-piloto.

Em nossa interpretação, o instrumento de escoamento das demandas repetitivas do novo CPC possui uma natureza autônoma em relação à causa principal, podendo facilmente ser caracterizado como procedimento apartado, que deve respeitar a atual noção de contraditório. O resultado disso é fácil identificação entre o julgamento da ferramenta com um provimento jurisdicional, ainda que não seja resolvida a lide¹⁵⁶, vez que esta última envolve os aspectos subjetivos das contendas.

As premissas levantadas no capítulo inaugural, nesta trilha, ajudam-nos a despertar para um novo modelo processual, onde podem existir processo (procedimento com a garantia do contraditório) e jurisdição, ainda que não haja lide a ser resolvida. No caso do objeto do nosso trabalho, consoante os argumentos apresentados no primeiro item, é facilmente perceptível que o instituto tem total aptidão processual para ser independente, sendo sua resolução um provimento jurisdicional de caráter vinculante, dissociado da cognição do caso concreto. As premissas adotadas no primeiro momento são imprescindíveis para a compreensão autônoma do incidente repetitivo.

Para nós, portanto, é indispensável pensar o IRDR em um formato separado, em que há o julgamento da questão comum de direito de forma pontual, sem se deixar influenciar por todas as nuances do caso concreto representativo. Reconhecemos, dessa forma, o caráter procedimento-modelo do IRDR, onde uma verdadeira cisão cognitiva é realizada no instituto, apreciando apenas as demandas massificadas. O resultado disso é a autonomia e independência do próprio procedimento¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Hodiernamente já há grande questionamento doutrinário se a lide (enquanto pretensão qualificada de um dos interessados em oposição aos interesses do outro litigante) é comum a todos os processos jurisdicionais, não sendo, pois, elemento imprescindível para o processo. Tal desagregação torna ainda mais fácil perceber a inexistência de uma lide e, ainda assim, reconhecer a autonomia processual do instituto em comento: “Questiona-se, portanto, a valia sistemática da lide como pólo metodológico, assinalando ainda que não é correto pretender colocá-la ao centro de um sistema processual [...]”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Op. Cit., p. 194.

¹⁵⁷ Nesta perspectiva incluem-se outros diversos processualistas, dentre os quais destacamos passagem: “[...] reveste-se de natureza de processo objetivo, uma vez que não tem por escopo a resolução de lide individual na qual surge [...]”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. Revista de Processo, vol. 211, p. 191-207. São Paulo: RT, 2012, p. 198. Também em: NUNES, Dierle. Comentários dos arts. 1036 a 1040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015; OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Op. Cit.; etc.

2.4.2 Controle abstrato de “legalidade”

Repisamos que, com os subsídios doutrinários do primeiro capítulo, foi possível vislumbrar a completa dissociação do fenômeno objeto do nosso estudo com a causa principal paradigma. Esta última representa o modelo de processo que servirá de inspiração na construção dos argumentos capazes de infirmar a tese jurídica adotada pelo tribunal.

Ora, conforme salientamos reiteradamente, se uma controvérsia de direito de caráter repetitivo é destaca para que, após o processamento do incidente pelo tribunal, seja fixada uma tese de caráter generalizante, aplicável a um incontável número de processos, não temos dúvidas de que IRDR apresenta-se como mecanismo que se utiliza de abstração¹⁵⁸ necessária para se distanciar do litígio *inter partes* e resolver um conflito normativo originado do caso concreto.

Em paralelo, podemos dizer que muito se assemelha com o controle abstrato concentrado de constitucionalidade, pois nele há uma proteção da ordem constitucional através de um processo chamado de objetivo¹⁵⁹. Mas o que seria esse processo objetivo? O processo objetivo é aquele que não resolve uma contenda em si, ou melhor, não tem como foco principal de seu desfecho a solução para a lide do caso concreto, mas sim a tutela do ordenamento jurídico positivo, não importando se se trata de Constituição ou legislação infraconstitucional¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Parecem seguir a mesma tendência Georges Abboud e Marcos Cavalcanti, que redigem: “O objetivo desse incidente processual é conferir um julgamento coletivo e *abstrato* sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos”. ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, vol. 240, p. 221-242. São Paulo: RT, 2015, p. 222. Em determinado artigo, Sofia Temer e Aluisio Mendes adotam a perspectiva aqui exposta: “A primeira e primordial questão que se apresenta da análise do instituto diz respeito à sua natureza. Embora haja algumas controvérsias, geradas a partir das alterações das versões apresentadas durante a tramitação do projeto de lei, as características adotadas no Código permitem apontar, ao menos em uma primeira análise, tratar-se de procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato – ou objetivo – das questões de direito controvertidas, comuns às demandas seriadas, a partir da criação de um procedimento-modelo”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 243, p. 283-331. São Paulo: RT, 2015, p. 287.

¹⁵⁹ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional, 10ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 201.

¹⁶⁰ O ministro Teori Zavascki reconhece o caráter jurisdicional destes arquétipos de processo objetivo, *in verbis*: “Se considerarmos três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge -, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos

No caso do incidente repetitivo, por não visar diretamente o desate de conflitos subjetivos, tem como objetivo maior e preponderante a tutela do direito objetivo, cujo conflito é apenas normativo. A tutela dos direitos subjetivos será tratada em momento posterior à resolução do ponto de direito conflituoso¹⁶¹. É, por isso, uma espécie inaugurada de “processo objetivo”, cujo ideário realiza-se com a interpretação jurídica da legislação dada, sem necessariamente por fim à alteração das partes.

A propósito, realçamos que essa é uma tendência da dogmática processual moderna, que foge aos padrões do modelo tradicional de processo civil, em que há uma preocupação primordial em por fim ao acirramento das partes, tutelando em segundo plano o direito objetivo. Agora a preocupação é com a escorreita e racional aplicação do direito, a fim de que incongruências e eventuais decisões divergentes para situações homogêneas não sejam mais naturalmente (como é hoje) toleradas¹⁶².

Demais disto, por ter ele o condão de resolver uma questão de direito replicada em várias contendas, seu julgamento deverá seguir um padrão abstrato em que seja possível aplicar sua *ratio decidendi* nos outros processos suspensos ou vindouros. Tal fato o torna um veículo de produção de julgamentos abstratos em que, embora as lides não sejam resolvidas, a aplicação da tese vencedora será um imperativo.

Nesse ponto, abrimos divergência do posicionamento da processualista Sofia Temer, pois, para ela, o IRDR teria uma mescla de concretude e abstração, muito em razão da impossibilidade da completa separação entre fato e direito. Assim, no seu

processos de controle concentrado de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o suporte fático e a norma individualizada, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres ou de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas sim a própria ordem constitucional, o que se dá mediante a solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma abstratamente considerada, independentemente de sua incidência em específicos suportes fáticos. Aqui, portanto, o processo é objetivo”. ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2014, p. 241. No caso do IRDR, podemos dizer que o processo objetivo nos serve para tutelar o ordenamento jurídico. A interpretação deve atentar aos padrões estabelecidos pela ordem jurídica.

¹⁶¹ Igualmente em: TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 80.

¹⁶² Sobre a tendência objetivização do processo civil, ver breve ensaio de Osmar Côrtes, destacado na passagem: “Dentro do controle de constitucionalidade, o modelo difuso se aproxima do concentrado. E fora, em especial no procedimento recursal (movido pela voluntariedade e pelo interesse subjetivo de quem recorre, ainda que haja objetivos públicos envolvidos), observa-se, também, uma certa objetivização, justificada por razões de segurança e pela necessidade de os Tribunais Superiores exercerem os seus papéis constitucionais de rimarem pelo respeito às leis. A mudança de paradigma é clara, ficando a reflexão sobre o que deve ser prestigiado e o que deve ser mitigado - o interesse e a vontade dos litigantes (subjetivismo) ou os interesses públicos e de realização das funções dos Tribunais (objetivismo)? CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivização no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. Revista de Processo, vol. 178, p. 220-226. São Paulo: RT, 2009, p. 226.

ponto de vista, haveria também algo concreto, que seriam questões fáticas indissociáveis da controvérsia de direito¹⁶³.

Em que pese essa perspectiva, no entanto, acreditamos que, embora deveras influenciáveis, fato e direito não estão rigidamente imbricados em concretude e abstração. No nosso panorama, ainda que existam questões fáticas a serem levadas no incidente, tais fatos seriam generalizáveis, com características similares em diversos processos.

A feição genérica dos fatos no incidente de repetição autoriza a sua classificação como abstrata, pois levam situações hipotéticas de fato e de direito para conhecimento do tribunal. Como exemplo, podemos citar a apreciação dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade. A averiguação desses princípios depende de uma análise estritamente fática. Quando tais elementos argumentativos são levados a conhecimento do STF, para julgamento de controle concentrado, os fatos são levados em consideração, ainda que de forma abstrata. É por tal motivo que mantemos firmemente nosso posicionamento no sentido de que eventual questão fática não altera natureza abstrata do nosso instrumento¹⁶⁴. Aliás, como veremos adiante, em toda norma há um quadro fático subjacente, fazendo com que sejam faces de uma mesma moeda¹⁶⁵.

Em desfecho, ratificamos a natureza processual autônoma do IRDR, enquanto processo objetivo abstrato que visa tutelar o ordenamento jurídico, exercitando o controle formal de legalidade, através da interpretação (atribuição de sentido) do tribunal competente para o julgamento. O epílogo do caso concreto não é interesse direito desta novel ferramenta processual.

¹⁶³ Depois de afirmar que “a abstração (e não desconsideração) de circunstâncias concretas geram algum grau de subjetivação desse procedimento objetivo”, conclui: “Por isso, entendemos que a atividade cognitivo-decisória realizada no IRDR é uma mescla de abstração (por desolar-se de conflitos subjetivos ou lides específicas) e de concretude (por não ignorar as circunstâncias fáticas ocorridas nas situações repetitivas que motivaram a instauração do IRDR e pela necessidade de solucionar a controvérsia e fixar uma tese que esteja contextualizada com realidade e com as situações concretas que virá a regular)”. TEMER, Sofia. *Idem*, p. 89.

¹⁶⁴ Seguimos a exegese de Leonardo Carneiro da Cunha, para quem: “À exemplo do que sucede com a proclamação de inconstitucionalidade, o incidente de resolução de causas repetitivas provoca um julgamento abstrato da questão jurídica submetida ao crivo do tribunal. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva, sendo certo que a decisão do tribunal irá fixar a *ratio decidendi* a ser seguida não somente no caso concreto que lhe deu origem, mas também em todos os demais casos que envolvam a mesma questão jurídica.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 193, p. 255-280. São Paulo: RT, 2011, p. 258.

¹⁶⁵ Neste ponto concordamos com os comentários de Teresa Wambier *et alii*: “O fenômeno jurídico é composto, necessariamente e sempre, de fato e de direito. Ocorre no instante em que se encontram o plano dos fatos e o plano normativo. De fato, em ação alguma se discute só em torno de normas. Toda ação tem um quadro fático subjacente”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1ª Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1397.

2.4.3 *Técnica de tutela plurindividual*

Já mencionamos nas linhas anteriores que o instituto processual objeto de nossa pesquisa possui um intenso apelo coletivo, visto que causa impacto em dezenas, centenas ou até milhares de processos em trâmite nos órgãos judiciários. Tendo em vista a repercussão social (*lato sensu*) trazida no bojo do procedimento em que há o deslinde de questão repetitiva, é conveniente questionarmos se a abrangência de processo coletivo abarca também o IRDR.

A importância disso reside na exata definição da natureza jurídica do instrumento, fazendo com que adquira ou não toda a metodologia de seu gênero.

Para Didier Jr. e Zaneti Jr., o processo coletivo é aquele que contém uma relação jurídica litigiosa coletiva. A relação jurídica coletiva, por sua vez, é identificada pela presença de um grupo em um polo, passivo ou ativo, na demanda. Assim, toda vez que existir uma relação jurídica litigiosa, consubstanciada em processo, sobre determinado grupo, estaria caracterizado o processo coletivo¹⁶⁶.

O conceito lançado tem pretensão visível de ampliar o máximo possível o leque de caracterização do que seja processo coletivo. E há, de certa forma, mérito no intento. O foco, portanto, é a relação jurídica em litígio que caracteriza a espécie processual¹⁶⁷.

Ora, mas que tipo de relação jurídica é tutelada no incidente de julgamento de causas repetitivas? Essa é a pergunta essencial para a definição da ferramenta como processo coletivo ou não.

Analisamos que o incidente repetitivo possui o condão de interpretar e resolver controvérsia de direito instaurada em diversos processos. Ocorre que a resolução se dá

¹⁶⁶ “O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo”. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, vol. 256, p. 209-218. São Paulo: RT, 2016, p. 210.

¹⁶⁷ Há divergência conceitual entre a apresentada e outros doutrinadores do processo coletivo. Aluisio Mendes, por exemplo pontua que é “direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. Op. Cit., p. 32. Antonio Gidi trilha caminho semelhante, centrando sua conceituação na legitimidade autônoma e na coisa julgada para a coletividade. Ver GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

predominantemente em caráter genérico, sem resolver o próprio litígio. O julgamento é, portanto, de uma tese jurídica *in abstracto*, através da atribuição de sentido pelo tribunal, dando os exatos contornos da aplicação normativa para outros casos semelhantes¹⁶⁸.

Ademais, versa também sobre processos heterogêneos em que haja uma situação jurídica homogênea, sendo, por isso, inapto a solucionar lides inteiras. Nessa trilha, se não há qualquer espaço para solução de relações jurídicas de caráter coletivo, não nos parece correta a inserção do IRDR como uma ferramenta afeita ao processo coletivo. Necessário reiterarmos que o objetivo do incidente de resolução de demandas seriadas é, pois, tutelar o direito objetivo, não uma relação litigiosa de grupo.

O fato de afetar de forma reflexa uma determinada coletividade não autoriza sua inserção no rol dos processos coletivos. Não é a intenção do mecanismo conferir ou retirar direitos coletivos subjetivos. Assim, não é possível atribuir status processual coletivo ao novel utensílio, pois não julga de forma imediata direitos coletivos, mas tão somente interpreta, rege e orienta o ordenamento jurídico posto.

Mas se não é coletivo, seria um processo individual? Em nossa interpretação, o IRDR não é alcançado por esta dicotomia, sendo mais afeito a uma terceira via. Alguns processualistas já lançaram uma terceira perspectiva processual, que seria a tutela plurindividual¹⁶⁹. O nome parece ser adequado para envolver o incidente.

Vejamos que, embora não resolva o direito subjetivo “coletivo”, o mecanismo soluciona um problema isomórfico, de repetição em diversas lides. Ainda que seu interesse imediato seja a tutela e o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, a consequência mediata é a aplicação da tese fixada em múltiplos processos, fazendo com que, por trás do seu caráter abstrato, surja sua índole supraindividual. Tal circunstância não pode ser considerada irrelevante nem ignorada. É por tal razão que a nomenclatura tutela plurindividual, em nossa interpretação, parece ser adequada para encapar o IRDR.

Registramos, contudo, que alguns processualistas dão definições diversas do que seja a tutela plurindividual. Com um vocábulo deveras abrangente, Antonio Adonias Bastos procura defini-la como uma ação grupal, através de um método de decisão em

¹⁶⁸ Pensamos da mesma forma que Sofia Temer. TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 93

¹⁶⁹ Observemos, por exemplo, o escrito de Antonio Adonias: “Conforma-se, assim, uma tutela jurisdicional diversa da individual e da coletiva, com características intrínsecas, que a distingue daquelas outras duas. Este novo paradigma traz consigo a necessidade de uma nova leitura dos institutos do devido processo legal, visando à preservação dos valores fundamentais do processo, garantidos constitucionalmente. O processamento e o julgamento das demandas em massa não devem ser realizados sob o modelo da tutela puramente individual, nem da coletiva, exigindo uma matriz cultural e dogmática particularizada”. BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Op. Cit., p. 92.

bloco¹⁷⁰. Bruno Dantas, ao seu turno, posiciona-se no sentido de haver uma justa composição de lides referentes a direitos individuais homogêneos, formando uma macrolide¹⁷¹.

No entanto, temos dito que, por se tratar de um procedimento-modelo, não filiamo-nos à ideia de que o IRDR forma e resolve uma lide. Em nossa opinião, também não é possível a solução em bloco dos processos repetitivos, o que nos distancia dos autores supracitados. Entretanto, somos forçados a reconhecer que a tutela plurindividual pode muito bem ser afeita ao IRDR, caracterizando-se como um gênero específico de tutela processual, colocando-se ao lado da tutela coletiva e da individual.

Em nossa exegese, o destaque se justifica porque a tutela plurindividual, embora se aproxime da coletiva quanto ao número de cidadãos afetados, assume um número significativo de processos individuais versando sobre mesmo tema, procurando resolver de forma imediata uma questão comum. O desfecho do caso concreto é a consequência do incidente (e, portanto, acessório), não seu objetivo. Além disso, evita a construção doutrinária questionável da substituição processual¹⁷², onde os interessados, ao invés de substituídos por uma figura representativa *ope legis*, têm a possibilidade de influir diretamente no julgamento da controvérsia paradigma¹⁷³.

Dessa maneira, pontuamos que o incidente de solução para casos repetitivos é uma técnica processual plurindividual, pois não corresponde nem à tutela coletiva nem à

¹⁷⁰ “A existência de ações de grupo começa a firmar-se doutrinariamente. Elas consistiriam em “procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular”. Idem, p. 93.

¹⁷¹ Talvez por referir-se ao julgamento em bloco dos recursos repetitivos, desconsiderando a forma procedimento-padrão do IRDR, Bruno Dantas escreve: “Não se pode deixar de reconhecer que a técnica da tutela plurindividual consistente no julgamento de recursos repetitivos mediante a apreciação de casos representativos de uma macrolide impõe que alguns dogmas do nosso sistema sejam revisados criticamente”. DANTAS, Bruno. Teoria dos recursos repetitivos. São Paulo: RT, 2015, p. 109.

¹⁷² Queremos nos referir ao fato de que, no Brasil, a legitimidade para proposição de demandas coletivas é de instituições consolidadas. Ocorre que, mesmo dentro destas instituições, a legitimação extraordinária não leva em consideração a dispersão de idéias e não unidade de uma classe de pessoas substituídas. Sobre o tema: “No entanto, se em algumas hipóteses o esquema atual tem justificação social nobre, traz ao mesmo tempo contradições teóricas e obstáculos práticos em relação a várias questões, sobretudo no que diz respeito à legitimidade extraordinária, à vinculação de terceiros ao resultado da demanda coletiva e à repartição equitativa do ônus financeiro do processo. Com efeito, a substituição processual permite que alguns entes postulem em favor de uma coletividade dispersa geograficamente, da qual, muitas vezes, sequer possuem notícia de todos os integrantes. Determinados órgãos do Estado, como o Ministério Público, legitimados ao ajuizamento de ações coletivas, muitas vezes não estão próximos dos fatos como as associações, sindicatos e outros entes da sociedade civil, em contato direto e por vezes diário com os membros da comunidade envolvida”. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Revista de Processo, vol. 147, p. 123-146. São Paulo: RT, 2007, p. 124.

¹⁷³ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Idem, p. 91.

tutela individual. Constitui uma terceira via¹⁷⁴ e, por isso, uma adequação da prestação jurisdicional aos novos tempos, em que a dicotomia individual e coletiva de outrora se apresenta defasada. É, pois, um provimento jurisdicional de processo objetivo da tutela plurindividual.

2.5 Constitucionalidade

Logo após a inclusão da ferramenta de resolução plurindividual no projeto do novo Código de Processo Civil, com indisfarçada inspiração alemã devidamente justificada pelo legislador, setores doutrinários reagiram quanto à constitucionalidade do mecanismo¹⁷⁵.

Os questionamentos giravam em torno basicamente da violação da independência funcional dos magistrados, da interferência na separação dos poderes e da desconsideração do juiz natural.

Iniciaremos pela tese mais frágil aventada, qual seja a hipótese de o IRDR macular o princípio do juiz natural. Segundo alguns, haveria uma avocação processual com criação de uma competência original sem qualquer fundamento constitucional. Quanto a isso, as linhas acima já dão conta de que o princípio em comento em nada ficaria abalado. Não podemos considerar avocação de causa e nem fuga de competência

¹⁷⁴ Ao invés de anômala, como coloca Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Novo curso de processo civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 563-564, preferimos a visão de Rodolfo Mancuso: “A tendencial e crescente tutela plurindividual pode ser apreendida como uma terceira via, postada num ponto equidistante entre a jurisdição singular (legitimação ativa radicada na afirmada titularidade do direito; interesse individual afrontado ou insatisfeito; coisa julgada de eficácia inter partes) e a jurisdição coletiva (legitimação ativa concorrente-disjuntiva, fundada na representatividade adequada do portador judicial; interesse metaindividual – difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo; coisa julgada de eficácia expandida – ultra partes ou erga omnes)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 42.

¹⁷⁵ Aluisio Mendes e Roberto Aragão, mesmo defendendo sua legalidade, atentaram-se para o problema: “De fato, a prolação de tais tipos de decisão, que, conforme sustentado no tópico anterior, poderia, na prática, vir a produzir efeitos semelhantes aos de uma súmula vinculante, poderia dar ensejo a questionamentos quanto à constitucionalidade do instituto”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. Revista de Processo, vol. 211, p. 191-207. São Paulo: RT, 2012, p. 197. Para estudo específico sobre a matéria, no entanto, remetemos o leitor a este trabalho, onde os autores pormenorizam e minudenciam as críticas doutrinárias: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, vol. 240, p. 221-242. São Paulo: RT, 2015.

originária exatamente porque o incidente de resolução de demandas repetitivas não julga a causa em si, mas apenas fixa tese jurídica normativa interpretada pelo tribunal. Tanto assim o é que, mesmo que a norma jurídica seja emanada pela Corte de Justiça, a aplicação ainda cabe ao local em que se encontra o processo afetado. Não há deslocamento de julgamento da causa¹⁷⁶. Quem indica inconstitucionalidade por tal argumento demonstra desconhecimento sobre a natureza do instituto.

Ressaltamos que em relação à independência funcional e à separação dos poderes há entrelaçamento das matérias. Isso se dá em razão da eficácia vinculante do comando decisório definido no IRDR, que, como alguns aduzem, seria um engessamento sistêmico do judiciário com a consequente geração de comandos normativos não prevista na nossa Carta Magna¹⁷⁷. Ademais, faltaria ao Judiciário a legitimidade democrática para tal incorporação normativa¹⁷⁸.

Em outras palavras, essa parcela de juristas expõe que nossa Constituição previu casos específicos de vinculatividade (controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmulas vinculantes). Dessa feita, não havendo permissivo constitucional, a vinculação de outras decisões pelos órgãos judiciários acarretaria em

¹⁷⁶ “O primeiro é que a formação – perante o segundo grau – de incidente com origem em processo sem decisão de primeiro grau criaria hipótese de avocação de causa, deslocamento de competência ou criação de competência originária, sem respaldo constitucional. A preocupação é válida e consistente. Não obstante, se admitirmos a natureza objetiva do incidente com a cisão cognitiva para a fixação de tese e não julgamento da causa propriamente dita, tal problema poderia ser contornado, porque o tribunal apenas fixaria uma norma jurídica abstrata, retomando-se o julgamento da demanda perante o juízo originário, sem, portanto, o deslocamento de competência da para julgamento da causa propriamente dita”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 290.

¹⁷⁷ É o que informa Nelson Nery Jr.: “A vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III [IRDR], IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização expressa na CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação. [...] Da mesma forma é exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar. A jurisprudência não tem, de lege lata, força normativa maior do que a CF ou da lei”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1156. Ver também: “Com efeito, a decisão firmada no IRDR possui a mesma carga de eficácia das súmulas vinculantes, com um agravante: não há amparo constitucional, o que nos leva arriscar a afirmação que o art. 941 do PLS 166/2010 (art. 980 do PLC 8.046/2010) é inconstitucional”. ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo, vol. 208, p. 203-240. São Paulo: RT, 2012, p. 223.

¹⁷⁸ A força expansiva das decisões judiciais é inquietude perene dos estudiosos do direito: “Não se trata aqui, portanto, de questionar a legalidade ou pertinência da forma de preenchimento dos cargos do Poder Judiciário (vez que a sua sistemática é estabelecida em nível constitucional), mas sim de indagar qual fonte da legitimidade de suas decisões, na medida em que os magistrados não podem, pelo menos em sentido estrito, ser considerados como representantes do povo. Sendo assim, se coloca de até que ponto as decisões judiciais podem ser consideradas legítimas e democráticas. A resposta a tal questão deve afetar diretamente a forma como são percebidas as decisões judiciais, tendo implicações fundamentais na teoria dos precedentes”. COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I) Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et alii. Novas Tendências do Processo Civil, vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 273.

infração ao princípio da separação de poderes, além de atribuir ao Judiciário função legislativa, na medida em que lança no ordenamento normas gerais e abstratas.

Realçamos, entretanto, que a vinculatividade pretendida no novo diploma processual pátrio refere-se apenas aos órgãos da Justiça, servindo apenas de persuasão para os demais Poderes de Estado (Legislativo e Executivo).

Além disso, o caráter genérico aplicável aos demais casos concretos pode ser compreendido em seu viés integrativo, na moderna visão de separação dos Poderes, onde nem sempre há distinção clara das funções típicas de estado. Legislativo criaria o direito enquanto o direito recriaria seu sentido normativo¹⁷⁹. Tal perspectiva está mais modelada com o atual estágio do Estado Democrático de Direito.

Em desfecho, embora a CF preveja casos específicos de vinculação de decisões judiciais, o fato de não haver outro(s) não implica na sua imediata proibição. Pelo contrário. A inexistência aponta para apenas a feição infraconstitucional do comando, não gozando do status hierárquico de outros institutos. A propósito, a vinculação é mais uma faceta do devido processo legal e do princípio da legalidade, impedindo a divergência injusta entre decisões sobre uma mesma situação concreta.

2.6 Os quatro eixos de sustentação do IRDR

É hora de condensarmos e trazermos a lume algumas conclusões alcançadas ainda no primeiro capítulo. À primeira vista, discrepante do nosso objeto, a peça inaugural deste trabalho tem a intenção de aclarar uma contextualização ampla que justifique as posições aqui tomadas.

No caso deste tópico, não é diferente. Procuramos erigir as bases para um novo conceito da jurisdição, tendo em vista a sua pretensiosa e atual missão de não mais atuar dentro dos limites da justa composição da lide, nem muito menos significar a vontade concreta da lei.

¹⁷⁹ Nesta trilha, imprescindível a lição de Hermes Zaneti Jr.: “Trata-se, na verdade, de uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, criar o direito como legislador dentro da moldura da Constituição e reconstruir o direito como juiz dentro do processo de interpretação [...]”. Em ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 370.

A complexidade da sociedade contemporânea e os acontecimentos históricos (jurídicos, políticos e econômicos) foram responsáveis pelo nascimento do neoconstitucionalismo já aludido. Essa conjuntura fez surgir o redimensionamento da jurisdição no contexto Estatal, trazendo para os conflitos judiciais questões que extrapolam a ótica intersubjetiva processual clássica.

Nesta senda, a atuação jurisdicional não pode mais ser definida apenas como um comando aniquilador da contenda. A vigente ideia de jurisdição exige uma postura extraprocessual, em que haja um concernimento perenal quanto à higidez do sistema jurídico.

E é exatamente nisso que se baseia o incidente repetitivo. Ora, se vimos seu inegável caráter autônomo em relação à lide, bem como sua indiscutível natureza jurisdicional, sem que a contenda processual seja solucionada de modo definitivo, é claro que estamos diante do exercício de uma jurisdição estrutural. Pretende, pois, fornecer bases sólidas de um Judiciário coerente e seguro.

Esta forma de atividade do poder jurisdicional ampara-se fortemente na função nomofilática (nomofiláquia)¹⁸⁰, descrita linhas atrás. Nesse sentido, são facilmente resgatáveis os valores que a informam para também servir de suporte para o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pois bem, como concretização da nomofiláquia, enumeramos os quatro eixos de esteio do IRDR: isonomia, previsibilidade, eficiência processual e reforço institucional.

A isonomia e a previsibilidade são de identificação mais tranquila, pois, além de constarem em dispositivo legal (art. 976, inciso II do CPC/2015: “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”), resultam de uma equação quase que tautológica.

Observemos que se a intenção do procedimento é fornecer um padrão resolutivo para determinado conflito de normas¹⁸¹, por óbvio o paradigma aplicado a todas as demais causas idênticas consagra o princípio da isonomia, colocando todas as demais

¹⁸⁰ Este é o mesmo sentimento de Bruno Dantas ao tratar dos Recursos Especial e Extraordinário: “Estou convencido de que a técnica de tutela recursal pluri-individual representa a explicitação do reconhecimento da função nomofilática do recurso-piloto, mediante o fracionamento do exame de dois interesses que ele veicula, o interesse público, por um lado, e o interesse individual do recorrente, por outro”. DANTAS, Bruno. Teoria dos Recursos Repetitivos. São Paulo: RT, 2015, p. 121.

¹⁸¹ “[...] Com isso, procura-se, de uma só vez, atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual”. ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, vol. 240, p. 221-242. São Paulo: RT, 2015, p. 222.

situações homogêneas para serem solucionadas de idêntica maneira. Interpretação e aplicação da lei para casos concretos semelhantes serão uniformes¹⁸².

Assomamos que, embora a isonomia pareça, enquanto princípio constitucional, intermitente para todas as decisões brasileiras, há certa naturalidade quanto à aceitação de decisões divergentes sob mesmo aspecto fático e normativo¹⁸³. Sabemos, muitas vezes, que a sorte do caso depende do destino do órgão jurisdicional para o qual o processo é distribuído. Assim, o incidente vem a calhar com a necessidade do tratamento isonômico para os processos judiciais pátrios.

No que tange à previsibilidade, registramos que as pessoas necessitam saber as conseqüências jurídicas de suas ações. É imprescindível que o indivíduo tenha noção das condutas que pode praticar para atingir seus objetivos¹⁸⁴. Assim, a forma como os tribunais pátrios estão decidindo determinada questão jurídica, indubitavelmente, influencia no formato das relações jurídicas estabelecidas.

Nessa trilha, o IRDR orienta as decisões judiciais segundo sua interpretação, expande-se para todos os órgãos judiciais, torna previsível a aplicação do direito objetivo e atinge a sociedade, conduzindo relações jurídicas a patamares desejados de estabilidade¹⁸⁵. E é este um dos atributos que arrimam o instituto. O aperfeiçoamento de um ordenamento jurídico previsível depende do ótimo funcionamento desse tipo de procedimento, que exala pronunciamentos jurisdicionais uniformizantes.

A eficiência processual, ao seu turno, pode ser compreendida dentro do próprio vocábulo do fenômeno, pois resolve “causas repetitivas”. Embora o nome dê ensejo a uma interpretação de que abate processos repetitivos, na verdade resolve controvérsias de direito repetidas.

O referido eixo do incidente resolve um conflito normativo que decerto movimentaria grandes esforços do aparelho judicial. Imaginemos, v.g., centenas de juízes tendo que resolver as controvérsias isomórficas de forma individualizada. Tempo

¹⁸² “O incidente tem potencial para concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação”. TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 39.

¹⁸³ Relembramos mais uma vez o excerto do desembargador Câmara que destaca a discrepância de decisões sobre o mesmo contexto: CÂMARA, Alexandre. Sobre um recente acórdão do STJ em matéria de prescrição intercorrente: pode isso, Arnaldo?, Em: <http://portalprocessual.com/sobre-um-recente-acordao-do-stj-em-materia-de-prescricao-intercorrente-pode-isso-arnaldo/>. Acesso em 15/02/2016.

¹⁸⁴ Escreve Marinoni: “É preciso que o sujeito saiba o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver”. MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Op. Cit., p. 109.

¹⁸⁵ Escreve o processualista italiano Chiarloni: “Le parti di un rapporto possono meglio valutare le future conseguenze delle loro azioni, proprio in base agli indirizzi impartiti da orientamenti consolidati”. CHIARLONI, Sergio. Op. Cit., p. 226.

considerável seria consumido para que chegassem a conclusões nem sempre similares. É como se o Judiciário precisasse amadurecer e refletir para toda causa repetitiva, ainda que ela já tivesse sido apreciada em órgãos jurisdicionais distintos. Ao invés disso, a ferramenta processual procura concentrar a apreciação do conflito abstrato e solucionar de uma vez por todas aquilo que é isomórfico.

A tese pronta é aplicada em todos os órgãos judiciais, otimizando e poupando o aparato (físico e mental) judicial. Observemos que o prazo que serviria para análise da questão repetitiva em um órgão judicial será (melhor) utilizado em outros processos que exijam singularidade no seu tratamento. É, portanto, um ganho duplo de eficiência e economia processual, impactando sensivelmente a duração razoável do processo¹⁸⁶.

Em desfecho, o último pilar restante é o reforço institucional. Conectado com a racionalidade e a coerência do Poder Judiciário, o fundamento é tanto técnico quanto político.

É interessante notarmos que a independência funcional dos magistrados, imprescindível à imparcialidade, é algumas vezes travestida na incompreensão de que o processo se inicia em primeiro grau, passa pelo Tribunal de segundo grau, onde é revisto e deságua nas instâncias especiais, responsáveis pela adequação do ordenamento à realidade por atribuição de sentido normativo. Este pensamento sistemático e orgânico deveria providenciar nos magistrados um sentimento maior de racionalidade e de separação de funcional, onde a função jurisdicional é exercida de modo partilhado de acordo com suas atribuições¹⁸⁷. Com tal consciência, seria descomplicado o respeito dos julgadores a “incidentes uniformizadores”, cuja interpretação legal já é predisposta.

O impedimento de que os casos idênticos sejam tratados de formas distintas produz uma coerência interna para o próprio Judiciário, na medida em que há uma

¹⁸⁶ Precisamente, Chiarloni: “Anche se l’osservazione può apparire venata di un certo pragmatico cinismo, va rivelato che una prassi giurisprudenziale uniforme richiede nei giudici che vi si adeguano una quantità di lavoro intellettuale incomparabilmente minore di quello richiesto a chi si accinge a risolvere ogni singolo caso senza affidarsi, senza, per così dire, volersi rilassare nell’*autoritas rerum similiter iudicatarum*. Minore quantità di lavoro per ogni singolo caso significa migliore efficienza dell’attività giurisdizionale complessiva grazie alla superiore velocità del processo decisorio [...]”. CHIARLONI, Sergio. Op. Cit. P. 228.

¹⁸⁷ De modo semelhante, Marinoni: “Ao ter presente que, na estrutura do Poder Judiciário, Juízes, Tribunais e Cortes Supremas têm funções distintas, sem que qualquer delas interfira na outra, torna-se natural e racional o respeito de um órgão judicial pelas funções do outro. Como é óbvio, não há motivos para os Tribunais de Justiça, por exemplo, sentirem-se sem autoridade ou liberdade para julgar, por terem que observar um precedente do STJ, quando tem consciência de que não lhes cabe atribuir sentido ao Direito, mas apenas resolver os casos conflitivos de acordo com o Direito, inclusive com o Direito pronunciado pelas Cortes Supremas”. MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. Op. Cit., p. 107.

vinculação da tese julgada aos órgãos judiciais hierarquicamente inferiores e aos próprios órgãos prolatadores.

Temos, por isso, que a submissão ao produto incidental agrega uma lógica sistêmica sólida capaz de trazer higidez necessária para o bom funcionamento do Poder Judiciário. O respeito e a fiança do cidadão aos órgãos jurisdicionais aumentam quando a coerência e a racionalidade refletem nas suas decisões. O reforço institucional gerado pelo IRDR é, nesse sentido, mais uma escora que o sustenta.

3 MODELOS DE PROCEDIMENTOS SIMILARES NO DIREITO COMPARADO

Um dos objetivos do nosso trabalho é exatamente fornecer uma perspectiva ampla sobre o contexto dogmático processual que cerca o instituto. Neste sentido, acreditamos que uma análise para além das bordas nacionais é de extrema importância para o enriquecimento e melhoramento do sistema de resolução coletiva de controvérsia de direito.

A propósito disso, em consonância com o que já foi colocado linhas acima, consignamos mais uma vez que nosso instituto é fruto de uma inspiração na legislação alemã. De forma indisfarçada, consta na nossa exposição de motivos que o incidente possui raízes ideológicas no modelo de resolução repetitiva alemão.

Ademais, em uma conjuntura em que, cada vez mais, os sistemas jurídicos procuram nos outros qualidades aptas a serem importadas e melhoradas, lançar nossa visão sobre fenômenos inspiradores e semelhantes ao nosso pode trazer inúmeras consequências teóricas e práticas.

É com esse fito que procuramos fazer uma análise macro de pelo menos três institutos que guardam grande semelhança com o IRDR. Assim, faremos de forma não exaustiva uma análise macro da situação alhures para procurarmos preencher os vazios deixados na legislação. O objetivo é, pois, tornar o incidente mais praticável e mais aprimorado, haja vista a economia do legislador na definição exata da ferramenta processual.

3.1 Musterverfahren (Alemanha)

3.1.1 Origem

Muitos processualistas costumam atribuir ao procedimento-modelo alemão a gênese em uma crise no mercado de capitais no final da década de 90 que desencadeou uma série de demandas judiciais de diversos cidadãos envolvendo uma mesma empresa, culminando com a lei que rege seu procedimento no ano de 2005¹⁸⁸.

Na verdade, estudiosos mais aprofundados no direito tedesco apontam que o embrião é bem mais remoto do que a aprovação desta lei. O marco, segundo dizem, seria o ano de 1991, quando então foi introduzido no ordenamento processual a técnica de resolução coletiva de conflito, onde ações-modelo eram processadas e julgadas em separado, ficando seu julgamento como paradigma de aplicação para demandas similares. A incorporação legal se deu, pois, em primeiro lugar no âmbito da Justiça Administrativa, um diploma da década de 60, que sofreu a alteração no mencionado ano, em seu parágrafo 93a, adquirindo o nome de *Musterverfahren*¹⁸⁹.

Temos que a utilização da técnica no mercado de capitais na primeira década de 2000 não é sua inauguração no contexto normativo alemão. É, contudo, o caso mais afamado em que a legislação específica foi alterada para prever o mecanismo processual. A utilização do julgamento-padrão, prevista na jurisdição administrativa¹⁹⁰,

¹⁸⁸ “Nesta linha de instrumentos esparsos de tutela coletiva, foi introduzido o procedimento-modelo de mercado de capitais *musterverfahren* [Sic]. O procedimento-modelo de mercado de capitais *musterverfahren* [Sic] foi aprovado no ordenamento alemão, em 16.08.2005, pela Lei de introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais”. VIAFORE, Daniele. As ações repetitivas no direito brasileiro. Op. Cit., p. 111-112.

¹⁸⁹ Peter Gottwald dá o tom: “Since then there is an ongoing discussion about the introduction of special rules for collective proceedings in Germany. Whereas the Code on Administrative Proceedings establishes since 1990 that in case of more than 20 claimants with same interest a common attorney can be appointed and the administrative court may operate some adequate procedures as model procedures while suspending the other proceedings (§§ 67^a, 93^a I VwGO as amended on 17.02.1990), such a compulsory community for civil proceedings is still controversial”. GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany. Revista de Processo, vol. 154, p. 81-91. São Paulo: RT, 2007, p. 86. No Brasil: “O primeiro texto legal a inserir a nova técnica foi o Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), de 1960, que na versão de 1991 incorporou novos dispositivos, dentre os quais o parágrafo 93a, com a previsão do *Musterverfahren*”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas. Op. Cit., p. 123.

¹⁹⁰ Ressaltamos que na Europa Continental é comum fazer a distinção entre a Justiça Civil e a Justiça Administrativa. Citamos, p. ex., Fazzalari: “ Ai giudici amministrativi è confidata una giurisdizione di cognizione (non anche di vera e propria esecuzione) in materie che potrebbero, astrattamente parlando, rientrare nella giurisdizione civile, ma che, in concreto, la legge affida a quei giudici, perchè esse

foi uma alternativa achada para dar vazamento às demandas do famigerado caso “Telekom”.

O caso ocorreu quando, entre 1999 e 2000, a empresa Deutsche Telekom passou oferecer suas ações na bolsa de valores de Frankfurt. Neste mesmo período colocou à disposição dos investidores uma série de informativos com dados alterados e equivocados. Pouco tempo após o início no mercado de ações, os dados foram modificados, informando os verdadeiros dados e fazendo com que o valor mobiliário das ações da empresa sofressem uma sensível queda, prejudicando milhares de acionistas que haviam adquirido o título¹⁹¹.

Obviamente, os investidores buscaram, através da via jurisdicional, o ressarcimento dos prejuízos suportados em decorrência da apresentação lacunosa e errada dos prospectos informativos. Neste passo, não é difícil imaginar as milhares de ações com o mesmo propósito surgidas em tal conjuntura. Ocorre que a competência para julgar toda essa quantidade de processos era exclusivamente do Tribunal de Frankfurt, sede da bolsa de valores que autorizou o lançamento dos dados equivocados aos cidadãos.

A restrição da competência exclusiva fez com que estourassem sobre o mesmo foro demandas seriadas que, embora de mesmo conteúdo, seriam processadas de forma individualizada. A seção comercial do Tribunal, responsável pelo julgamento, foi então paralisada em virtude desta enxurrada processual, tornando inviáveis os trabalhos para os novos e antigos processos¹⁹². O quadro reclamava uma solução jurisdicional ou legislativa rápida e eficaz para escorrer toda essa massa isomórfica.

Para termos uma ideia do que estamos falando, entre os anos de 2001 e 2003 foram propostas mais de treze mil ações judiciais sobre a mesma circunstância, levando a referida câmara comercial ao colapso. À época, o então presidente da seção chegou a afirmar que levaria quinze anos até que todo o acervo de processos do caso Telekom

coinvolgono posizioni della pubblica amministrazione”. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Op. Cit., p. 217.

¹⁹¹ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas*. Op. Cit., p. 329.

¹⁹² Discorre sobre a matéria um dos mais afamados processualistas mundiais, Remo Caponi: “Gli azionisti delusi agiscono contro la Telekom, facendo valere so-prattutto che le indicazioni contenute nel prospetto informativo erano erronee e lacunose. Dinanzi al Tribunale di Francoforte, competente in via esclusiva in forza della sede della Borsa che ha auto-rizzato il prospetto, tra l’agosto del 2001 e la primavera del 2003 vengono proposte più di tredicimila azioni. Ciò ha condotto ad una paralisi totale della sezione commerciale del Tribunale [...]”. CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 61, n. 4. Milano: Giuffrè, 2007, p. 27.

fosse zerado, caso fossem usados os meios ordinários para resolver os processos¹⁹³. Até mesmo um recurso para a Suprema Corte Alemã foi encaminhado, no sentido de tentar garantir a duração razoável do processo.

Foi assim que o julgamento-padrão foi introduzido na lei que regulamenta o mercado de ações em 2005 (KapMuG), tornando-se conhecido por dar engenhosa solução às milhares de demandas do caso Telekom. Com início no final deste mesmo ano, o procedimento havia vigência temporária até o ano de 2010. Findo o período, acabou por ser prorrogado até 2012, quando então foi confeccionada uma nova versão, alterada em 2013. O texto legal foi mantido no ordenamento até o ano de 2020, permanecendo assim seu caráter temporário¹⁹⁴.

O processamento era inovador e não seguia os padrões normais das ações coletivas, pois pretendia apenas a resolução de questões comuns a muitos processos, não uma reparação de prejuízos por uma ação coletiva¹⁹⁵. Nesse sentido, o intuito era isolar questões comuns e resolvê-las, sem que para isso fosse necessário instaurar um processo coletivo.

Demais disto, imprescindível o registro de que no ano de 2008 o parlamento alemão aprovou a utilização de um procedimento-modelo para o Poder Judiciário em conflitos que envolvam a previdência e a assistência social, fazendo o uso do mesmo item 93a da Justiça Administrativa. Embora muito similar ao *Musterverfahren*, diverge quanto alguns poucos aspectos procedimentais, até por se tratar de um litígio de competência da jurisdição administrativa¹⁹⁶.

Além das razões factuais já citadas, é preciso assomar que existe outro motivo para o incremento da tutela plurindividual no contexto alemão. As ações coletivas alemãs não tem tido tanto impacto processual como desejado. E isto decorre por uma série de razões.

A primeira delas se dá pela ausência de uma sistematização ampla da técnica coletiva. No Brasil, ainda que de forma pulverizada, é possível afirmarmos que existe, no mínimo, uma tentativa de sistematização das ações coletivas. Por lá, o legislador

¹⁹³ “[...]secondo le dichiarazioni del suo presidente, alla stregua del corso ordinario delle cose, ccorrerebbero quindici anni per smaltire il contenzioso generato dal caso Telekom, pur tenendo conto he il codice di procedura civile tedesco consente che si possano utilizza-re consulenze tecniche svolte in cause parallele”. CAPONI, Remo. *Idem*. *Ibidem*.

¹⁹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas*. Op. Cit., p. 123.

¹⁹⁵ “[...]the legislator has not introduced a collective action for damages but only an obligatory model procedure to ascertain common controversial questions of law or questions of fact”. GOTTWALD, Peter. *About the extension of collective legal protection in Germany*. Op. Cit., p. 87.

¹⁹⁶ *Idem*, *Ibidem*.

optou por alterações particulares, sem que houvesse uma lei prevendo e organizando o modo de proceder para a tutela coletiva em geral¹⁹⁷.

Outro fator a ser apontado é a desconfiança dos juristas em relação ao uso de ficções processuais para que as ações coletivas sejam desenvolvidas. Mais especificamente, existe a ideia de que a importação e o uso reiterado de um sistema similar ao de *class actions* americana (que, de certa forma, inspirou nosso modelo) poderiam servir para desvirtuar o padrão normativo alemão, sem encaixe com o ordenamento processual tedesco. Além disso, segundo os autores alemães haveria a possibilidade de tutelar estes direitos especiais por outros caminhos¹⁹⁸. Embora isso seja um fato, a verdade é que há também intenso interesse no estudo da matéria pelos alemães, ainda que seja para desenvolvê-la de modo mais harmônico com seu sistema jurídico¹⁹⁹.

Um dos principais alvos da crítica dos germânicos é a legitimação extraordinária, pois a veem como uma construção que se presta a retardar e complicar ainda mais o acesso às demandas coletivas por parte da população. Outrossim, anotamos que há uma preocupação com a própria efetividade da tutela coletiva, pois na

¹⁹⁷ Vejamos, p. ex., a colocação do jurista alemão Harald Koch: “In Germany, the *Verbandsklage* is granted a unique and exceptional position in the doctrine of procedure, as it does not purport to enforce solely individual, subjective rights, which would be the usual designation of a civil procedure's function. This exceptional status is reflected in the lack of a general concept or rule of association action in civil procedure. Rather, an association's right of action is only provided in some special substantive law contexts, such as certain statutes concerning business self-regulation, consumer protection, labor law, industrial property, and environmental protection”. KOCH, Harald. Non-class group litigation under EU and German Law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, p. 365-368, 2001, p. 356. É também como noticia o professor Cabral: “O ordenamento processual alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis preventivas de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais”. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, vol. 147, p. 123-146, 2007, p. 126.

¹⁹⁸ Gerhard Walter escreve de forma firme: “In dealing with the topic of our panel this morning-civil law approaches to widespread injuries-one may ask the question, "Why do we not use the device of class actions?" The answer is just that we do not have class actions in our legal system and that we think we can solve the problems without adopting class action systems. Even those who have considered adoption of class actions here have found that the device would only be useful in very limited circumstances”. WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 11, p. 369-380, 2001, p. 369. O alemão Gottwald também é preciso e direto: “Especially the German industry and also a lot of scientists were afraid, that a class action of American style would affect the German culture of law”. GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany. *Op. cit.*

¹⁹⁹ É como coloca o professor Aluisio Mendes: “O tema da tutela coletiva vem despertando grande interesse nos juristas alemães, tanto no âmbito interno como no externo, valendo notar, em especial, a quantidade e a qualidade de trabalhos voltados para o estudo do assunto no direito comparado, com enfoque no modelo americano das *class actions*, e o debate relacionado com a incorporação, na legislação local, das diretrizes da União Europeia atinentes à tutela inibitória coletiva”. ¹⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas*. *Op. Cit.*, p. 115.

Alemanha não é possível requerer condenação por danos individuais, mas apenas um provimento inibitório ou declaratório²⁰⁰, que retira ainda mais a força do referido processo coletivo²⁰¹. Percebemos que, nesse aspecto, possuímos maior amadurecimento com tais questões e, mesmo assim, ainda temos muito a evoluir neste contexto de tutela coletiva. No caso tedesco, a preferência foi por desenvolver um sistema de resolução padrão diverso daquele erigido por um sistema de ações coletivas.

Por último, devemos esclarecer que a Alemanha é um dos países mais desenvolvidos do planeta e, não por outro motivo, possui instituições administrativas fortes no sentido de controlar as atividades privadas e estatais. Essa cultura, para alguns, decorrente da origem germânica²⁰², fez com que arrefecesse a necessidade de um incremento substancial da tutela coletiva, pois os órgãos fiscalizatórios locais já cumprem com a sua precípua função. Assim, muitas querelas são iniciadas e finalizadas na própria seara administrativa.

Tal conjuntura foi, portanto, responsável para o florescimento desse modelo de tutela plurindividual, inovador para a técnica processual clássica. Adiante trataremos, em caráter geral, do procedimento, a fim de que o instituto nos sirva de fonte interpretativa das lacunas legislativas do nosso IRDR.

3.1.2 *Procedimento*

²⁰⁰ Novamente Walter: “However, consumer associations can only seek injunctions to enjoin a business from misleading advertising or from using unfair terms in their standard forms or seek declaratory relief. They cannot sue for damages. Damages are limited to suits by the individual victims, whereby the declaratory relief from the group action helps enormously. Although the mere numbers of Verbandsklagen brought by consumer associations are relatively small, they have become an effective means to ensure fair dealing conditions for consumers. Most of the infringements are now settled out of court”. WALTER, Gerhard., Op. Cit., p. 375.

²⁰¹ Nas palavras de Antonio Cabral: “Com efeito, muitos destacam, p. ex., que a desconfiança com a legitimidade extraordinária na Alemanha impede ou retarda o desenvolvimento das ações coletivas [...].Não obstante, existe constante atenção doutrinária para a tutela coletiva, ainda carente de instrumentos efetivos em certos pontos. Por exemplo, não se permite ao autor coletivo postular a condenação por danos individuais, mas apenas uma tutela declaratória ou inibitória, o que foi uma razão, não só na Alemanha mas também em outros países, como Áustria, Suíça, Noruega e Suécia para que começasse a ser suscitado o debate sobre as ações de grupo [...]”.CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Op. Cit., p. 127.

²⁰² “Por outro lado, alguns autores destacam que, nos países de origem germânica, como a Alemanha, Áustria e Suíça, a necessidade de instrumentos de tutela coletiva não é tão sensível porque muitas das questões são resolvidas administrativamente por órgãos fiscalizatórios governamentais [...]”. Idem, p. 126.

Inicialmente é importante reportar que a previsão do procedimento modelo alemão, conforme dito linhas acima, não é encontrada no Código Processual de lá (ZPO), mas apenas na KapMuG. Assim, todas as referências serão a esta lei específica para o mercado de capitais, embora possamos reconhecer a aplicação subsidiária do ZPO. Importa-nos traçar linhas gerais sobre o procedimento para depois destacar itens pontuais que são relevantes para a comparação com o instrumento brasileiro.

Entrando no mérito do tópico, o professor Aluisio Mendes destaca que o procedimento do *Musterverfahren* pode ser dividido em três fases (correspondentes às três secções da lei), que seriam admissibilidade, processamento e julgamento e, por fim, aplicação da tese²⁰³.

Na etapa inaugural do procedimento-modelo temos peculiaridades que, por si só, se distanciam do nosso incidente repetitivo. Assim, colocamos em realce o fato de que o requerimento para instauração do incidente tedesco é formulado ainda no primeiro grau, por autores ou réus de processos, sendo indispensável que o requerente delimite todas as circunstâncias jurídicas e fáticas que envolvem a controvérsia repetitiva, apontando seu objetivo, além das provas que deseja produzir. Outrossim, em respeito ao princípio do contraditório, que deve se manter ininterrupto para garantir o devido processo legal, é fundamental conceder à parte contrária direito de manifestação sobre a solicitação procedimental²⁰⁴. Neste instante, aclaramos também que é impossível a instauração oficiosa (pelo magistrado) do procedimento, diferentemente do que acontece no procedimento padrão da Justiça Administrativa e em causas da previdência e assistência social.

²⁰³ “Em linhas gerais o incidente pode ser resumido em três fases, que correspondem às três secções da lei. A primeira, perante o órgão de primeiro grau, no qual é formulado e apreciado um requerimento de admissibilidade, havendo a determinação da publicidade, em caso de deferimento. A segunda consiste no processamento e julgamento do caso-piloto pelo tribunal de segundo grau. Por fim, na terceira fase, os processos individuais serão julgados em conformidade com o entendimento firmado no caso-modelo”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 125.

²⁰⁴ Consoante disposto na legislação, section 1, part 2 (Capital Markets Model Case Act): By application for the establishment of a model case, in a proceeding at first instance, the establishment of the existence or non-existence of conditions justifying or ruling out entitlement or the clarification of legal questions may be sought (establishment objective). Application for the establishment of a model case may be made by the plaintiff and the defendant. Application for the establishment of a model case shall be made with the court trying the matter and shall include indication of the establishment objective and the public capital markets information. Such application must contain information on all factual and legal circumstances which serve to justify the model case. The applicant shall substantiate that the decision on the establishment objective in a model case (model case ruling) may have significance for other similar cases beyond the individual dispute concerned. The respondent shall be granted opportunity to comment on the matter”. Capital Markets Model Case Act of 19 October 2012 (Federal Law Gazette I, p. 2182), last amended by Article 3 of the Act of 4 July 2013 (Federal Law Gazette I p. 1981). Sítio eletrônico: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/englisch_kapmug.html#p0009. Acesso em 20/08/2016.

Providenciado o requerimento de abertura do julgamento-padrão e dado à parte contrária o devido direito de pronunciamento, o juiz de piso possuirá o prazo de seis meses para apreciar o reclame, recebendo-o ou não. O prazo exige seu cumprimento, haja vista que o atraso na avaliação do magistrado deve ser precedido de uma justificação adequada²⁰⁵.

Convém assinalarmos que, em nenhuma hipótese, a solicitação para instauração do incidente alemão será aceita caso o processo esteja apto para o julgamento, cause postergações indevidas na solução da lide, necessite de prova incompatível com o procedimento, ou mesmo invoque razões dissociadas dos objetivos do procedimento-modelo²⁰⁶. Pontuamos que contra as decisões de denegação do requerimento não é desafiado qualquer recurso, ainda que teoricamente ilegal o indeferimento.

Caso seja admitido o *Musterverfahren*, contudo, o procedimento seguirá no sentido de se tornar público, através dos órgãos estatais, que darão ampla publicidade ao pedido. A intenção desse modo de proceder é exatamente divulgar a proposta de incidente para que o maior número de partes com idêntica questão fático-jurídica tome ciência, promovendo os atos necessários para tocar o processo-modelo. Disponibiliza-se um cadastro público e gratuito onde será registrado partes, extrato resumido do pedido, objetivo do incidente etc²⁰⁷. As solicitações posteriores para instauração do procedimento sobre as mesmas circunstâncias jurídicas serão anexadas junto às

²⁰⁵ Na norma do mercado de capitais, KapMuG, part 1, section 3: “The court trying the matter shall publicly announce admissible applications for the establishment of a model case within six months of receipt of the application. Any delay in the making of this public announcement is to be justified in an order which there shall be no possibility to appeal”.

²⁰⁶ Nos parâmetros da KapMuG, part 1, section 3: “The court trying the matter shall deny the application for the establishment of a model case as inadmissible, with no possibility to appeal such order, if: A decision on the dispute upon which the application for the establishment of a model case is based is not dependent on the claimed establishment objective; The evidence described is unsuitable as proof of the claimed establishment objective; The significance of the case for other legal disputes is not demonstrated, or; Application for the establishment of a model case is made for the purpose of delaying proceeding”. No Brasil, descreve Aluisio Mendes: “Nos termos do inciso 1 do 3º parágrafo, o requerimento de declaração-padrão deve ser rejeitado, em decisão irrecorrível, quando a decisão do conflito não depender da declaração pretendida; o meio de prova for inapropriado; não se demonstrar que a decisão padrão terá significado para solução de outros conflitos; ou o pedido de declaração-padrão servir de manobras protelatórias”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 126. Conferir também: “Não é admitido requerimento para instauração de Procedimento-Modelo quando a causa estiver pronta para julgamento, quando puder prolongar ou postergar indevidamente o processo, quando o meio de prova requerido for inadequado, quando as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento, ou ainda quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva (KapMuG §1 (3)). Em verificando tais hipóteses, deve o juízo rejeitar o requerimento. Interessante notar que a admissibilidade do Procedimento-Modelo é analisada e decidida pelo juízo de origem”. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Op. Cit., p 128.

²⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Idem, Ibidem.

anteriores, facilitando e otimizando o acesso público às informações gerais do procedimento-padrão.

A admissão do requerimento feito no curso de determinado processo, contudo, não torna instaurado automaticamente o procedimento-modelo. A aceitação da solicitação é decorrente de uma admissibilidade mínima inicial. Para ser efetivamente instaurado o procedimento-padrão, no entanto, é necessário mais que isso.

Sendo assim, a KapMuG exige que, dentro do prazo de seis meses, contados da publicação da primeira requisição, outros nove requerimentos para instauração do instituto sejam feitos nos respectivos órgãos competentes²⁰⁸. É daí que exsurge a preocupação da ampla publicidade do requerimento no modelo alemão, pois é imprescindível para encorajar outros pedidos similares em processos diferentes. Durante o prazo de seis meses os processos em que houve as solicitações permanecem suspensos. Vale dizer que nem todos os processos afetados são suspensos, mas somente aqueles que estão aguardando os outros rogos.

Feitos os requerimentos e fixados pelo juízo de primeiro grau o objeto da demanda, provoca-se um Tribunal hierarquicamente superior para solucionar a controvérsia.

Neste momento, é importante assinalarmos que ocorreu uma modificação drástica no prazo de espera para que os outros nove pedidos sejam juntados. Antes, o prazo era de apenas quatro meses²⁰⁹. Com a alteração, a espera passa para seis meses. Se não existirem pedidos semelhantes dentro do novel prazo, a ferramenta é rejeitada e o processo individual segue seu curso normalmente²¹⁰.

Admitido o procedimento-modelo, que, repisamos, é realizado pela instância inicial, adentramos na fase do processamento do instrumento pelo Tribunal competente. A decisão de admissão é publicada no chamado *Klageregister*, quando, a partir de

²⁰⁸ KapMuG, Section 6 (1): “The court trying the matter shall order the referral of the decision on the establishment objective of related applications for the establishment of a model case to the Higher Regional Court which is the higher court of instance if at least nine other related applications for the establishment of a model case have been announced within six months after the first announcement of an application for the establishment of a model case. The order referring the matter to a higher court of instance shall be without appeal and binding for the Higher Regional Court”.

²⁰⁹ “Determina ainda, como requisito para o início do procedimento coletivo, que, no período de 4 meses após a publicação no registro, tenham sido requeridos, neste ou em outros juízos, pelo menos outros 9 procedimentos-padrão paralelos, vale dizer, deve haver, no prazo fixado, 10 requerimentos do incidente-padrão que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes)”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, *Ibidem*.

²¹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 127.

então, todas as demais causas que dependam do julgamento-padrão são suspensas até o posterior provimento do tribunal responsável.

A fase inicial do processamento é talvez uma das mais delicadas e importantes, pois é o momento no qual ocorre a escolha da causa que vai representar a controvérsia. Esta causa deve ser escolhida por ser a que reúne a maior qualidade subjetiva e objetiva, ou seja, nos argumentos capazes de infirmar a tese jurídica da decisão-modelo, e numa maior pluralidade de partes envolvidas. A escolha recai sobre o tribunal, que a tomará por decisão irrecorrível. Determina então quem será o autor o “líder” da causa padrão, ficando este responsável pela interlocução (como se porta-voz fosse) entre órgão jurisdicional e as partes no processo individual.

Quanto ao objeto da demanda modelo, salientamos que este é, via de regra, inalterável, mas pode excepcionalmente ser ampliado. Nessas situações, é imprescindível a demonstração de que o veredicto depende da ampliação objetiva, os pedidos adicionais estão imbricados nas mesmas questões fáticas aduzidas no primeiro grau ou as questões excedentes possuem valor para uma solução massificada²¹¹.

Ademais, não podemos nos olvidar de que após a definição de autor-principal e réu-principal do procedimento, a desistência afeta no processamento da causa. Ao contrário do que dispõe nosso IRDR, que permanece inalterado, com a peculiaridade de o Ministério Público assumir um polo, o tedesco prefere a eleição pelo tribunal de um novo autor condutor.

Estando a causa madura para julgamento, o tribunal de segunda instância proferirá decisão padrão, sem incluir nela o nome dos intervenientes, sobre as questões controvertidas fixadas ainda no primeiro grau, ou ampliadas no tribunal. As partes deverão ser intimadas do provimento jurisdicional por publicação oficial.

Assunto de grande relevância, pois lacunoso na legislação pátria, é a possibilidade de acordo entre as partes no bojo do processo-incidente. A regulação da temática é inovadora e engenhosa, pois permite a transação entre as partes, possibilitando a quem discordar, a exclusão dos termos acordados. É o que dispõe a secção 17 da KapMuG. É facultado às partes enviar ao tribunal proposta de acordo para homologação ou mesmo aceitar uma sugestão do tribunal findando o procedimento modelo. Ocorrendo tal hipótese, as partes interessadas devem tomar conhecimento do

²¹¹ CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 345.

fato²¹² para que, se quiserem, exerçam seu direito de auto-exclusão (espécie de opt-out das ações coletivas) no prazo de até um mês da cientificação²¹³.

O acordo, entretanto, somente será aprovado pelo tribunal se não houver mais de trinta por cento (30%) de exclusão dentre partes e interessados no procedimento²¹⁴. Se o número não for atingido, o acordo é homologado, excluindo-se dos termos as partes que assim solicitaram. Uma vez alcançada a referida margem, contudo, a transação será inviabilizada. A não manifestação da parte é considerada como aprovação tácita.

Em face da inexistência de acordo e ocorrendo o julgamento do instrumento processual repetitivo alemão, o recurso disponível para impugnar a decisão é o *Rechtbeschwerde*, que, segundo o professor Aluisio Mendes, é equiparável ao nosso recurso ordinário, e não a um eventual recurso especial ou extraordinário, como poderíamos erroneamente imaginar²¹⁵.

A diferença para o padrão brasileiro é enorme. Como veremos mais adiante, aqui o recurso desafiado no IRDR é um recurso de ordem especial (*lato sensu*) que limita a cognição da Corte que julgará a impugnação. Alhures, a intenção parece ser de conferir maior possibilidade de conhecimento de todas as questões envolvidas na causa, ampliando o espectro cognitivo do órgão responsável pelo segundo julgamento. Desta forma, a outra instância responsável pelo julgamento, ao invés de incumbências restritas, fará amplo conhecimento dos aspectos que envolvem a causa.

3.1.2.1 As questões de fato

²¹² Section 19 (1): The approved settlement shall be served on the interested parties summoned.

²¹³ Section 19 (2): The interested parties summoned may declare their withdrawal from the settlement within a period of one month after the serving of the settlement. Such withdrawal must be announced in writing to the court; it may be put on record at the court registry

²¹⁴ Section 17 (1): The model case plaintiff and the model case defendant may conclude a litigation settlement agreement by submitting to the court a written settlement proposal ending the model case proceedings and the main case proceedings or by accepting a written settlement proposal from the court through a written pleading to the court. The interested parties summoned shall be granted the opportunity to comment on the matter. The settlement shall require the approval of the court under Section 18. The approved settlement shall take effect if fewer than 30 per cent of the interested parties summoned declare their withdrawal from the settlement under Section 19 (2).

²¹⁵ “O recurso cabível contra decisão-padrão (*Musterentscheid*) é a *Rechtbeschwerde*, que, neste caso, possui uma função equiparável ao nosso recurso ordinário. Isso porque a *Rechtbeschwerde*, nos termos do §574 do Código de Processo Civil alemão (ZPO), é cabível não apenas com a função de uniformização do direito, mas também quando os Tribunais de segundo grau decide valendo-se de sua competência originária, ou seja, como órgão de primeira instância”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 128.

O legislador tedesco, quando da confecção do procedimento-padrão, fez uma escolha que privilegia tanto aspectos jurídicos como fáticos²¹⁶ dos processos individuais. O procedimento levará em conta também aspectos fáticos das demandas singulares.

Isso significa dizer que a cognição no julgamento do caso-modelo levará em conta não só as questões controvertidas sobre a legislação aplicável, mas também tomará conhecimento sobre pontos fatuais discutidos nos processos individuais. É por isto que há uma preocupação quanto aos pedidos de provas a serem produzidas²¹⁷. Conforme já salientamos, aqueles processos nos quais a produção de prova seja incompatível com o procedimento da KapMuG serão rejeitados ainda na admissibilidade do requerimento.

Além disso, no julgamento deste inovador instituto processual podemos ter um julgamento com resolução parcial dos fundamentos da pretensão dos processos individuais, pois as questões fatuais e jurídicas podem ser solucionadas no julgamento padrão. Nesta situação, há uma perspicua cisão da atividade cognitiva, uma coletiva, onde os fatos comuns serão levados em consideração, e outra individual, onde será aplicada a tese triunfante com adição das peculiaridades do caso concreto²¹⁸.

Mais uma vez cabe a ressalva, não estamos tratando do julgamento de um caso de pretensões individuais que pode ser replicado em outras demandas seriadas. Em tais situações poderíamos incorrer em falhas na aplicação do que foi disposto para o processo-piloto porque as situações fáticas singulares poderiam ser ignoradas²¹⁹. Ao contrário, no instrumento germânico apreciam-se situações de fato e de direito comuns, destacadas de processos individuais que dependam do julgamento deste incidente. A

²¹⁶ Section 2 (2): Such application must contain information on all factual and legal circumstances which serve to justify the model case. The applicant shall substantiate that the decision on the establishment objective in a model case (model case ruling) may have significance for other similar cases beyond the individual dispute concerned.

²¹⁷ “O requerente da declaração padrão (*Musterfestellung*) deverá indicar o objetivo da declaração e as informações públicas pertinentes ao mercado de capitais, bem como as situações fáticas e os meios de prova que pretende produzir”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 125. Também em GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany. *Op. Cit.*, p. 87.

²¹⁸ É como anota o processualista Antonio Cabral: “Ressalte-se que o objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 127.

²¹⁹ CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 891-914, anno LX, sett., 2006, p. 899.

análise dos fatos permite uma aproximação da realidade, sem o artificialismo de um exame meramente legal.

3.1.2.2 Participação dos interessados

Merece nosso realce a participação das partes no procedimento. Seguindo o que foi posto linhas acima, sabidamente o tribunal é responsável pela escolha de um líder da parte autora. Esta ficará encarregada de fazer a mediação dos indivíduos que tiveram seus processos sobrestados e o tribunal, bem como será incumbida de toda a estratégia processual²²⁰.

Embora haja a eleição de um condutor do procedimento, tal fato não garante a ampla participação das partes não escolhidas. Nesse sentido, a intermitente preocupação com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório fizeram com que os parlamentares tedescos disponibilizassem um canal de participação direta entre os interessados e o órgão competente pelo julgamento, muito embora processualistas locais façam uma crítica ao modelo de intimações e notificações²²¹.

A participação daqueles “excluídos” se dá, portanto, na forma de interveniente, que é considerada também como uma terceira parte processual²²², pelo menos segundo a disposição legal da KapMuG²²³. Trata-se de uma ideia virtuosa que permite que argumentos esquecidos pelo condutor sejam lembrados no julgamento do processo padrão.

²²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Idem, p. 129

²²¹ Fala sobre o assunto Peter Gottwald, que aborda como favorável a inserção do interessado sobrestado como terceiro, apontando, contudo falhas no operacionalização: “The position of the interested third parties of the suspended proceedings is developed wilfully. They are formally involved in the proceeding to be able to keep their individual interests. But the pleadings of the model claimants are delivered to them only on application (§ 10 S.4 KapMuG) and pleadings of other third parties are not notified at all (§ 10 S.3 KapMuG). That is hardly compatible with the right to a fair hearing”. GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany. Op. Cit., p. 86.

²²² “Vale destacar que a KapMuG considera os litigants individuais dos processos suspensos verdadeiras partes (partes-interessadas) do procedimento-modelo, independente de terem ingressado no incidente coletivo na qualidade de partes-intervenientes”. CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 342.

²²³ Section 9 (1): The parties to the model case proceedings shall be: 1. The model case plaintiff; 2. The model case defendant; 3. Interested parties summoned;

Sendo assim, o procedimento estabelece que os intervenientes integrarão o processo-modelo e o receberão no estado em que se encontra, podendo praticar todos os atos processuais de postulação e defesa, salvo se incompatível com a parte principal²²⁴.

Inovação relevante trazida ao *Musterverfahren* foi a disciplina de solicitações feitas por indivíduos que ainda não haviam proposto sua demanda quando da instauração do instituto processual, a fim de evitar a prescrição de seu direito, ou até mesmo beneficiar-se do provimento-paradigma.

Ocorrendo tal prognóstico, o remédio ministrado pelo legislador foi a abertura da possibilidade do requerimento de pretensão feito diretamente ao tribunal regional, competente para o julgamento do caso modelo. Assim, aqueles que nem mesmo agiram em juízo pleiteando direito em discussão no incidente podem pedir a aplicação de suas regras, mesmo que não tenham demandado em juízo ainda²²⁵. O prazo para a solicitação é de seis meses a partir da publicação da instauração do procedimento, enquanto que o prazo para agir em juízo buscando sua pretensão é de três meses após o trânsito em julgado do processo especial.

Por último, mas não menos importante, é facultado não só às partes principais, como também aos intervenientes a chance de impugnação do julgamento-protótipo. Quando assim acontecer, por inércia da parte-líder, as partes recorrentes terão uma nova parte principal que será a que primeiro interpôs o recurso cabível acima aludido. Se o líder que interpôs a pretensão, assim continuará nesta qualidade.

Por tudo que foi anotado, percebemos uma forte abertura democrática do procedimento, em que são oportunizadas a vez a voz das partes que têm seus processos sobrestados. Sem dúvidas, uma inspiração que poderia nos ter servido melhor quanto a este aspecto.

3.1.2.3 Eficácia Vinculante

A Lei que regulamenta o procedimento-padrão para o mercado de capitais estabelece que o julgamento-tipo será aplicado em todos os demais processos

²²⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Idem, p. 128.

²²⁵ “Uma das principais mudanças trazidas pela reforma KapMuG diz respeito à possibilidade de os interessados apresentarem requerimentos de registro de uma pretensão diretamente ao tribunal de segunda instância (OLG), solicitando a aplicação das regras do *Musterverfahren*, antes mesmo de, eventualmente, ingressarem em juízo com suas demandas individuais”. CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 344.

individuais suspensos, aproveitando-se tudo aquilo que foi objeto da cognição pelo tribunal regional competente.

Assim, a decisão paradigma, que envolverá questões de ordem fática e pontos relevantes de direito será de aplicação obrigatória aos órgãos judiciais que possuam as causas pendentes suspensas em razão do julgamento do respectivo incidente. Não beneficiará, porém, casos futuros²²⁶.

Precisamos mencionar que a própria KapMuG dispõe que a vinculação se deve em virtude da extensão da “coisa julgada”, ainda que favorável ou não (*pro et contra*) às partes²²⁷. Talvez, de fato, seja questionável o uso da expressão *res iudicata*, pois o evento processual envolve elementos fáticos, incluindo na sua vinculação a fundamentação da decisão²²⁸.

Mas devemos rejeitar qualquer aproximação com os institutos da eficácia da intervenção ou eficácia vinculante. Na eficácia da intervenção existe mecanismo de proteção de terceiro contra interesses divergentes aos da parte, servindo este apenas para prejudicar o terceiro, não para beneficiá-lo, enquanto que na eficácia vinculante os elementos que embasam a decisão (fundamentação determinante) deveriam ser obrigatoriamente em todos os processos futuros, o que não ocorre. Ora, se a eficácia da intervenção não “beneficia” terceiro (evita prejuízo), bem como a eficácia vinculante não possui a restrição de aplicação apenas aos processos suspensos (e àqueles que requereram pretensão junto ao tribunal), mas a todas as demandas futuras. Neste

²²⁶ “os autores futuros não são atingidos pela decisão coletiva, porque o § 16 (1), ao afirmar que o julgado atinge os processos que dependam das questões resolvidas no incidente coletivo, exige litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 130.

²²⁷ “Tuttavia l’assonanza testuale con la disciplina dell’*Interventionswirkung* non deve oscurare le notevoli differenze: nel § 68 ZPO il vincolo dell’interventore (o del denunciato) vale solo nel rapporto con la parte adiuvata, mentre nel KapMuG vale soprattutto nei confronti della controparte. Inoltre il KapMuG qualifica espressamente questa efficacia come cosa giudicata ed introduce così un giudicato sul punto di fatto o anche sul punto di diritto, in attesa di adeguata sistemazione teorica, anche al fine di vagliare la circolabilità transnazionale della decisione modello, che indubbiamente era uno degli obiettivi che il legislatore si è ripromesso di conseguire con questa qualificazione”. CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, vol. 61, n. 4. Milano: Giuffrè, 2007, p. 29. No mesmo sentido: “A Lei do do Procedimento-Modelo para os litígios no mercado de capitais (KapMuG) é expressa, no seu § 22, no sentido de que a decisão modelo (*Musterentscheid*) vincula os órgãos judiciais, em relação aos quais o julgamento depende da solução da pertinente declaração ou interpretação da questão jurídica. O estatuto estabelece, ainda, a extensão subjetiva aos efeitos da coisa julgada, *pro et contra*, em relação a todos os sujeitos processuais do procedimento-modelo, ou seja, autor, réu e intervenientes. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Idem*, p. 130-131.

²²⁸ “Diante da imprecisão da lei, a doutrina alemã vem debatendo se, em verdade, a lei trouxe previsão do efeito vinculante (*Bindungswirkung*), da coisa julgada (*Rechtskraft*), da chamada eficácia da intervenção (*Interventionswirkung*) 63 ou outros institutos assemelhados. 64 A discussão, em muito negligenciada no Brasil, 65 é enormemente relevante porque, p. ex., o efeito vinculante abrange a fundamentação da decisão, enquanto a coisa julgada circunscreve apenas o dispositivo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, *Ibidem*.

diapasão, parece melhor assumirmos que a coisa julgada é mais apropriada para o instituto, embora reconheçamos que seu conceito atual é insuficiente para o atual desenvolvimento da ciência processual²²⁹.

No ordenamento pátrio, diferentemente, além do que foi escrito acima, não há identificação do objeto do processo individual com o objeto do nosso incidente repetitivo, vez que são extraídas questões controvertidas e massificadas de direito material ou processual. Por tal motivo, não havendo julgamento do objeto de processos individuais, mas apenas a fixação de tese jurídica que pode ser replicada nas lides individuais, é impossível falarmos de coisa julgada para o IRDR.

A extensão da vinculação para as demais partes no caso-padrão tedesco, todavia, pode ser mitigada com a alegação de que o líder escolhido causou prejuízo (por dolo ou falta grave) às demais partes em razão de deficiência na representação dos demais intervenientes. Sucedendo deste modo, o incidente é devolvido independente de qualquer resultado alcançado²³⁰.

3.1.2.4 Custas Processuais

É claro que toda movimentação do aparelho jurídico, tanto do Estado, como das partes, gera um custo econômico relativamente mensurável. Um procedimento incidental que se protraí ao longo de meses impacta diretamente no valor do processo, seja porque envolve uma atuação mais acurada e diligente das partes, bem como dos magistrados afetados pelo *Musterverfahren*, seja porque na sociedade atual o fator tempo envolve um valor monetário apreciável.

²²⁹ “Mas talvez não seja de todo correto afirmar que o legislador não disciplinou a *res iudicata*, sendo mais plausível acreditar ter reputado insuficiente a disciplina clássica da coisa julgada, desejando ampliar seus limites. [...] Por conseguinte, tanto em relação às partes no incidente, como em relação aos intervenientes, a doutrina tem se inclinado pela aplicação do instituto da coisa julgada, seja coisa julgada formal ou a técnica da extensão da coisa julgada, afastando interpretações pela adoção do efeito vinculante ou qualquer outro instituto”. CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 131.

²³⁰ CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 891-914, anno LX, sett., 2006, p. 909. Escreve semelhante: “A legislação alemã prevê que a decisão do *Musterverfahren* vincula os juízes de primeiro grau competente para decidir o mérito das várias causas envolvidas. O efeito vinculante não atinge, contudo, o interveniente que tenha logrado êxito na alegação de deficiência pelo líder escolhido, pois nestas hipóteses, o processo se devolve independentemente do resultado da demanda coletiva”. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 474.

Sendo assim, o processo-paradigma foi sensível ao analisar que a demanda plurindividual altera o formato padrão das custas processuais ordinárias individuais, engendrando despesas extras não prenunciadas.

Nessa situação, a fim de restabelecer o equilíbrio entre os custos gerados e o provimento final do protótipo de decisão, foi previsto um sistema de distribuição equitativo de custas procedimentais. Posto dessa forma, a lei germânica previu que os custos serão distribuídos entre partes e interessados do processo-tipo, onde o dispêndio será cobrado no processo individual, ainda na primeira instância, de forma proporcional ao montante pleiteado²³¹.

Ademais, vaticina também o comando legal que haverá expensas se ocorrer a impugnação da decisão-referência, fixadas de acordo com o êxito ou não do recurso interposto. Se mal sucedido o recurso, os custos serão distribuídos conforme o grau de envolvimento das partes recorrentes e pelas partes convocadas que aderiram. Se próspero, o desembolso será provido pelos sucumbentes recursais, de acordo com sua participação no primeiro julgamento-paradigma²³².

Anotamos, em desfecho, a precisão da lei alemã para disciplinar o caso de tutela plurindividual, não deixando escapar nem mesmo os custos procedimentais do incidente coletivo. Sem dúvidas, o intercâmbio de experiências pode nos render o aprimoramento das técnicas processuais pátrias para esse tipo de tutela de direito.

²³¹ Section 24 da KapMuG: (1) The costs incurred by the model case plaintiff and the interested parties summoned for model case proceedings at first instance shall comprise part of the costs of the respective main proceedings at first instance.(2) The costs incurred by the model case defendants for model case proceedings at first instance shall on a pro rata basis comprise part of the costs of the respective main proceedings unless the complaint is withdrawn within a month of the serving of the order suspending the main proceedings. The respective share in the costs shall be determined according to the ratio of the amount of the claim made by the respective plaintiff, insofar as the establishment objectives of the model case concerns him, to the total amount of the claims made against the model case defendants in the proceedings suspended pursuant to Section 8 (1), insofar as the establishment objectives of the model case proceedings concern these claims.

²³² Section 26: (1) The costs of an appeal on points of law which was unsuccessful shall be carried, depending on the degree of their involvement, by the model case appellant and those interested parties summoned who joined the appeal of points of law proceedings on the side of the model case appellant. (2) If the appeals court itself gives the decision on the matter, the costs ensued in bringing a successful appeal on points of law by one of the model case defendants shall be carried by the model case plaintiff and all interested parties summoned, depending on the degree of their involvement in the model case proceedings. If the appeal on points of law was successfully brought by the model case plaintiff or one of the interested parties summoned, the costs of the appeal on points of law shall be carried by all model case defendants, depending on the degree of their involvement in the model case proceedings of the court of first instance.

3.2 Group Litigation Order inglês (GLO)

3.2.1 Origem

Até o final do século XX, a Inglaterra não possuía uma boa sistematização legal para o processamento da tutela coletiva. Tal situação deixava um vácuo normativo processual que fazia com que princípios fundamentais, como o do acesso à justiça, fossem reiteradamente aviltados.

Em plena sociedade globalizada e padronizada, o Reino Unido ainda não tinha disposto sobre parâmetros para albergar em juízo os direitos coletivos. Naturalmente, os Tribunais ingleses em diversos momentos se depararam com verdadeiras “contendas coletivas” de repercussão social que trouxeram grandes dificuldades práticas, mormente quanto à tutela adequada para o processamento desta forma de litígio contemporânea. Desaguou, por isso, em vários empecilhos para a efetivação dos direitos grupais²³³.

Na verdade, dentro das “*Rules of the Supreme Court*” de 1965 já havia previsão para as chamadas *representative actions*, que não prescindiam de número considerável de pessoas com interesses comuns em qualquer controvérsia jurídica²³⁴. Tal instituto, no entanto, era de rara utilização, sobretudo porque a interpretação restritiva dada pelos precedentes indicava que sua aplicação seria em casos peculiares²³⁵.

A ausência de inovação nas regras procedimentais somada a um enorme congestionamento processual, fazendo discrepar a tutela jurisdicional do provimento prático perseguido pelas partes, fez surgir na comunidade jurídica britânica um apetite por mudança nas leis processuais.

²³³ Semelhante o entendimento de Daniel Lévy: “Antes da introdução de um instrumento específico para a reunião de demandas oriundas de um dano coletivo, essas ações eram conduzidas com base em um procedimento ad hoc, adaptado para cada caso particular e fundado na experiência. É preciso observar que o direito inglês sempre conviveu bastante bem com a falta de legislação específica em alguns setores, sobretudo por ser um direito consuetudinário baseado mais na experiência e menos na lei”. LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da Group Litigation Order (GLO) britânica. *Revista de Processo*, vol. 196, p. 165-205. São Paulo: RT, 2011, p. 176.

²³⁴ CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas. *Op. Cit.*, p. 353.

²³⁵ “In England, the Director General of Fair Trading has an independent right of action in consumer matters. It is restricted, however, to injunctions (sec. 37 of the Fair Trading Act of 1973) and is seldom used. This may be due to staff limitations, as well as sufficient extrajudicial control activities of the Office of Fair Trading”. KOCH, Harald. Non-class group litigation under EU and German Law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, p. 365-368, 2001, p. 362.

É por isso que por volta do ano de 1994 houve a indicação para que *Lord Woolf*, então magistrado presidente da secção civil da *Court of Appeal*, fizesse recomendações para o processo civil, incorporando pelo menos os objetivos de acesso à justiça, redução de custas do processo civil inglês, atualização de vocabulário, diminuição da complexidade normativa e estreitamento entre prática e procedimento. Nos anos seguintes foram produzidos relatórios que estimularam a dogmática jurídica inglesa²³⁶.

No relatório final é possível identificar um capítulo talhado unicamente para tratar das demandas “multi-partes”, ou melhor, de litígios coletivos *lato sensu*. Consoante o que já foi exposto, o excerto produzido pelo juiz constatou que as demandas massificadas eram completamente ignoradas pelos operadores do direito na Inglaterra, motivo pelo qual a situação corroborava com um congestionamento da via judiciária neste país²³⁷. Procurando suprir o vácuo normativo, uma nova abordagem foi tentada.

Com a preocupação no tratamento das contendas grupais, o responsável pelo relatório final apresentou três eixos fins a serem levados em consideração quando da feitura de uma legislação adaptada aos novos tempos.

Nesta toada, propôs que deveria haver mecanismo de acesso à justiça quando os danos individualmente considerados não fossem capazes de tornar uma ação individual

²³⁶ Dá conta disso o processualista inglês Neil Andrews: “Em 28 de março de 1994, Lord Mackay LCof Clashfern (Lord Chancellor 1987-1997), indicou Lord Woolf pra fazer recomendações a respeito do processo civil, com os seguintes objetivos: (i) melhorar o acesso á justiça e reduzir os custos nos processos contenciosos; (ii) reduzir a complexidade das regras; (iii) modernizar a terminologia; (iv) acabar com as diferenças desnecessárias entre prática e procedimento. Os relatórios intermediários e finais apareceram em 1995 e 1996, e estimularam substancial literatura. As CPR foram criadas em 1998, e entraram em vigor em 26 de abril de 1999”. ANDREWS, Neil. O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 57. Sobre a mesma perspectiva: “A particularly significant development is the revolutionary reform of litigation procedure in England and Wales, where the Civil Procedure Rules of 1998 are based on principles of removing complexity, cost, and delay”. HODGES, Christopher. Multi-part actions: A European approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11, p. 321-354, 2001, p. 324.

²³⁷ “The second part of my Inquiry was partly intended to deal with types of litigation causing particular problems for the system of civil justice. It was also designed to examine specific developments which would further access to justice. Clearly the arrangements for multi-party actions must be near the top of the list in both respects. As the National Consumer Council said in its submission to the Inquiry: ‘As we become an increasingly mass producing and mass consuming society, one product or service with a flaw has the potential to injure or cause other loss to more and more people. Yet our civil justice system has not adapted to mass legal actions. We still largely treat them as a collection of individual cases, with the findings in one case having only limited relevance in law to all of the others’. Unlike the position in some other common law countries, there are no specific rules of court in England and Wales for multi-party actions. This causes difficulties when actions involving many parties are brought. In addition to the existing procedures being difficult to use, they have proved disproportionately costly. It is now generally recognised, by judges, practitioners and consumer representatives, that there is a need for a new approach both in relation to court procedures and legal aid”. WOOLF, Harry. *Access to justice: Final Report*. H.M Satationery Office, 1996. Sítio eletrônico: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>. Acesso em 20/09/2016.

economicamente viável. Em segundo plano, apresentou a conclusão de que, mesmo em danos economicamente plausíveis para a proposição de processo individual, seria necessário instrumentalizar um processo em que concentre todas as questões de um dano com repercussão de uma boa monta de pessoas envolvidas. Por último, sugeriu um equilíbrio entre os direitos ordinários dos litigantes individuais e a possibilidade de um processo coletivo que congregue as partes para atuarem em conjunto, sem a exclusão ou preterição de um sujeito processual²³⁸.

O diagnóstico também se detalhou em algumas matérias específicas. Chegou inclusive a indicar que o órgão jurisdicional fosse formalmente comunicado do ajuizamento de demandas com forte potencial repetitivo. Estrutura seus palpites no sentido de que a Corte responsável pelo processamento do conteúdo massificado detenha a dimensão e o controle de suas atividades para que o litígio multipartidário seja adequado a um procedimento específico.

A ideia de *Woolf* envolve uma atuação proativa do magistrado responsável, de forma que tome uma sucessão de decisões, ainda no início do processo, aptas a impactarem no sucesso do procedimento grupal. É por isto que na etapa inaugural das contendas seriadas, a indicação dada é que seja designado juiz para o caso, que a Corte tome conhecimento do valor plurindividual da disputa judicial e que haja possibilidade de as partes intervirem na tramitação do feito²³⁹.

²³⁸ A jurista Susan Gibbons aponta: “In his Final Report on Access to Justice published in 1996, Lord Woolf MR identified three fundamental objectives that the multi-party litigation regime in England and Wales ought to achieve. According to Lord Woolf, the rules for handling multi-party proceedings should: (a) provide access to justice where large numbers of people have been affected by another’s conduct, but individual loss is so small that it makes an individual action economically unviable; (b) provide expeditions, effective and proportionate methods of resolving cases, where individuals damages are large enough to justify individual action but where the number of claimants and the nature of the issues involved mean that the cases cannot be managed satisfactorily in accordance with normal procedure; (c) achieve a balance between the normal rights of claimants and defendants, to pursue and defend cases individually, and the interests of a group of parties to litigate the action as a whole in an effective manner”. GIBBONS, Susan. Group Litigation, Class Actions, and Collective Redress: An Anniversary Reappraisal of Lord Woolf’s Three Objectives. In: DWYER, Déirdre, The Civil Procedure Rules ten years on. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 109-110.

²³⁹ “My proposals are designed to ensure that the court is notified of the existence of potential multi-party actions as early as possible. At this early stage no immediate decision is required but from then on the judge will be required to take a succession of decisions, all of which will impact on the successful handling of the actions. In this chapter I set out the factors which should be taken into account in relation to three main aspects:(a) the initial stages, involving the application for and certification of a multi-party situation (MPS), appointment of a designated judge and the arrangements for lead representation; (b) the strategic priorities for court management, including the definition of the group, the establishment of a register, the need to provide an effective filter, costs; and (c) protecting the interests of litigants through the court’s oversight of lawyers, the appointment of a trustee, the court’s approval of settlements”. WOOLF, Harry. Access to justice: Final Report. Idem. Ibidem.

Para o autor do parecer encomendado, há que se verificar a ocorrência de uma “situação multi-partes” (*Multi-party situation - MPS*). A verificação do tratamento do litígio como coletivo (*lato sensu*) pode partir tanto das partes, como também do próprio órgão jurisdicional. Uma vez constatada a circunstância, parte-se para organização da melhor forma de proceder para o desfecho do litígio²⁴⁰, procurando investir em ferramentas comuns para os diversos litígios individuais, concentrando toda a contenda metaindividual em uma única solução. Com isto, diz a reportagem, há uma redução de custas processuais²⁴¹.

Neste momento, acentuamos que o diploma processual civil inglês (*Civil Procedure Rules - CPR*) foi confeccionado no ano de 1998 sem, contudo, prever qualquer disposição mais sistematizada sobre uma resolução coletiva de conflitos isomórficos, tal como desejava o relatório acima destacado.

Para uma ordem procedimental de grupo clara e mais detalhada, foi necessário esperar até o ano de 2000, quando então finalmente foi introduzida na legislação processual civil inglesa a *Group Litigation Order*, um instrumento processual regulamentado nos itens 19.10 a 19.15 da CPR. A intenção era exatamente condensar as indicações do diagnóstico para ministrar fármaco no enfermo método processual plurindividual vigente²⁴².

²⁴⁰ N. 18: To achieve this I recommend that where proceedings will or may require collective treatment to a greater or lesser degree, provision should be made for a multi-party situation (MPS) to be established. This should be achieved with minimum expense by providing that the parties or the Legal Aid Board should make an application to the court which contains a formal declaration that the action meets the criteria for a multi-party situation and the grounds to demonstrate this. There should also be a power for the court itself to initiate or encourage an application. The application will be an executive act. The simplicity and lack of expense will encourage the proposed parties not to delay such a request, thus ensuring that the matter is brought to the attention of the court at the earliest opportunity. WOOLF, Harry. Access to justice: Final Report. Idem. Ibidem.

²⁴¹ N. 21: The MPS will provide maximum flexibility in that it may be proposed that parts of the proceedings are common to some or all of the claimants, and other parts are limited to individual claimants. In addition, individual and common proceedings should take place in parallel or the individual proceedings should take place in advance of or following the common proceedings. One MPS could accommodate the common tools used for disposal of multi-party proceedings, namely test or lead cases, and preliminary or common issues. It could also accommodate a representative action. All actions relating to the MPS could be stayed with their claimants fully protected as to limitation, at minimum cost and without the action being swamped by an influx of new claimants. An MPS will be a suitable framework for handling all the different types of multi-party actions common in this jurisdiction from local housing and environmental actions, consumer cases, financial actions such as the Lloyds litigation, single 'one-off' disasters and large scale complex environmental actions and product liability actions, including pharmaceutical and medical cases. The possible options for dealing with cases within the MPS are explored later in this chapter. WOOLF, Harry. Idem. Ibidem.

²⁴² “In 2000, the Civil Procedure Rules 1998 (CPR) were amended by the introduction of part 19. CPR pt 19 sets out the rules governing multi-party disputes, including representative party actions and Group Litigations Orders (GLOs). As the white book commentary notes, the GLO rules are designed to achieve the objectives stated in [Lord Woolf’s] Final Report”. GIBBONS, Susan. Group Litigation, Class Actions, and Collective Redress: An Anniversary Reappraisal of Lord Woolf’s Three Objectives. In:

Aqui percebemos uma sensível diferença entre o modelo inglês e o alemão. Naquele há um acoplamento da resolução repetitiva de questões no próprio código processual do país, enquanto, no padrão germânico, a sistematização foi feita através de leis especiais, sem qualquer alteração no “*Zivilprozessordnung*” (ZPO), que é compilação geral das normas processuais locais.

A introdução do litígio grupal para soluções concentradas de questões massificadas deixou evidenciar seu principal objetivo, revelado no próprio texto normativo. Dispõe, dessa forma, que a ordem de litígio de grupo possui como principal objetivo promover o *case management* de uma espécie de contenda, ou seja, ajustar o procedimento a fim de tornar menos custoso e mais eficiente o processo, pois “*Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues*”²⁴³.

Pelo que está sendo colocado, podemos facilmente inferir que a GLO consiste, ante a ausência organizada de *class actions* nos moldes americanos, num verdadeiro diploma de ações coletivas para o ordenamento inglês²⁴⁴. Claro que com todas as limitações, mormente quanto à restrição de seu uso por uma ação que envolva um direito supraindividual indivisível, pois a judicialização do problema leva à concentração do conflito na mesma ação.

Notemos, ademais, que a legislação reclama uma forte tendência proativa das Cortes de Justiça. Isso significa dizer que existe a pretensão de que o processo, a depender da causa em discussão, possa ter um procedimento diferenciado. O intento é fazer dos julgadores responsáveis verdadeiros gestores procedimentais com o fim de melhor tutelar a situação pluri-individual²⁴⁵.

DWYER, Déirdre, *The Civil Procedure Rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 111.

²⁴³ É que dispõe a letra da lei inglesa, na sua parte 19.10. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#III>. Acesso em 20/10/2016.

²⁴⁴ “[...] considering the relatively undeveloped system of English representative proceedings (Section II). That system is the English version of a class action. The development of representative proceedings has been retarded by the courts’ general inability, save in unusual situations, to award damages on behalf of a represented class of claimants”. ANDREWS, Neil. *Multi-party proceedings in England: Representative and group actions*. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, p. 249-267, 2001, p. 249.

²⁴⁵ “In primo luogo sembra importante sottolineare: innanzitutto l’amplissima discrezionalità accordata AL giudice inglese nel trattamento della controversia collettiva, dalla sua instaurazione fino AL formarsi Del giudicato. In seconda battuta: tale discrezionalità (accompagnata da rilevanti poteri ufficiosi) non deve orientarsi secondo criteri legislativamente posti, ma si esprime nel modo più libero: essa appare quase una delega in bianco al giudice di operare Il miglior *case management* possibile. La *group action* finisce così per essere un processo utensile”. CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 891-914, anno LX, sett., 2006, p. 900. Também: “As CPR criaram um panorama geral, que propicia a participação ativa dos juízes na fase pré-litígio nos casos de processos moderada ou extremamente

Mas ora, o novo paradigma lançado pela *Group Litigation Order*, já encapado pelo CPR inglês, pretende exatamente essa gestão processual envolvendo uma postura mais desatada dos órgãos jurisdicionais. A questão aqui ostentada é que isto envolveu, no final do século passado, uma ruptura do padrão cultural processual, pois tradicionalmente regido por um modelo *adversarial*, embora conservando práticas latentes²⁴⁶. Mesmo com a iniciativa de julgadores, ainda existem aspectos procedimentais relevantes mínimos fixados pela norma da GLO, que serão apresentados em seguida.

3.2.2 Procedimento

Como já vimos anteriormente, a definição do instituto processual é determinada pelo próprio comando normativo, onde fica claro que se estriba em um gerenciamento processual de questões com potencial ou real reprodução em múltiplas disputas judiciais. A ordem é um comando dado pelo órgão encarregado do julgamento que determina uma processualização apartada sobre determinada questão repetitiva. É, portanto, uma decisão judicial que instaura e dá início à utilização do utensílio.

Daí, podemos excisar duas lições: a ordem de litígio grupal destina-se a uma administração e gerenciamento de processos pelo Tribunal incumbido do julgamento, bem como o objeto das ações que tem aptidão para serem atingidas pelo instituto é bastante amplo, tornando viável sua utilização em várias situações distintas, para qualquer matéria jurídica²⁴⁷.

complexos”. ANDREWS, Neil. O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 60.

²⁴⁶ Corroborando com nossa colocação, a palavra do nativo Neil Andrews: “O código processual inglês saiu de um estilo antagônico para um *ethos* mais cooperativo. Apesar de os advogados terem se adaptado às expectativas judiciais, de que não defenderiam, incansável e agressivamente, os interesses dos seus clientes, os *practitioners* relatam que a natureza *adversarial* de confronto com as partes continua sendo uma realidade diária. [...] Dessa forma, o sistema inglês da disclosure impõe restrições bastante rígidas quando se trata da disclosure de documentos”. ANDREWS, Neil. *Idem*, p. 54.

²⁴⁷ A mesma observação foi feita por Marcos Cavalcanti: “Assim, é possível extrair do conceito legal da GLO dois importantes aspectos, quais sejam: (a) é um instituto de gerenciamento e administração de demandas com questões comuns ou simplesmente relacionadas, de fato ou de direito. [...] (b) o objeto das ações que podem ser atingidas pela ordem judicial de litígio em grupo é bastante amplo, não havendo restrição quanto à matéria discutida”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 359.

Lembremos, outrossim, que a instauração da ordem coletiva pode ser solicitada pelas partes nas demandas individuais, bem como determinada de ofício pelo julgador do caso singular²⁴⁸. Tal abertura permite que o Tribunal faça o devido governo processual de seu acervo, tornando a Justiça mais ágil e eficiente.

Por outro lado, havia dúvidas quanto a um número exato necessário para a instauração da ferramenta. Recordemos que no protótipo tedesco a exigência legal era de ao menos dez requerimentos sobre a mesma situação homogênea. No próprio relatório de Woolf é possível verificarmos que, embora o número mínimo de dez casos seja desejável para estabelecer um parâmetro objetivo, o ideal é que a fixação desse número não esteja contida na legislação. Isto porque o incidente inglês cuida de multiplicação real ou potencial de situações repetitivas, motivo pelo qual é preferível deixar uma margem subjetiva para apreciação do Paço de Justiça local²⁴⁹.

Cabe, neste instante, uma ressalva deveras importante. A ordem de litígio de grupo é um instituto jurídico de aplicação subsidiária. Isso significa dizer que, antes de qualquer solicitação, ou mesmo aplicação oficiosa, é imprescindível a avaliação de outra medida judicial tão efetiva quanto esta. Apenas nos casos em que não seja possível adotar outro comportamento senão declarar a ordem é que será justificada a instauração do produto plurindividual inglês.

Portanto, antes de qualquer movimento para a instauração do incidente, as partes e o julgador devem aquilatar a mudança procedimental *versus* sua eficiência. A ideia aqui implícita é de que a ferramenta não seja despertada sem que sua eficácia não seja questionada. Embora possua grande relevância no sistema jurídico inglês, não deixa de possuir natureza residual²⁵⁰.

²⁴⁸ “L’instaurazione del procedimento collettivo avviene su domanda dell’attore o del convenuto in qualunque giudizio di primo grado avente ad oggetto una delle controversie che poi confluiranno in detto procedimento; in Inghilterra, l’ordinanza di controversia collettiva (Group Litigation Order, GLO) può essere concessa anche d’ufficio”. CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Op. Cit., p. 901.

²⁴⁹ “I would broadly follow this suggestion, subject to two points. First, the minimum number of ten parties should not be written into the rules but be regarded simply as a guide. Especially in local cases, five may be a sufficient number. Secondly, the common issues need not necessarily predominate over issues affecting only individuals. All that is required is that the court is satisfied that the group will be sufficiently numerous and homogenous for the cases within the MPS to be more viable if there is a collective approach than if they are handled individual”. WOOLF, Harry. Idem. Ibidem.

²⁵⁰ “[...] in Inghilterra la corte dovrà valutare: la pendenza (o il probabile insorgere in futuro) di un certo numero di controversie, l’esistenza di questioni di fatto o diritto, comuni a tutte queste controversie, ed infine l’opportunità dell’emanazione del GLO, anche in considerazione della disponibilità di altri strumenti processuali, ed in particolare riunione di cause (*consolidation*) e *representative suit*”. CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Op. Cit., p. 902. Também: “Critério muito interessante é relativo à natureza subsidiária da GLO, isto é, só será admitida caso não houver outra solução de resolução coletiva das demandas. Assim, determina o art. 2.3 das PDs que o autor do incidente, antes de propô-lo, deverá verificar se não seria mais apropriada uma consolidação das ações ou a sua substituição processual, pela

Com efeito, mesmo após a constatação de que o caminho ideal para resolução de questões comuns seja a ordem grupal, é imprescindível que os advogados solicitantes da abertura do incidente, antes da formulação do requerimento, verifiquem o *Law Society's Multi Party Action Information Service*, com o fito de perquirir sobre a existência de causas semelhantes sobre as mesmas questões a serem apontadas, parte 19B 2.1 das CPR.

Depois de toda essa análise inicial, o Tribunal, quando, evidentemente, não atuar de ofício, deverá apreciar o pedido de deflagração da GLO em duas etapas distintas. Assim, o Tribunal decide pela abertura ou não da ordem e, após, os requerimentos são levados ao *senior judge*, que cassa ou ratifica a decisão preliminarmente tomada²⁵¹. Na verdade, podem ser três magistrados a tomar a última palavra, pois pode ter competência tanto o *Lord Chief Justice*, o *Vice-Chancellor* ou o *Head of Civil Justice*, a depender da Corte designada pela lei para julgar o processo principal.

Aprovada a inauguração do procedimento incidental, há algumas tarefas iniciais de organização prescritas pela legislação das CPR. A primeira providência a ser tomada é a montagem de um grupo de advogados (*solicitor's group*) com a eleição de um procurador líder (*lead solicitor's*). Não consiste em condição *sine qua non* para a continuação do processo-incidente, mas apenas uma conveniência ratificada pela lei sobre a congregação dos defensores, com a finalidade de realizar uma primorosa interlocução entre julgador(es) e partes, reduzindo a quantidade de endereçamento dos atos processuais e tornando eficaz o gerenciamento procedimental.

Demais disto, a norma inglesa vindica a formação de um registro coletivo (*group register*) para informar todas as questões envolvidas na GLO em tela, bem como exige uma especificação detalhada de quais sejam as situações comuns relacionadas que autorizaram o prosseguimento do instituto²⁵². Ao juízo-gestor cabe a organização do

representação única e homogênea dos interessados. A GLO torna-se, assim, instrumento residual, só podendo ser instaurada quando não cabível outra solução coletiva para o caso”. LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da Group Litigation Order (GLO) britânica. *Revista de Processo*, vol. 196, p. 165-205. São Paulo: RT, 2011, p. 188. Na parte 19B, item 2.3 das CPR: “In considering whether to apply for a GLO, the applicant should consider whether any other order would be more appropriate. In particular he should consider whether, in the circumstances of the case, it would be more appropriate for – (1) the claims to be consolidated; or (2) the rules in Section II of Part 19 (representative parties) to be used”.

²⁵¹ “Em segundo lugar, há um sistema de dois níveis de aprovação da ordem de litígio em grupo. O tribunal deve primeiro decidir pelas GLO, normalmente sob requerimento, apesar de a Corte poder expedir tal ordem por iniciativa própria. Um *senior judge* precisa, então, ratificar a decisão preliminar”. ANDREWS, Neil. *Op. Cit.*, p. 556.

²⁵² 19B, parte 6.1: “Once a GLO has been made a Group Register will be established on which will be entered such details as the court may direct of the cases which are to be subject to the GLO.”

procedimento, com poderes de alteração procedimental para melhor administrar o conflito, reduzindo os custos operacionais. Pode, inclusive, excluir algum processo que, ocasionalmente, cause embaraços processuais na gestão dos outros com questões comuns.

O registro de grupo pode (e deve) ser solicitado por qualquer das partes envolvidas no processo plurindividual, haja vista que as situações jurídicas homogêneas e, portanto, massificadas, podem atingir um número considerável de pessoas e processos. Estes não necessariamente tomam o devido conhecimento da tramitação do procedimento que pode estabelecer a tese jurídica para seu caso.

Assomamos que, na Inglaterra, a publicidade do referido registro, com todas as informações da GLO afetada, assim como a facilidade do acesso à comunicação desses procedimentos, deve ser potencializada por um fator estrutural do processo metaindividual. Em termos mais claros, houve a opção do parlamento pelo famigerado modelo chamado de *opt-in*.

Significa dizer que as partes que desejam ser afetadas pela decisão incidental devem formular requerimento e “pegar carona” no procedimento. Não há inclusão tácita das partes no procedimento de grupo. A norma reclama que o interessado deve enviar uma petição antes de ser registrada na litigância de grupo, demonstrando o desejo de ver sua causa julgada no formato processual do instituto²⁵³.

O sistema contrasta com o modelo *opt-out* adotado nas ações de classe americanas, onde o interessado, substituído por uma parte no processo coletivo, possui a faculdade de não ser acometido pela resposta jurisdicional do grupo. Dessa forma, é disponibilizada, dentro de um determinado prazo, a retirada do interessado no rol de pessoas atingidas pela decisão coletiva. Entretanto, caso o substituído no processo permaneça inerte quanto a qualquer ato que importe sua retirada, os efeitos da decisão na ação de classe o atingirão.

Segue o mesmo padrão inclusivo (tacitamente) o *Musterverfahren* alemão, no qual a decisão que decide o processo-paradigma produz efeitos diretos para todas as

²⁵³ “Those wishing to join and take advantage of group litigation under the 2000 rules must either affirmatively register as parties to the relevant claim, or at least have their particular claims adjoined by judicial consolidation to the group action. Therefore, group actions involve positive opting-in, or at least a positive decision to litigate. This contrasts with representative proceedings where no such positive decision is necessary. Representative proceedings can effectively take place behind the backs of class members without their knowledge, participation, or control. The management court will also specify a date after which no claim may be added to the group register”. ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: Representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law. Op. Cit.*, p. 260.

peças que tiveram seus processos suspensos por razão da instauração do instituto, ainda que não tenham participado ativamente do processo paralelo. Nesta ferramenta processual, contudo, pode o autor desistir do processo, quando então não será envolvido pela decisão-modelo.

Aqui a sistemática é inversa. Para que os efeitos das decisões tomadas no âmbito da GLO atinjam os interessados, é imprescindível que os demandantes individuais formulem requerimentos para serem incluídos no processo-incidente. O litigante individual, por isso, deve empregar uma postura ativa e consciente, no sentido de desejar participar do processo incidental, seja qual for a decisão final. Exatamente por tal razão, as informações e a publicidade sobre a GLO devem ser disponibilizadas no formato mais acessível a todos.

Embora existam argumentos para justificar a decisão parlamentar quanto ao *opt-in*, como, p. ex., a segurança jurídica de que o réu saberá com quantos estará litigando, a sistematização imposta na lei inglesa foi alvo de duras críticas por autores locais e estrangeiros.

Segundo processualistas versados na matéria, alguns problemas podem ser detectados no formato inglês, já que o número baixo de litigantes iniciais dificulta a escolha de procedimentos adequados que possam antever os caminhos mais eficazes para a solução da disputa, além de não ser possível mensurar os custos procedimentais para a instauração da ferramenta.

Demais disto, em danos de baixo valor econômico, pouquíssimo é o interesse do indivíduo em associar-se ao instituto. Juntamos a isso, a existência de fatores sociais, econômicos, psicológicos e até políticos que possam influenciar na vontade da pessoa de congregar nesta espécie de demanda grupal.

Apenas para arrematar os exemplos de estorvos postos adiante da sistemática *opt-in*, concluímos que dificilmente ocorrerá uma contenda plurindividual, com tal termo, em um espectro que atinja em larga escala os eventuais interessados, pois o número de partes aderentes, indubitavelmente, será aquém do que se espera na recuperação de um dano²⁵⁴.

²⁵⁴ Uma das maiores críticas ao paradigma “*in*” inglês é Rachael Mulheron, que escreve: “[...]legal representatives too have cited a number of problems associated with the regime, such as the task of identifying the sheer numbers of claimants at the outset, the low value recovery per class member, the task of preparing individual pleadings/claim forms upfront, and the variety of social, psychological, economic and procedural reasons as to why class members may not join litigation that is conducted on an opt-in basis. Judicially, too, problems with the GLO regime have been adverted to, many of which stem from the attempt to bring large-scale litigation under an opt-in regime. These have included frontloading

Dessa forma, percebemos que o potencial congregador de um incidente de uniformização e concentração de atos processuais, nos ditames da norma inglesa, é reduzido, pois passa a depender de variáveis individuais que nem sempre favorecem o acesso à Justiça. Tal sistematização, pelo menos a nosso ver, seria impensável no Brasil, um país com dimensões de continente, onde vige uma desigualdade que impossibilita o acesso à cidadania.

Prosseguindo no processo-incidente, caberá ao órgão responsável pela administração do procedimento adequá-lo às especificidades do caso, tendo sempre presente a ideia de redução de custos operacionais.

Assim, o intuito é que o juízo promova o bom andamento da ordem de litígio grupal, conhecendo de todas as questões comuns suscitadas, podendo realizar a instrução probatória, inquirindo testemunhas e/ou determinando sua produção²⁵⁵. Os princípios da eficiência processual e da igualdade entre as partes são privilegiados neste contexto.

Em síntese, portanto, assentamos que a ordem de litígio de grupo inglesa não possui regras fixas quanto aos caminhos procedimentais a serem percorridos. Na verdade, a proposta legislativa é exatamente estimular os órgãos jurisdicionais a fazer a devida administração processual, gerindo o número de demandas de acordo com as necessidades do caso concreto.

Tal liberdade das formas é uma vertente cultural inaugurada pelas CPR no sentido de reduzir os custos de um processo, seja para a parte, suportando momentos processuais desnecessários, seja para o julgador, realizando atos processuais supérfluos.

costs, difficulties with limitation periods, the use of the test case versus the generic issue approach, the costs-benefit analysis at the outset of an opt-in action, and the somewhat dismissive judicial attitude towards those who do not opt in at the early stages of the litigation". MULHERON, Rachael. Opting-in, opting-out, and closing the class: some dilemmas for England's class actions lawmakers. *Canadian Business Law Journal*, vol. 50, p. 376-408, 2010, p. 383. Sobre o tema, Neil Andrews revela: "o relatório meticuloso de Rachael Mulheron de 2008 (entregue ao *Civil Justice Concil*) estimulou o debate sobre as vantagens de mudança na política com relação a um modelo de *opt-out* de reparação coletiva. O objetivo principal de seu relatório foi determinar se há, na prática, uma brecha no sistema de processo civil. Contudo, no mesmo relatório, revela sua preferência pelo sistema *opt-out* (conforme esboçado em julho de 2007, em seu importante artigo para a *Modern Law Review*, "Justice Enhanced: Framing na opt-out class action for England")". ANDREWS, Neil. O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 564-565.

²⁵⁵ "Ainda no âmbito da operacionalização, caberá ao juízo-administrador adotar todas as medidas administrativas necessárias ao bom andamento da lide, assim como conhecer todas as questões jurídicas envolvidas, com a oitiva de quantas partes ou testemunhas forem necessárias, a produção de prova documental e a perícia. Àquele ainda competirá determinar de que forma as custas serão compartilhadas entre os diversos membros dos grupos, uma das grandes preocupações relativas aos procedimentos coletivos". LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da Group Litigation Order (GLO) britânica. *Op. Cit.*, p. 182.

A eficiência processual é alavancada quando o órgão que julga, toma as rédeas do procedimento para adequá-lo à situação vigente. E é nisto que se baseia o case management inglês, sempre buscando acomodar o conflito no rito processual mais compatível.

3.2.2.1 Questões de fato

Como já pudemos perceber, a lei da GLO é bastante clara quanto à apreciação, no seu procedimento, de dados fáticos. Nos seus termos, diz que serão levadas a conhecimento do procedimento-incidente “*common or related issues of fact or law*”²⁵⁶, que formarão as questões controvertidas da ordem.

E não podia ser de outra forma. Vejamos que, consoante o que já exaustivamente exposto, o intento do parlamento inglês é providenciar um gerenciamento adequado de pleitos repetitivos²⁵⁷. O foco principal é evitar a utilização da estrutura judiciária para questões que podem ser solucionadas em conjunto através de um devido processo legal.

Nesse sentido, não é descartada pela norma britânica a utilização de questões fáticas no instituto processual. Aliás, é até melhor que isso ocorra para que haja uma concentração dos meios de prova, atestando a validade dos argumentos de uma só vez. Com isto, a tão esperada redução de custos encontra mais um meio de ser efetivada.

Vale também uma ressalva. Nesse arquétipo inglês não existe um corte procedimental dentro de um processo, extraindo a questão comum e julgando-a na forma de um processo objetivo.

A rigor, não é possível identificar um processo paralelo e completamente autônomo ao incidente. Na verdade, consiste bem mais em uma escolha procedimental adequada para um processamento de demandas isomórficas do que propriamente a deflagração de um processo autônomo para julgar unicamente a questão massificada extraída de uma lide.

²⁵⁶ 19.10 das CPR: “A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’).”

²⁵⁷ “The court’s first task is to identify the so-called group litigation order issues, i.e., the questions of fact or law which are related. The order will specify a management court that will run the case”. ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: Representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, p. 249-267, 2001, p. 259.

Por tal motivo, bem mais do que no protótipo alemão, é relevante as questões fáticas, uma vez que o procedimento, ainda não totalmente previsto, irá ser conformado às exigências da disputa. Neste cenário, é imprescindível que sejam levadas em consideração todas as questões fáticas comuns.

3.2.2.2 Participação dos interessados

No que tange ao envolvimento das partes com a ordem de grupo, já vimos que nem todos aqueles que se encontram na idêntica situação homogênea de fato ou de direito serão afetados pela decisão. Isso ocorre, como enxergamos nas linhas precedentes, pela inevitabilidade de um requerimento da parte na mesma situação correlata, quando então poderá ser registrada no cadastro coletivo mantido para a GLO.

Embora estas sejam pessoas teoricamente interessadas, neste tópico abordaremos a situação englobada, não por aqueles que ficaram inertes diante da instauração procedimental, mas por aqueles que ingressaram em juízo requerendo o registro dentro da ordem de grupo.

Fixando a essência da presente análise, assinalamos que já foi colocado linhas acima que o comando de lei dispõe sobre a conveniência da criação de um grupo de advogados dos casos repetitivos, o chamado *solicitor's group*. A intenção é a formação de um advogado líder, com a anuência dos afetados, para que haja uma melhor e mais eficaz interlocução com o tribunal responsável pelo julgamento da causa.

Embora existam autores que afirmem ser a indicação consensual um resquício de um processo coletivo não regulado e de um acordo de cavalheiros entre as partes²⁵⁸, pensamos que, independente da causa, o debate *inter partes* de quem poderá conduzir a ordem de grupo é salutar no próprio sentido de participação do procedimento, servindo como suporte para a legitimação dessa atividade judicial.

Ocorre que, não havendo a formação espontânea do grupo de indivíduos, a questão será repassada ao tribunal que gere o procedimento da ordem para que resolva a

²⁵⁸ Diz Lévy: “Ainda no que tange a margem de manobra do juízo-administrador, poderá apontar os advogados líderes da GLO (lead solicitors), normalmente aqueles que representaram a primeira parte a requerer coletivização da demanda. Há recomendação para que os próprios advogados acordem entre si quem serão os líderes na demanda, o que demonstra a herança de um procedimento coletivo não regulado, em que prevalecia um gentlemen's agreement entre as partes e entre as partes e o juízo”. LÉVY, Daniel de Andrade. Op. Cit, p. 180.

situação, ou melhor, para que resolva quem poderá representar as entidades acometidas pela instauração da GLO. Pelo menos é o que preconiza a parte 19.13.c da norma inglesa²⁵⁹.

Consoante a exposição nas linhas acima, a ordem de grupo britânica não consiste em uma cisão procedimental em um ou mais processos, onde se extrai a questão comum de forma abstrata e a resolve. A rigor, a ferramenta plurindividual pretende uma gestão compartilhada e concentrada do procedimento para adequá-lo a uma contenda massificada.

Dessa forma, as partes que ingressam com pedido de entrada no procedimento são consideradas verdadeiras partes do processo supraindividual. A indicação do advogado-líder tenciona a facilitação do diálogo perene entre tribunal e partes, mormente pela possibilidade de centenas ou milhares de pessoas se inserirem no processo, o que inviabilizaria os trabalhos processuais.

Mesmo assim, às partes são permitidas certas faculdades processuais, dentre as quais destacamos a possibilidade de recorrer da decisão. Qualquer indivíduo registrado na ordem que se sentir lesado pelo julgamento da questão comum, quando este tiver sido adverso, pode pedir autorização para recorrer, independente da manifestação do seu advogado-líder²⁶⁰. A norma parece privilegiar o contraditório e a ampla defesa, oportunizando ao contaminado pelo julgamento a possibilidade de dosagem de fármaco para reverter decisão.

Há, contudo, uma ressalva a ser feita. Se a parte tiver entrado no processo metaindividual após a decisão judicial vinculativa, não poderá interpor recurso cabível²⁶¹. Ora, nada mais justo, pois o litigante que ingressa em um processo que já foi julgado aquiesce de todos os seus termos, não podendo pleitear a anulação ou alteração daquilo que já foi decidido para os outros contendores. Pode, porém, excepcionalmente pleitear que não o vincule, formalizando pedido com a devida justificativa.

Embora a GLO seja bem progressista em relação à participação dos indivíduos no processo padronizado, ainda existem críticas ao modelo *opt-in* adotado, bem como à

²⁵⁹ Assim reza: “Directions given by the management court may include directions: (c) appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants.

²⁶⁰ É a determinação legal da parte 19.12.2: “Unless paragraph (3) applies, any party who is adversely affected by a judgment or order which is binding on him may seek permission to appeal the order”.

²⁶¹ 19.12.3: A party to a claim which was entered on the group register after a judgment or order which is binding on him was given or made may not: (a) apply for the judgment or order to be set aside, varied or stayed; or (b) appeal the judgment or order, but may apply to the court for an order that the judgment or order is not binding on him”.

efetiva participação²⁶². Isso se dá porque se deixa a cargo do advogado-líder a promoção de um efetivo diálogo com todos da classe representada, ficando o diálogo entre líder e afetado uma relação não fiscalizada pela jurisdição.

3.2.2.3 Eficácia Vinculante

Quanto ao efeito vinculante da decisão da ordem de litígio de grupo não há maiores problemas, pois o comando jurisdicional deve enlevar todas as partes admitidas no processo no que se refere especificamente às questões comuns delimitadas²⁶³.

Merece nossa atenção o dispositivo que regulamenta a possibilidade de o tribunal competente para o processamento da ordem instruções que meçam o alcance da vinculação. Sendo assim, a Corte que aprecia o procedimento da GLO pode, quando da sua decisão, estabelecer a medida de seu provimento jurisdicional. Isso ocorre tanto para os casos registrados, como para aqueles que ingressam no feito após o desfecho da ordem²⁶⁴.

Percebemos que os tribunais ingleses podem estabelecer determinados efeitos para o julgamento das questões comuns, de modo que a modulação colabore com o desenvolvimento e segurança do ordenamento jurídico.

²⁶² Rachael Mulheron, crítica da representatividade do GLO, declara que: “Not only have low participation rates been notable enough to attract judicial comment from time to time but legal representatives too have cited a number of problems associated with the regime, such as the task of identifying the sheer numbers of claimants at the outset [...]”. MULHERON, Rachael. Op. cit., p. 382

²⁶³ “A decision made with respect to a Group Litigation Order issue provisionally binds all parties on the group register at the time the decision is given, unless the court orders otherwise; late-comers are also bound. A party who is adversely affected by a judgment or order can seek permission to appeal”. ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: Representative and group actions. Op. Cit., p. 260. Da mesma forma: “Em sexto lugar, a decisão do tribunal quanto a uma questão comum, vincula todos os membros do grupo, se for favorável. A parte que for afetada negativamente por sentença ou ordem judicial pode requerer permissão para recorrer”. ANDREWS, Neil. O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Op. Cit., 558.

²⁶⁴ Parte 19.12.1: Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues: (a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and (b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register.

3.2.2.4 Custas Processuais

Primeiramente necessário esclarecer que na Inglaterra não existe o nosso formato de acesso à justiça gratuita. Em realidade, existe a metodização de honorários condicionais, o chamado CFA.

De acordo com abrangência do *cost-shifting* britânico, no que tange aos condicionais, podem ser devidos honorários ordinários de sucumbência, assim como bônus por êxito. Para aqueles sem condições de arcar com o ônus econômico do processo, poderá haver a opção pelo sistema condicional, em que ficará isento dos honorários da outra parte, arcando, contudo, em caso de derrota, com os gastos da parte. Existe ainda um seguro que cobre os riscos de tais custos, mas, ainda que segurado, o derrotado desembolsará o valor do seguro ²⁶⁵. Sob tal perspectiva, a exigência de expensas evita a proceduralização desnecessária do instituto, embora limite o acesso à justiça. Notemos que os gastos processuais são realmente encarados de maneira grave pelo ordenamento inglês.

Noutro giro, a ordem de contenda grupal possui uma organização própria para estabelecimento de custas processuais. Para a melhor doutrina, três são as custas que podem haver no procedimento conjunto, são elas: “custas referentes à própria GLO”; “custas individuais por ação em petições-teste”; “custas de administração do litígio grupal por parte do advogado-líder”²⁶⁶.

Assentamos, conforme acima esboçado, que a GLO possui regramento próprio para a definição das tarifas processuais, onde cada litigante possui responsabilidade individualizada e proporcional dentro do grupo formado para solução da questão comum. Se o grupo vencer, entretanto, a parte sucumbente será responsabilizada para o pagamento das custas discriminadas supra, ainda que financiada sob a égide do financiamento de honorários condicionais²⁶⁷.

A determinação dos valores e a forma do pagamento dos mesmos são de atribuição do órgão gestor, ainda que referentes às ações individuais, diferenciando de modo claro quais custas são para o processo individual e quais despesas relacionam-se ao processo-modelo. Para a valoração econômica, considera-se a existência de uma ou

²⁶⁵ ANDREWS, Neil. Idem, p. 554-555.

²⁶⁶ Idem, p. 557.

²⁶⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 367.

mais questões comuns, assim como matérias exclusivamente dos processos individuais. Mensurado economicamente o procedimento, a divisão será proporcional entre os componentes da classe vencida.

3.3 O Pilot-Judgment Procedure na Corte Europeia de Direitos Humanos

3.1 Origem

O contencioso humanitário, ou seja, as demandas que tratam de violações reiteradas aos direitos humanos, tem um incremento especial com o fortalecimento das democracias contemporâneas.

Na Europa, através dos protocolos adicionais à Convenção Europeia de Direitos Humanos, diversos assuntos nacionais de países signatários desses pactos chegaram à Corte Europeia de Direitos Humanos, onde as lesões a direitos fundamentais eram relatadas a este Tribunal²⁶⁸.

Ocorre que muitos desses ultrajes nacionais aos direitos do homem acontecem em larga escala e afetam um grande número de pessoas²⁶⁹. Não por outro motivo, chegaram à Corte de Direitos Humanos da Europa uma infinidade de processos que inviabilizaram o escoamento em prazo razoável dessa massa processual. Muitos destes, no entanto, possuíam origem comum aos demais.

Como solução para esse emperramento processual, a Corte criou o mecanismo de julgamento piloto, que consiste na escolha de um ou mais processos representativos do conflito, quando os requerimentos possuírem a mesma “causa comum”. Esta causa é identificada como uma distorção da legislação interna do país que acarreta a respectiva, ou alegada, maculação dos direitos humanos²⁷⁰. Os processos líderes passam a tramitar

²⁶⁸ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. Op. Cit., p. 474.

²⁶⁹ Existem juristas que relatam que no ano de 2009 pelo menos 90.000 causas estavam pendentes de julgamento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. FRIDEBERGH, Erick. Pilot judgment's from the Court's perspective. In: Toward stronger implementation of the European Convention on Human Rights at national level. Colloquy organized under the Swedish chairmanship of the committee of Ministers of the Council of Europe. Stockholm, 9/10 June 2008, p. 86.

²⁷⁰ O próprio sítio eletrônico da Corte pontua: “Over the past few years the European Court of Human Rights has developed a new procedure known as the pilot-judgment procedure as a means of dealing with

em regime de prioridade até que sobrevenha uma decisão sobre a questão comum, a ser replicada em todos os demais processos²⁷¹.

A primeira notícia que se tem de utilização prática do julgamento piloto é no caso Broniowski contra Polônia, do ano de 2004, onde cerca de 80.000 (oitenta mil) pessoas seriam afetadas no direito de propriedade por uma lei polonesa, que, com base nas alegações dos autores, era incompatível com as disposições da Convenção Europeia. Naquela ocasião, o julgamento piloto teve êxito ao conseguir uma mediação promovida pelo próprio tribunal na qual tanto aspectos individuais como coletivos foram levados em consideração.

O fundamento legal utilizado para justificar o manejo deste instrumento processual consiste em dispositivo da própria Convenção, que em seu art. 46 (1) ratifica a eficácia vinculante das sentenças, pois os Estados que assinam o termo obrigam-se a respeitar as disposições estabelecidas no documento²⁷².

A base normativa, contudo, parece ser um dos pontos mais frágeis do processo-piloto, vez que a regulação não foi prevista de forma definitiva e clara quando da confecção do pacto, mas somente regulada após o tribunal encarar um número considerável de demandas. Tendo isto em vista, as críticas ao sistema adotado neste tribunal internacional não são poucas. O devido processo legal sempre vem sendo alegado quando os processos são suspensos para aguardar o julgamento da demanda-líder.

Destacamos que no ano de 2006 um importante trabalho foi feito na Corte para aprimorar o modelo de prestação “jurisdicional”. Assim, uma comissão de especialistas, compostas por pessoas de grande saber jurídico, indicadas por organizações não governamentais, foi organizada com o objetivo de tornar mais transparentes os procedimentos, bem como atualizar as reformas da Corte Europeia de Direitos

large groups of identical cases that derive from the same underlying problem. The Court has for some time had pending before it a great many of these cases, referred to as repetitive cases. They represent a significant proportion of the Court’s workload and therefore contribute to the congestion in the Court’s processes. The purpose of this note is to provide information about this procedure”. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf. Acesso em 10/12/2016.

²⁷¹ É como dispõe: “The way in which the procedure operates is that when the Court receives a significant number of applications deriving from the same root cause, it may decide to select one or more of them for priority treatment. In dealing with the selected case or cases, it will seek to achieve a solution that extends beyond the particular case or cases so as to cover all similar cases raising the same issue. The resulting judgment will be a pilot judgment”. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf. Acesso em 10/12/2016.

²⁷² Art. 46 (1): The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

Humanos. O relatório final aponta que o Pilot-Judgment Procedure é indubitavelmente o instrumento mais eficaz para estabelecer celeridade nos julgamentos²⁷³.

Esta ferramenta, em termos gerais, busca identificar se houve infração à Convenção Europeia de Direitos Humanos, detectar o cerne da questão na legislação nacional, conferir diretrizes para que o país demandado solucione a querela e, por fim, provocar a criação de mecanismos jurídicos aptos a fazer a cessar a lesão aos direitos fundamentais²⁷⁴.

Percebemos, pois, uma atuação ampla da Corte Europeia no sentido de estabelecer um diálogo institucional com os países signatários, indicando uma postura proativa e inovadora deste tribunal transnacional. Certamente, esses dados colocam em xeque a tradicional divisão de trabalhos conferida a um Paço de Justiça.

3.2 Procedimento

Embora o procedimento esteja sendo utilizado há mais de uma década, somente no ano de 2011 houve uma efetiva regulação específica do instrumento. Com efeito, tratamos da regra número 61 da CEDH. De qualquer forma, podemos dizer que foi uma consolidação do procedimento dos casos julgados no ínterim que vai de 2004 até o ano de 2010.

Assim, a regra preconiza que deve haver uma questão comum estrutural ou disfunção sistêmica que tenha poder para ocasionar multiplicidade de pedidos nesta Corte. Ressalvamos, contudo, que antes de deflagrar o procedimento-piloto, as partes devem ser ouvidas sobre a adequação ou não do manejo desta técnica²⁷⁵.

²⁷³ *No Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*: “The Group encourages the Court to make the fullest possible use of the “pilot judgment” procedure. In the light of practical experience, consideration would need to be given in future to the question of whether the existing judicial machinery, including the Court’s rules of procedure, will suffice for this model to be able to produce the desired results or whether a reform of the Convention should be contemplated in this connection”. Disponível em: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM\(2006\)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM(2006)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75&direct=true). Acesso em 10/12/2016.

²⁷⁴ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Idem.*, p. 476.

²⁷⁵ Rule 61, item nº 2: Before initiating a pilot-judgment procedure, the Court shall first seek the views of the parties on whether the application under examination results from the existence of such a problem or dysfunction in the Contracting State concerned and on the suitability of processing the application in

Vale lembrar que a instauração do julgamento-piloto pode ser feita tanto de ofício, como a requerimento das partes. Após a afetação de uma demanda para o julgamento-líder, por sua vez, a tramitação processual adquire status de prioridade perante as outras querelas.

No julgamento do *pilot-procedure* o tribunal deverá indicar a natureza do problema estrutural ou sistêmico constatado, bem como as medidas impostas para que o problema de lesão aos direitos fundamentais em larga escala por países signatários seja sanado.

Ademais, existe a possibilidade de suspensão de análise todas as causas pendentes sobre a mesma questão comum, como forma de estimular que o Estado signatário do pacto adote todas aquelas medidas coercitivas impostas por força de decisão-piloto²⁷⁶. A suspensão terá prazo determinado pela própria Corte.

Em arremate, exige-se que a decisão em acórdão-piloto deva ser devidamente comunicada a todos os envolvidos na contenda de direitos humanos, demonstrando todos os passos desenvolvidos até o desfecho do provimento final.

Interessante item que merece nossa atenção versa sobre cláusula de conciliação. Em caso de transição amigável entre as partes, o procedimento prevê que o governo do Estado dê uma declaração formal sobre as lesões a direito identificadas em procedimento-piloto, assim como estabeleça o modo de aplicação dos parâmetros acordados. Outrossim, obriga-se a adotar uma postura preventiva em relação a outras potenciais maculações de direitos fundamentais²⁷⁷.

Percebemos, por isso, que o *pilot-judgment procedure*, por ter tido importante papel na redução de estoque processual, gerenciando demandas formalmente individuais, mas com forte apelo coletivo, pode servir como modelo de inspiração de técnica procedimental para o padrão brasileiro.

accordance with that procedure. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_61_ENG.pdf. Acesso em 10/12/2016.

²⁷⁶ Indicação procedimental adotada mesmo antes da confecção das regras do pilot-judgment procedure. BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Idem., p. 477.

²⁷⁷ Rule 46, item nº 7: Where the parties to the pilot case reach a friendly-settlement agreement, such agreement shall comprise a declaration by the respondent Government on the implementation of the general measures identified in the pilot judgment as well as the redress to be afforded to other actual or potential applicants. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_61_ENG.pdf. Acesso em 10/12/2016.

4 O PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E SUA OTIMIZAÇÃO

A proposta do presente trabalho consiste em apresentar um panorama sobre a atual dogmática processual com o fito de adequá-la à nova realidade neoconstitucional. A evolução dos institutos processuais coloca em xeque os clássicos conceitos processuais que insistem em assombrar em pleno século XXI. Somamos a esta ambição, a tentativa de otimizar o novel incidente de resolução de demandas repetitivas através de uma interpretação conforme o cenário do direito brasileiro.

É por tal razão que caminhamos um pouco entre as novas formas de encarar o processo e a jurisdição, conferindo uma abordagem democrática e aberta do procedimento judicial. O intuito é repassar a ideia de que não mais cabe ao Judiciário a função reativa para a solução dos conflitos. Pretendemos, ao contrário, apresentar a Justiça brasileira como mais um instrumento de cidadania, inserindo o indivíduo nas decisões do Estado.

Passada esta etapa de contextualização, cabe-nos tentar sistematizar o segundo objetivo indicado, qual seja o aperfeiçoamento da prática do processo-padrão brasileiro. A tentativa se dá em razão da existência de inúmeras lacunas legislativas percebidas no modelo elaborado pelo legislador.

Considerando esses espaços não preenchidos pela lei, nossa tarefa inarredável, enquanto juristas, é procurar caminhos mais curtos, mas não menos legítimos, que possam alcançar o ponto de chegada ansiado no inaugurado instituto. Para tanto, amparamos nossas conclusões na contextualização já estudada, assim como na autorizada palavra de outros processualistas de destaque.

Ademais, conveniente foi a passagem por institutos estrangeiros que trabalham a mesma ideia de resolutividade de questões comuns a diversas demandas. Colocamos dessa forma porque acreditamos que os institutos nos serviram para mostrar como é o exercício de atividade similar alhures. Poderíamos, assim, agregar o lado pragmático do sistema alemão, tal como incorporar a perspectiva gerencial e administrativa do protótipo inglês. Seguindo tal trilha, contribuiremos para o desenvolvimento da atividade de resolver as controvérsias massificadas na Justiça brasileira.

Acreditamos, portanto, ter chegado ao momento de avaliar o nosso incidente de resolução de demandas repetitivas, o IRDR, à luz da legislação vigente, interpretando,

sempre que possível, a ausência normativa segundo os fins almejados a partir da elaboração do instituto, assim como aplicando dispositivos dos recursos repetitivos²⁷⁸. Isso se justifica porque sabemos que inexoravelmente o incidente sofrerá com dificuldades procedimentais, haja vista as inúmeras lacunas legais deixadas pelo novo diploma. Por se tratar de uma ferramenta inteiramente inédita, seu *modus operandi* pode causar confusão quando de sua aplicação, mormente diante de uma regulamentação incompleta²⁷⁹.

Para nós, por questões de estratégia, é necessário repartir o processamento em quatro partes definidas, são elas: suscitação, processamento, julgamento e aplicação. O intuito é exatamente oferecer ao leitor uma visão ampla de todo o *iter* procedimental percorrido até o seu desfecho.

4.1 Suscitação

4.1.1 Cabimento

Para ser instalado, o instituto que resolve as controvérsias repetitivas exige, segundo o art. 976 do novo Código de Processo Civil, a existência de uma efetiva repetição de processos que contenham uma questão de direito repetitiva.

Ademais, não prescinde de outro requisito cumulativo, qual seja o risco à isonomia e à segurança jurídica, potencialmente lesadas em caso de decisões prolatadas por órgãos jurisdicionais distintos, que adotam posicionamentos divergentes.

²⁷⁸ Vide nota oito (8).

²⁷⁹ Observa da mesma forma o professor Fredie Didier: “Ocorre que, talvez por se tratar de um instituto sem correspondente na legislação processual revogada, relevantes aspectos não foram disciplinados pelo Código, notadamente os que dizem respeito ao procedimento adotado após o pedido ou instauração de ofício e a decisão de admissão do incidente”. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. Revista de Processo, vol. 258, ano 41, p. 258-278. São Paulo: RT, 2016, p. 258. Da mesma forma: “A redação dos dispositivos do projeto do novo CPC que tratam do incidente de resolução de demandas repetitivas não deixam claro se a técnica de julgamento do incidente será semelhante à dos recursos especiais repetitivos e da repercussão geral ou se, diferentemente, se aproximará da técnica aplicável a incidentes como, por exemplo, a arguição de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC). Daí se abrir, a nosso ver, possibilidade hermenêutica de analogia com o instituto que mais o aproxime de suas finalidades”. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação do seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). Novas tendências do processo civil, vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 664.

O *caput* do dispositivo legal acima citado aponta “ser cabível” o procedimento, parece exibir sua literalidade como um instrumento processual à disposição dos operadores judiciais. Isso significa dizer que, mesmo que as condições sejam acumuladas, não necessariamente o incidente seria instaurado. Seria semelhante apenas dispor sobre um instrumento facilitador do trabalho jurisdicional, sem que não houvesse nenhuma obrigação quanto à abertura do procedimento paralelo.

Em nossa exegese, esse não parece ser o melhor entendimento da matéria. Isto porque, com a inclusão e o fomento da colaboração no processo, em harmonia com os princípios da duração razoável do processo e do devido processo legal, há um poder-dever de que as partes, e também as cortes de justiça, estejam atentas à melhor solução dos seus conflitos²⁸⁰. Mesmo que os contendores não disponham de meios para saber se esta é a solução adequada para seu caso, cabe ao tribunal competente avaliar se os requisitos estão preenchidos. Uma vez satisfeitos, o tribunal possui o mister de iniciar o processo-paradigma.

Vejamos que a gravidade de um risco à isonomia e à segurança jurídica não pode ser desconsiderado por um tribunal. Os riscos de prestar a jurisdição iníqua e insegura geram no Poder Judiciário um dever de agir para estabelecer a paz social. Aqui, importante novamente destacar que o judiciário não pode estar alheio aos anseios sociais, devendo, pois, contribuir para o desenvolvimento do Estado.

Nesta perspectiva, não é mais aceitável que um tribunal, percebendo o potencial massificado das demandas protocoladas, bem como seu risco aos princípios relatados, permaneça inerte, sem dar uma resposta satisfatória aos cidadãos. É por tal razão que acreditamos que, embora a denotação do *caput* aponte para uma virtualidade na instauração do procedimento, o IRDR tem o dever de ser suscitado, caso haja a satisfação dos requisitos elencados, seja pelas partes, seja pelo magistrado que avalia um(uns) caso(s) repetitivo(s).

Noutro giro, o inciso primeiro do mencionado artigo projeta que deverá haver uma efetiva repetição de processos que contenham causa repetida. Ora, mas em que

²⁸⁰ Estamos de acordo com o posicionamento adotado pelo professor Aluisio Mendes e pelo advogado Roberto Aragão: “Ao contrário, realizando-se uma interpretação sistêmica dos dispositivos que regulamentam o instituto, parece possível concluir que, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos pelo *caput* do art. 930, ou seja, sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”, a instauração do incidente consistirá em poder-dever para os órgãos de cúpula dos tribunais”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. Op. Cit., p. 197.

consiste a repetição efetiva? É necessário que o judiciário identifique dezenas, centenas ou milhares de processos com situações padrões?

Tal como ocorre com a GLO inglesa não houve uma indicação legislativa da quantidade mínima estabelecida pela sobre quantas seriam as causas para que o procedimento pudesse ser deflagrado. Prudente, evidentemente, o legislador, deixando a questão para o juízo de razoabilidade dos julgadores que apreciarão a conveniência do instituto.

Acontece que ainda existe dúvida se é necessária a existência de demandas já processualizadas. A doutrina não é pacífica sobre o assunto. Há aqueles que creem que o comando normativo reclama a real judicialização, argumentando que o vocábulo “efetiva” liga-se diretamente à imposição de grande número de processos recebidos na Justiça²⁸¹.

Filiamo-nos, todavia, à outra classe de juristas que pensam de forma um pouco mais abrangente no que tange ao irrompimento procedimental. Isso para privilegiar que os bens jurídicos tutelados pelo próprio processo incidente sejam preservados. Em outros termos, julgamos ser fundamental a existência real e efetiva de alguns (poucos) processos, com grande calibre massificador, mas sem a replicação cabalmente comprovada. O Fórum Permanente de Processualistas Civis sufraga nosso entendimento no enunciado nº 87: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

²⁸¹ Pelo menos é como as palavras de José Miguel Medina apontam: “Não se admite o incidente, assim, quando há controvérsia doutrinária que não se reproduz em grande número de casos e tampouco quando, diante de um ou dois casos, se conjecture que sobre a questão poderá vir a surgir controvérsia. Esta deve ser atual e não potencial”. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 1324. Segue no mesmo sentido o professor Cabral: “Não é suficiente, entretanto, o *timor ne varie dicetur*, o receio de decisões conflitantes tão conhecido do estudo da conexão das causas. A imprevisibilidade acerca do resultado final deve ser efetiva, como diz a lei, e não potencial. Vale dizer, deve ter havido decisões finais em sentidos diversos, demonstrando-se com isso uma atual e efetiva insegurança e tratamento desigual. Não basta um risco potencial”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1422. Ver também: “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, p. 255-280, vol. 193. São Paulo: RT, 2011, p. 259.

Com a devida vênia aos ilustres processualistas que discordam de nosso posicionamento, é contraproducente aceitarmos que somente após uma numerosa enxurrada processual é que poderíamos abrir o instrumento. Se assim acontecesse permitiríamos sistematicamente a possibilidade de sentenças com desfechos contrários sobre mesma situação, minando os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Vale salientar que o incidente repetitivo possui o condão de estabelecer uma tese jurídica, sem que, para isso, precise solucionar uma lide. É, por isso, um padrão decisório a ser seguido para causas similares, que parametriza situações homogêneas de massa, impedindo a injusta dispersão jurisprudencial. Ora, se consiste em uma ferramenta que uniformiza entendimento de um tribunal, não parece ser razoável vindicar que todas as demandas que versem sobre a *quaestio juris* já estejam devidamente judicializadas. É preciso flexibilizar o da efetividade da repetição²⁸².

Não parece tão adequada, também, a utilização do instituto da conexão para solucionar todos aqueles “poucos” casos repetitivos²⁸³, já que, para alguns autores, tal montante não justificaria a movimentação do órgão estatal para iniciar procedimento objeto de nosso estudo. A rigor, sabemos que os efeitos da conexão e os do IRDR são incomparáveis, mormente quanto à força vinculante deste último. As consequências pelo manuseio de um aparelho em detrimento de outro são diversas quando pensamos na coerência de um ordenamento jurídico.

Um exemplo pode ilustrar melhor nossa posição. Pensemos no maior desastre ambiental do Brasil, o caso Mariana. Imaginemos que, embora a maioria dos lesados não tenha ingressado na Justiça, já se tenha (hipoteticamente falando) notícia das três primeiras ações judiciais versando sobre uma mesma situação jurídica e que inevitavelmente outras demandas serão formalizadas acerca de idêntica matéria jurídica. Ora, disponível um instrumento que isola a controvérsia e fixa o entendimento sobre a querela, por que razão não fazer uso do aparato para simplificar a resolutividade judicial? Deve a Justiça esperar um número graúdo até, enfim, dar partida no processo modelo?

²⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 158.

²⁸³ “Se estivermos diante de poucos casos, a conexão pela *causa petendi* ou por afinidade de questões, em muitas hipóteses, poderia ser suficiente para evitar decisões conflitantes, com menos esforço, menos gasto de tempo e recursos do Judiciário, e talvez preservando mais direitos fundamentais dos litigantes em exercer o contraditório e a ampla defesa”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. Op. Cit. , p. 1421-1422.

Por coerência ao que vem sendo dito desde o capítulo inaugural, onde acentuamos o papel integrador deste terceiro Poder estatal no progresso democrático, não poderia ser de outra forma nossa opinião, senão no sentido de conferir ao tribunal responsável pelo julgamento-padrão esta sensibilidade de antever o surgimento dos conflitos repetitórios, ainda que, no momento da suscitação, não conste número abundante de ações protocoladas. Isso não significa, contudo, que estamos a advogar em favor de uma corrente *contra legem*. Pelo contrário, clamamos apenas por uma interpretação não restritiva do preceito normativo, pois fala em *risco* à isonomia e à segurança jurídica, não o restabelecimento dos princípios.

4.1.2 *E as questões de fato?*

Esta matéria é um dos pontos que mais distanciam os modelos de resolução de conflitos repetitivos alhures vistos acima do nosso incidente repetitivo. Com efeito, em todas as sistematizações alienígenas há uma inserção dos fatos e do direito no procedimento. A opção do legislador pátrio foi a segmentação fato e direito, como prova de um resquício da teoria cognitivista.

Tal teoria, vívida em tempos positivistas, endossa a concepção unívoca da lei, em que todas as soluções de qualquer problema jurídico poderiam ser encontradas no resultado da atividade legislativa. Baseava-se, pois, em três pilares básicos: identidade entre texto de lei e norma, inexistência de vagueza ou lacuna legislativa e utilização de um sistema fechado de axiomas²⁸⁴. Assim, o fato era esquecido (e não valorado) diante da existência de tipo legal perfeito.

Conforme vimos no tópico da jurisdição, contudo, no atual estágio de paradigmático da ciência jurídica²⁸⁵ é pacífico que a atividade judicial é complementar à

²⁸⁴ Colocamos as palavras de Júlio César Goulart Lanes: “É claro que a viabilização de tal entendimento pressupõe: (a) confusão entre texto e norma; (b) a impossibilidade de uma linguagem com vagueza; (c) um sistema de axiomas fechado”. LANES, Júlio César Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: RT, 2015, p. 65-66.

²⁸⁵ O ínclito jurista brasileiro, Menelick de Carvalho assevera: “Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir”. CARVALHO NETO,

legislativa²⁸⁶. Colocamos dessa forma, sem medo de errar, porque não temos dúvidas que a atividade interpretativa consiste em uma atribuição criativa de sentido²⁸⁷, conformando o direito à realidade, a fim de que a regulação jurídica não escape da dinamicidade da vida em sociedade e acabe vencida pela história²⁸⁸.

Demais disto, é fato que a textura do tecido legal se tornou perene e aberta a diversos influxos culturais, econômicos, sociais etc. É o mesmo que dizer que o texto legislado não é (e nem pode ser) a única fonte do direito. Na interpretação do julgador, portanto, fatores externos influenciam vigorosamente nas decisões tomadas.

Outrossim, para não perder a aderência da prática social²⁸⁹, a técnica legislativa adotou a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, relegando ao intérprete o fechamento do sistema normativo. Isso faz parte do abandono da concepção hermenêutica de que a atividade judicial poderia ser resumida a um cálculo exato e subsuntivo, ao qual bastava a fusão da premissa maior com a premissa menor para encontrar a solução do caso concreto. Por tal razão, os fatos passam a integrar de forma definitiva a interpretação efetuada pelo juiz, já que os conceitos vagos da legislação precisam ser preenchidos com valores obtidos da singularidade do caso concreto.

Ora, se o julgamento pelo magistrado não envolve apenas uma atividade silogística de aplicação de normas genéricas, mas também um esforço interpretativo que

Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, v. 6, p. 25-44, 1998, p. 44.

²⁸⁶ Em sentido semelhante, Daniel Mitidiero: “Nessa perspectiva, a Corte Suprema dá lugar a uma particular conformação da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e da relação entre os próprios membros do Poder judiciário. Entre os Poderes, a Corte Suprema ocupa a posição de *parceiro* do Poder Legislativo na tarefa de promoção do império do Direito, estabelecendo-se aí uma clara relação de *colaboração*”. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 64-65. Importante tamb

²⁸⁷ “Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a natureza dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do di direito.” CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 27.

²⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Questão de fato em Recurso Extraordinário. In: Santos, André Leonardo Copetti et al. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:PPGD em Direito-UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 156-157.

²⁸⁹ Escreve neste sentido Teresa Arruda Alvim Wambier: “A complexidade das situações que nascem na vida das sociedades atuais fez com que se passasse a pensar que deveriam “ser resolvidas pelo aplicador da lei conforme as circunstâncias em que se verificarem; desde que, de modo geral, se passou a clamar por mais justiça ainda que em parte à custa da estabilidade e segurança do passado”, tendo-se constituído, para a ciência a obrigação de atender a estas imposições da vida, que deixou de reconhecer na lei todo o direito”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção de questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de Recurso Especial. Revista de Processo, vol. 92, p. 52-70. São Paulo: RT, 1998, p. 59. Semelhante ideia em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.). Anuário de produção intelectual 2008. Curitiba: Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria, 2008, p. 271 e s/s.

pode encontrar outras soluções (também legítimas) para uma dada situação real, fica claro que o encargo argumentativo daquele que decide experimenta considerável incremento, com atribuição de um valor jurídico para fontes legais e para fatos²⁹⁰.

Nessa conjuntura geral, em que vige uma legitimação lógico-argumentativa das decisões judiciais, temos de considerar que não só os aspectos genéricos dos tipos legais são levados em consideração pelo julgador. Os fatos postos servem de subsídio para que o magistrado valere a aplicação dos comandos legais²⁹¹, fechando a interpretação jurídica. É por tal razão que a hodierna ciência jurídica não dissocia o fato do direito. O fato é essencial para o desfecho em juízo do caso²⁹².

Analisemos que a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é um típico caso de conformação legal aos fatos dados. Percebamos, por exemplo, que um juízo de razoabilidade sobre determinada aplicação normativa depende diretamente de um diagnóstico fático detalhado. Munido apenas das bases legais, e sem apoio dos elementos fáticos, é impossível qualificar uma conduta como sendo razoável ou não. É, por assim dizer, que se torna tarefa indigna para o atual parâmetro hermenêutico a tentativa de dissociação do fato do direito. Não existe, pois, qualquer razão para permanecer viva na doutrina a separação inócua entre estas categorias.

Voltando ao incidente repetitivo, destacamos que, em nosso juízo, o intuito do legislador foi impedir um indevido alongamento do curso procedimental para realizar uma instrução probatória que garantisse a ampla defesa e o contraditório a todos os envolvidos²⁹³.

²⁹⁰ “[...] a atividade decisória em geral pressupõe a realização de um juízo que envolve não só um raciocínio lógico, mas também um esforço argumentativo ligado à realização de escolhas a partir da individualização e valoração de significados que devem ser atribuídos a normas e a fatos. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. Op. Cit., p. 66.

²⁹¹ Sobre a matéria, um dos mais afamados processualistas do mundo escreve: “I suggest that the law's designation as questions of fact of some of these questions that are theoretically questions of law is not merely a matter of haphazard convenience. On the contrary, the present procedural practices denote the existence of a meeting ground between factfinding and law application, where normative values shape the facts as well as the law. Many of the values and principles that are central in determining rights and duties also exert their influence on the fact-finding process and thereby affect the nature of the truth that emerges from the trial of the facts”. ZUCKERMAN, Adrian. Law, fact or justice. Boston University Law Review, vol. 66, p. 487-508, 1986, p. 489. Semelhante ideia MORRIS, Clarence. Law and Fact. Harvard Law Review, vol. 55, nº 8, p. 1303-341, 1942, p. 1304.

²⁹² “A construção do caso em juízo é uma atividade que exige, desde seu início, implicação recíproca entre fato e direito. O resultado dessa construção é um todo em que se misturam de forma inexorável fato e norma”. MITIDIERO, Daniel. Idem, p. 66-67.

²⁹³ Parece seguir a mesma ideia o distinto processualista Marinoni: “O incidente supõe a individualização ou o isolamento de uma questão de direito que embora possa estar claramente apoiada em fatos, não pode exigir investigação probatória. Fatos incontroversos abrem oportunidade para o surgimento de uma

Assim, o parlamento, para evitar equívoco interpretativo, teria achado solução melhor se vedasse de forma direta a colheita de prova das alegações no processo modelo. Com a acuidade no manejo dos vocábulos jurídicos o legislador causaria menos imprecisões, contribuindo para definições claras do papel dos fatos no julgamento do IRDR. Por isso, não andou bem o parlamento ao fazer uso da expressão “questão unicamente de direito”²⁹⁴.

A nosso ver, portanto, apenas está vedada a investigação probatória no incidente, pois as questões de fato são indissociáveis das de direito²⁹⁵, integrando a base de apreciação jurídica e conformando a legislação para o melhor resultado do caso em apreço. O art. 976, falando em questão de direito, pretende, a rigor, apenas impedir a utilização do procedimento para uma instrução de provas, não impedindo exame do arcabouço fático que integra a tipologia legal²⁹⁶.

4.1.3 *Legitimidade para Requerer*

Em seu art. 977, o novo diploma processual brasileiro indica *numerus clausus* os legitimados para requerer a abertura do procedimento, quais sejam as partes, o

mesma questão de direito. Mas há situação distinta quando, para solução de questão jurídica, fatos devem ser elucidados. O art. 976, ao falar em questão unicamente de direito, está aberto à solução de questões de direito fundadas em fatos incontroversos, mas rejeita questões que exigem produção de prova”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 54.

²⁹⁴ “Em nosso sentir, trata-se de limitação infeliz do legislador. Primeiramente, e sobretudo, porque é muito tênue e nunca ficou tão muito clara, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a repartição estanque *quaestiones facti* e *quaestiones iuris*”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. Op. Cit., p. 1425

²⁹⁵ Pelo menos em seu plano ontológico: “[...] no que diz respeito especificamente ao tema central dessas nossas breves considerações, tem-se dito, com acerto, que, rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção de questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de Recurso Especial. Op. Cit., p. 53.

²⁹⁶ Novamente, Teresa Arruda Alvim Wambier destaca com precisão: “Evidentemente, e aqui o legislador disse mais do que queria (*dixit plus quam voluit*), a questão não há de ser unicamente de direito. Isto porque não há questões unicamente de direito”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro torres de. Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1397. Também: “Se, por um lado, no campo dos recursos excepcionais repetitivos só sejam cabíveis discussões a respeito de questões jurídicas, estamos entre aqueles que sustentam que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode servir para a solução de uma questão fática comum a vários processos. Trata-se de uma característica destes procedimentos no direito comparado, e a maior abrangência pode emprestar maior eficiência ao mecanismo”. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 231, p. 201-231, 2014, p. 212.

Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição, e juiz ou relator, por ofício. Os interessados têm a obrigação de instruir a peça com a prova das alegações que justificam o cabimento deste tipo de processo.

Ressaltamos que, embora possa ser incitado *ex officio* por magistrados, isso não significa que o procedimento do instituto foi aberto, já que são situações distintas “requerer de ofício” e “instaurar de ofício”. Mesmo que haja atuação oficiosa no sentido de identificar possível adequação ao tipo legal do IRDR, há, conforme reza o *caput*, necessidade de “pedido”²⁹⁷. O início do processamento será determinado apenas pelo órgão competente.

Quesito interessante que pode ser provocado diz respeito ao contraditório nos pedidos de deflagração do incidente, vez que não existe previsão normativa nesse sentido. A pergunta que devemos fazer é se, antes da apreciação do cabimento do procedimento por órgão competente do tribunal, deve haver intimação das partes contrárias para que se manifestem sobre o pedido de ignição processual. Em nossa interpretação, por se tratar de um instituto de processo objetivo, não há necessidade da provocação da parte contrária dos processos individuais, já que sua esfera jurídica não é afetada.

Em outro plano, quando ainda era apenas projeto de lei na Câmara dos Deputados, houve calorosa discussão sobre a possibilidade de o incidente ser suscitado também por pessoas jurídicas de direito público e pelas associações com finalidade institucional de defesa dos interesses envolvidos no objeto do processo padrão, em clara inspiração ao modelo de legitimação *ope legis* das ações coletivas adotadas no Brasil²⁹⁸.

A opção legislativa que medrou, no entanto, foi aquela que permite aos sujeitos processuais a incitação do incidente-protótipo, à exceção do *parquet* e da Defensoria que podem formular pedido de admissão mesmo que não sejam partes de processo

²⁹⁷ Art. 977 da Lei 13.105/2015: “O *pedido* de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal [...]” [grifo nosso].

²⁹⁸ “Durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados havia incluído a legitimidade para as pessoas jurídicas de direito público e para associações civis que tivessem como finalidade institucional a defesa do interesse ou objeto do incidente. Pretendia-se tornar a legitimidade do IRDR similar àquela das ações coletivas”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. Op. Cit., p. 1425. Em outras palavras: “O Anteprojeto, talvez por uma preocupação em não associar o incidente à ação coletiva, afasta sugestões surgidas durante as reuniões da Comissão, de dotar de legitimidade para o incidente, além das partes, os mesmos legitimados para a ação civil pública. Além de eliminar qualquer comparação, a vedação aos legitimados para a ação civil pública evita a profissionalização desses incidentes, a partir de associações que, cada vez mais, veem a sua razão de ser na propositura de demandas que, em certos casos, sequer beneficiam os seus membros”. LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da Group Litigation Order (GLO) britânica. Op. Cit., p. 163. Da mesma forma MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 158.

individual que tenha como objeto a matéria destacada para apreciação em julgamento repetitivo. Em relação ao MP, destacamos sua condição diferenciada de protetor do interesse social relevante e de fiscal do ordenamento jurídico²⁹⁹, enquanto que à Defensoria, pontuamos a defesa dos hipossuficientes, potenciais afetados pelo uso desta ferramenta, devendo mostrar pertinência do seu pedido de instauração quando não for parte³⁰⁰.

4.1.3.1 Múltiplos requerimentos

Pelo fato de nosso objeto de estudo tratar de controvérsias que se desdobram em inúmeros processos, é muito provável que ocorra o protocolo de uma grande quantia de requerimentos sobre um mesmo tema jurídico.

Ocorre, todavia, que o novo CPC parece ter ignorado o fato, deixando-o órfão de regramento sobre a maneira de proceder das Cortes nessas situações. Caso isto ocorra, a recomendação é de que os pedidos sejam processados em conjunto e em apenso, para decisão única sobre o caso. Pelo menos é assim que se posicionou o Fórum Permanente de Processualistas Civis, no seu enunciado nº 89: “Havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que

²⁹⁹ *Per se*, o risco à isonomia e à segurança das relações jurídicas, na nossa visão, já são suficientes para caracterizar o interesse público envolvido. Há autores que vão além e colocam também a Defensoria como legitimada em situações que não figure como parte. Em nossa percepção, os interesses institucionais da defensoria são diversos. Para registro, as palavras de Marcos Cavalcanti: “Por essa razão, os colegitimados aqui estudados [MP e DP] não precisam ser partes em qualquer demanda repetitiva para requerer a instauração do referido incidente coletivo processual. Presentes, dessa forma, os requisitos para a instauração do IRDR, qualquer dos colegitimados pode suscitá-lo, ainda que não seja parte de demanda em se discutam tais questões de direito”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 541. Na mesma direção: “O Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, tendo em vista a redação não condicionante, requerer a instauração do incidente mesmo quando não forem partes, mas desde que haja um interesse compatível com as suas funções”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. Op. Cit., p. 250.

³⁰⁰ Em termos similares, Leonardo Carneiro Cunha: “Tudo leva a crer que a possibilidade conferida à Defensoria Pública de suscitar o incidente de resolução de causas repetitivas constitui mais uma hipótese de função típica que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, havendo necessidade de o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema que a eles esteja relacionado. É preciso, em resumo, que haja a chamada legitimidade adequada ou representação adequada. A legitimidade da Defensoria Pública, para suscitar o aludido incidente, deve relacionar-se com sua função típica, definida constitucionalmente”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Op. Cit., p. 262.

forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas”. É claro que estamos a falar de requerimentos sob competência de uma só Corte de Justiça.

Quando forem distintos os tribunais, não vemos qualquer óbice para que cada um instaure seu procedimento específico. A possibilidade de situação não isonômica, decorrente de decisões antagônicas, pode ser remendada com o manejo de recurso aos órgãos superiores de justiça³⁰¹.

4.1.4 *Endereçamento do Pedido*

Os pedidos de instauração, mesmo aqueles da forma oficiosa formulados pelos julgadores, devem ser direcionados ao Presidente do Tribunal competente para o caso. Assim, se a causa estiver pendente em um Tribunal Regional Federal, v.g., a petição de inauguração do processo repetitivo deve ser dirigida ao seu respectivo presidente.

Isso não significa dizer, contudo, que é ele o responsável por sua admissão. A rigor, ele recebe a petição (ou ofício) e envia para o setor do tribunal responsável pelo juízo de admissão, por ato contínuo e sem interrupções. Não profere qualquer decisão, seja formal ou de mérito, em relação ao procedimento, pois apenas conhece do pedido e repassa ao responsável pela admissibilidade e julgamento³⁰².

4.1.5 *Desnecessidade de causas pendentes no 2º Grau de jurisdição*

Outro conteúdo de grande debate na doutrina processual refere-se ao momento adequado para a instauração do procedimento padrão. As opiniões dividem-se entre aqueles que acreditam que somente pode ser usada a ferramenta quando pendente causa

³⁰¹ O posicionamento é o adotado também pelo Fórum de Processualistas já aludido, através do enunciado nº 90: “É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes”. Mas há quem defenda o oposto, advogando pela impossibilidade. Sobre a temática ver CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *novas tendências do processo civil*, vol III. Salvador: Jus Podivm, 2014.

³⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 217.

no Tribunal, e aqueles que aceitam a possibilidade tranquila de ser suscitado no primeiro, mesmo quando não haja controvérsia repetitiva tramitando no segundo grau.

É provável que a celeuma ainda permaneça vivaz no meio processual porque durante a tramitação do projeto na Câmara e no Senado, diversas mudanças foram implementadas no texto da lei. Vejamos que no texto do projeto do CPC (nº 8.046/2010) constava o art. 988, cuja redação definia que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal. Não obstante esta exigência legal ter figurado no projeto, a versão final do excerto normativo não foi aprovada com tal mandamento.

Mesmo assim, não faltam vozes na doutrina que permanecem incólumes quanto à indispensabilidade de causa pendente no tribunal como requisito para instauração do incidente³⁰³. O próprio Fórum Permanente de Processualistas Cíveis mantém enunciado nº 344 com a seguinte epígrafe: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

O cerne desta linha de pensamento, em primeiro plano, parece encontrar subsídio na literalidade do art. 978, parágrafo único³⁰⁴, que impõe ao colegiado responsável por fixar a tese e julgar igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária da causa que originou o incidente. Sem embargo, estamos convictos que o intento do legislador era gerar regra de prevenção, deixando para o órgão competente do julgamento do processo padrão, o encargo de dar desfecho também ao seu recurso, remessa etc³⁰⁵.

De mais a mais, argumentam que poderia haver avocação de causa, ferindo a divisão de competência constitucionalmente garantida³⁰⁶. O asserto, contudo, carece de solidez, vez que, como vimos, o incidente repetitivo é processo objetivo autônomo que não julga a causa, mas sim fixa tese jurídica. A competência para julgamento do caso

³⁰³ Um dos mais festejados processualistas sustenta: “Estando em curso no tribunal um processo originário ou recurso (inclusive a remessa necessária), é possível haver a instauração do IRDR, desde que presentes os requisitos previstos no art. 976 do CPC. Não há restrição quanto ao tipo de demanda, ou de recurso. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 634.

³⁰⁴ Art. 978, parágrafo único: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 580 e s/s.

³⁰⁶ Alertam para esta concepção Aluisio Mendes e Sofia Temer: “O primeiro é que a formação – perante segundo grau – de incidente com origem em processo sem decisão de primeiro grau criaria hipótese de avocação de causa, deslocamento de competência ou criação de competência originária, sem respaldo constitucional. A preocupação é válida e consistente”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Idem, p. 252.

seria preservada na medida em que a aplicação da tese não é tarefa do órgão julgador do incidente.

Por último, alegam que a existência de causa no tribunal garantiria amadurecimento das discussões sobre a controvérsia repetitiva, já que teria havido um contraditório e uma ampla defesa no primeiro grau que culminara com a sentença³⁰⁷. Embora esse concernimento seja saudável, o argumento levantado não é capaz de superar os fundamentos favoráveis à instauração ainda no juízo de piso.

Em primeiro lugar, esclarecemos que a deflagração do IRDR, quando os processos repetitivos ainda estão no primeiro grau, consiste na essência do instrumento. Relembremos que o instituto serve, dentre outras qualidades, para conferir racionalidade ao Judiciário e economia processual.

Ora, se as controvérsias repetidas forem separadas logo no início da sua tramitação, a Justiça economiza com tempo e despesa, pois, ao invés de movimentar todo o aparelho judicial para processar as centenas (ou até milhares) de causas isomórficas, tramitando em diversas varas distintas até chegar, ao longo de anos, na sentença, o tribunal destaca a questão múltipla, suspende os outros processos com pontos semelhantes, evita o uso da estrutura judiciária por tempo indevido e ainda impede o surgimento de decisões conflitantes para mesmas situações. É por isso que, com toda razão, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier informa que os objetivos do instituto seria frustrados se se exigisse, para a abertura do processo modelo, que já existissem sentenças antagônicas resolvendo de modo distinto idênticas situações jurídicas³⁰⁸.

Além disso, o art. 977, inciso I, especifica que o próprio juiz pode oficiar o Tribunal para que admita o procedimento repetitivo, indicando claramente que pode

³⁰⁷ Coloca seu posicionamento Leonardo Cunha: “Seria mais adequado prever o incidente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, seria mais adequado haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. Seria, enfim, salutar haver uma controvérsia já disseminada para que, então, fosse cabível o referido incidente. Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o assunto”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Revista de Processo, vol. 193, p. 255-280. São Paulo: RT, 2011, p. 260.

³⁰⁸ “Parece, todavia, que os objetivos do instituto ficariam frustrados, se se exigisse, para instauração do incidente, que já tivesse instalado o caos na jurisprudência do 1º grau, com milhares de sentenças resolvendo de modos diferentes a mesma questão de direito”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro torres de. Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1397.

haver a suscitação do instrumento sem que haja causa no tribunal³⁰⁹. A propósito disto, é exatamente o juiz de grau inferior que reúne melhores condições de identificar uma questão repetitiva que toma forma na sua vara, abarrotando seu gabinete³¹⁰.

Imaginemos, de modo exemplificativo, que comecem a surgir questionamentos sobre revisão de benefícios previdenciários na Justiça Federal, em virtude de uma hipotética reforma previdenciária. Estourando milhares de processos em varas federais pelo Brasil, seria completamente útil ao sistema Judiciário aguardar anos de tramitação de processos versando sobre idêntica controvérsia jurídica até que uma dessas causas chegue ao tribunal e possa servir para abertura do procedimento paradigma. Durante este tempo, a Justiça teria gasto tempo e dinheiro. Isso sem falar na possibilidade de uma lesão aguda na isonomia e na segurança jurídica em razão da patente possibilidade de decisão distinta entre juízos diferentes. Em suma, não faz qualquer sentido aguardar causa pendente no Tribunal, quando se tem maculada a isonomia e se tem utilizado de forma irracional os recursos físicos e humanos da máquina judiciária.

Quanto à alegação de que a causa pendente no tribunal já estaria mais amadurecida e debatida para ser apreciada, o argumento não parece ser capaz de driblar os objetivos almejados pelo IRDR, embora pareça, a priori, fundamental.

De fato, no primeiro grau não contamos com o devido amadurecimento, porém isso pode ser compensado com o respeito ao procedimento previsto no instituto repetitivo. Vejamos, neste sentido, que o incidente possui preocupação perene em debater o assunto com o maior número de envolvidos possível. Tanto é assim que consignou na lei processual, pelo art. 983, a possibilidade do relator instruir o processo com argumentos colhidos pelas mais variadas formas, inclusive por audiência pública. Esta feição aberta do incidente, em que é oportunizada a voz para os contendores parece suprir qualquer alegação mais apaixonada sobre a ausência de amadurecimento de causa quando a questão repetitiva esteja restrita ao primeiro.

³⁰⁹ “A referência ao juiz sinaliza o caso em que o IRDR se inicia em primeiro grau – conquanto seja dirigido ao tribunal – ao passo que a menção ao relator remete, naturalmente, à igual legitimidade atribuída ao desembargador com assento em certa fração do tribunal [...]”.³⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Idem*, p. 219.

³¹⁰ “A inclusão dos juízes de primeiro grau no rol dos legitimados, resgatando a previsão original do PLS 166/2010,55 corrigiu a distorção que havia sido criada pela Câmara dos Deputados. Afinal, não haveria sentido deixar que o magistrado de primeiro grau, quando percebesse risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, requeresse aos Tribunais superiores a extensão da suspensão das ações repetitivas, justamente porque é o magistrado, em primeiro grau, que pode perceber, de início, antes dos Tribunais, se há multiplicação ou potencial de repetição de demandas”. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 243, p. 333-362. São Paulo: RT, 2015, p. 341.

É por tais razões que, atendendo ao parecer nº 956/2014³¹¹, foi retirada do texto da Câmara dos Deputados a exigência formal de existência de causa no tribunal para suscitação do IRDR. Outrossim, a própria Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM)³¹² deixou claro que a ferramenta pode servir para causas pendentes somente no primeiro grau.

Temos, em desfecho, que, para o alcance dos fins almejados no processo padrão, é inarredável a possibilidade de abertura procedimental independente de causa tramitando no tribunal responsável pelo julgamento. Assim, somos categoricamente contra qualquer tentativa de estabelecer a parametrização não prevista na legislação de causa pendente no tribunal por destoar completamente dos objetivos propostos pelo incidente.

4.2 **Processamento**

4.2.1 *Admissibilidade*

Conforme vimos anteriormente, a admissão não é feita por juízes de primeiro grau, ainda que atuem oficiosamente, nem muito menos pelo presidente do tribunal, que possui a missão de receber a petição ou ofício e, ato contínuo, encaminhar para o órgão competente indicado no regimento interno do respectivo Paço de Justiça.

Percebido pelo presidente, o processo é então distribuído a um relator que, embora tenha incumbência de dirigir o procedimento, não faz nenhum exame sobre a admissão do incidente.

A rigor, existe uma particularidade. No procedimento-paradigma o relator não faz nenhum exame de admissibilidade sobre a existência ou não dos quesitos indicados no art. 976 do CPC, quais sejam, risco à isonomia e à segurança jurídica combinado

³¹¹ O parecer é bastante claro no que tange à exclusão da obrigação aludida: “O caput do art. 988 do SCD merece ser desmembrado em incisos em nome da boa técnica legislativa, além de reivindicar modificações redacionais para fins de clareza. Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência”. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>. Acesso em 02/11/2016.

³¹² Enunciado ENFAM nº 22: A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.

com uma efetiva repetição de processos. A análise do preenchimento dos pressupostos é analisada pelo colegiado responsável pelo julgamento, não pelo relator.

É por isso que já há vozes na doutrina no sentido de permitir a realização de sustentação oral quando da decisão de admissibilidade feita pelo colegiado, haja vista a necessidade, ou pelo menos a tentativa, de expor de forma direta os argumentos que justificam a instauração procedimental³¹³.

Arrematando, comete irregularidade o presidente do tribunal, ou mesmo o relator após a distribuição do pedido ou ofício, que faz apuração antecipada das condições de instauração do incidente de repetição. Tal tarefa pertence exclusivamente ao colegiado indicado pelo regimento do fórum, nos termos do art. 981 da lei processual³¹⁴.

4.2.2 Estabilização Objetiva do Incidente

Apreciado pelo órgão colegiado competente, o IRDR deve seguir um rito que estabeleça de forma clara seus objetivos, identifique potenciais causas representativas e regule a participação dos interessados.

Notemos, todavia, que o nosso diploma processual é inteiramente lacunoso quanto a esses delicados aspectos, de tal sorte que cabe à melhor doutrina estipular diretrizes que harmonizem o procedimento com os princípios colimados pelo Código.

Admitido o incidente repetitivo, surge uma das etapas cruciais para o sucesso do empreendimento: o aprazamento do objeto do IRDR, ou, por outras palavras, a fixação da matéria repetitiva a ser apreciada. É este o momento ideal para erguer as balizas que delimitam a disciplina estudada no processo modelo, pois, ainda que tenha havido admissão pelo colegiado sobre determinado assunto, tal conteúdo era lastreado unicamente no pedido ou ofício enviado ao presidente do tribunal, e, portanto,

³¹³ DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. Op. Cit., p. 261.

³¹⁴ Art. 981: Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976. Adiante trataremos de alguns Regimentos Internos de Tribunais que previram *contra legem* esta possibilidade.

provisório no que se refere ao seu objeto³¹⁵. Nada obstante, na admissibilidade a turma pode excluir uma ou mais matérias consideradas irrelevantes para este tipo de procedimento.

Cabe ao relator, alicerçado na aceitação do processo protótipo pelo órgão especial, estudar o pedido (e suas implicações) e demarcar, de forma clara, o objeto do incidente, que pode versar, evidentemente, sobre uma ou mais questões jurídicas.

Assomamos que seria inviável que a turma especial que aprovasse a instauração do instituto também formasse todos os contornos objetivos para julgamento, pois demandaria mais tempo e trabalho dos magistrados de segundo grau. A orientação não vem expressamente da lei que regula o mecanismo, mas sim do próprio microsistema de causas repetitivas, que, no art. 1.037, inciso I, do diploma processual, dá ao relator o dever de identificar precisamente o objeto da controvérsia submetida a julgamento³¹⁶.

O papel é, pois, do relator, deduzido, igualmente, a partir de sua obrigação de suspender demais processos sobre mesma questão afetada para o incidente padrão, além da função anexa de ordenar e dirigir o processo do tribunal, nos termos do art. 932, inciso I da novel legislação processual³¹⁷.

Quesito relevante que não deve passar despercebido refere-se à obrigação de congruência entre o que foi apurado em admissibilidade e a delimitação objetiva definitiva realizada pelo relator. Em outros termos, seria possível incluir matéria não apreciada em admissibilidade, ou mesmo retirar tema admitido pela Corte?

Aqui é imperioso destacarmos que a correlação possui contornos diversos do processo tradicional, vez que possível a abertura oficiosa do procedimento repetitivo pelo magistrado. Não se aplica, portanto, a vedação constitucional do princípio da inércia.

³¹⁵ Sofia Temer segue a mesma linha de raciocínio, pontuando que: “Na decisão de admissão, o tribunal deverá indicar o que provavelmente fará parte do julgamento, o que será um primeiro indicador para a suspensão dos processos e para a afetação e delimitação definitiva do incidente. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 122.

³¹⁶ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará *com precisão a questão* a ser submetida a julgamento [nosso grifo].

³¹⁷ Nessa perspectiva, divergimos de Temer, que coloca como atribuição do órgão, não do relator, a incumbência de gerenciar o objeto do incidente. “Desse modo, após a etapa inicial de preparação, o órgão julgador, que terá recebido mais subsídios sobre a controvérsia, poderá modificar a delimitação anterior fixando definitivamente o incidente”. Idem, p. 128. Em termos práticos, parece pouco plausível que isto ocorra. Usamos como fundamento o próprio poder do art. 932 do CPC conferido ao relator: art. 932: Incumbe ao relator: I - *dirigir e ordenar* o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes [grifo nosso];

Entretanto, embora seja possível suscitar questões de ofício, entendemos que, para o bom andamento do procedimento, sem que haja interrupções, evitando o atabalhoamento do processo decisório, o relator deve seguir os parâmetros decididos na admissão do IRDR. Tal maneira de agir impede inclusive a ilegalidade de juízo monocrático de admissibilidade.

Sua tarefa consiste, portanto, em individualizar e aclarar quais os pontos controvertidos carecedores de tese jurídica, apresentando o objeto cognitivo do processo³¹⁸. Tudo isto através de uma abordagem simples e direta, para fins de fácil assimilação e identificação de causas semelhantes.

É claro que, diante de conhecimento de todas as implicações das questões levantadas em suscitação de IRDR é possível verificar que uma abordagem mais ampla é imprescindível para o escoamento de demandas repetitivas, ampliando a cognição do processo-paradigma para mais alguma(s) controvérsia(s) múltipla(s). Contudo, mesmos com a autorização para provocar de ofício, o aumento do objeto depende diretamente do colegiado para sufragar a inserção de nova questão jurídica isomórfica, vez que a admissão procedimental é feita por este órgão.

Atentamos, no entanto, que não é crucial o envio da controvérsia saliente para o presidente da Corte responsável, com o intuito de que promova uma nova distribuição. Justificamos nosso posicionamento pela tomada de tempo desnecessária que aconteceria caso houvesse nova distribuição. Ora, seria um procedimento inócuo, para juntar um conteúdo que faz parte de um contexto geral de incidente já deflagrado, inclusive com relator designado. O reenvio ao desembargador-presidente, com sua posterior redistribuição de matéria correlata a incidente já iniciado, seria destituído de qualquer razão prática.

Dessa maneira, consideramos que, ante à percepção de que matéria deve ser estendida pelo relator, pode haver o aumento objetivo, desde que o exame seja

³¹⁸ Em especial trabalho sobre o tema, Marcelo Pacheco diferencia o objeto cognitivo do processo do objeto litigioso do processo: “Por isso, objeto cognitivo do processo e objeto litigioso do processo são conceitos completamente distintos. O primeiro diz respeito às questões (pontos controvertidos de fato e de direito) que deverão ser solucionadas pelo juiz, de modo que possa julgar a causa e conceder a tutela jurisdicional, o segundo, por sua vez, diz respeito à matéria, aos elementos do processo aptos a individualizá-lo (diferenciar uma causa de todas as outras), delimitando o objeto da prestação jurisdicional, normalmente relacionado ao dispositivo da sentença e às transformações da realidade que terá aptidão em provocar, dentre as quais a coisa julgada material”. MACHADO, Marcelo Pacheco. A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 48.

submetido novamente à turma especial. Amparamos nosso posicionamento na instrumentalidade das formas, assim como na máxima *pas de nullité sans grief*.

Sem embargo, quanto à exclusão de matéria impertinente após a admissão do incidente repetitivo, julgamos não ser possível, a menos que haja justificativa plausível dada pelo relator e submetida à apreciação pela mesma turma. Observemos que é o colegiado o responsável pela admissão das controvérsias repetitivas, de modo que, somente ele, aceita ou não o destaque de situação jurídica homogênea para julgamento da tese³¹⁹, não podendo o relator transgredir sua competência para excluir assunto já afetado. Com a ressalva, é claro, de justificativa aceitável aprovada pela turma.

A importância do estabelecimento do objeto do incidente reside basicamente em dois aspectos: identificação de outras causas com idêntica situação homogênea e respeito ao contraditório e à ampla defesa. Decorre da obviedade a importância de precisar com acuidade e acurácia o objeto, a fim de as causas idênticas sejam separadas e suspensas para posterior aplicação da tese jurídica apontada pelo tribunal.

Por outro lado, importa a estabilização da demanda repetitiva para que o contraditório e a ampla defesa sejam preservados. Neste sentido, as partes deverão saber exatamente o que está sendo decidido para trazer argumentos a lume com o fito de fazer prevalecer sua posição. Se o IRDR afeta uma questão, debate com os sujeitos do processo e decide outra causa, fica patente o desrespeito à garantia fundamental do processo, que é o contraditório³²⁰.

Por tais razões, indispensável que a corte especial, através do seu relator se pronuncie sobre a matéria que vai ser levada a julgamento, tornando-a estável com a finalidade de preservar o direito constitucional ao contraditório, bem como assegurar satisfatoriamente que as causas similares se submetam ao que for decidido no processo paradigma³²¹.

³¹⁹ Eduardo Cambi afiança: “O juízo de admissibilidade, por força do art. 981 do CPC/2015, é da competência do órgão colegiado, não podendo ser objeto de decisão monocrática”. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. Op. Cit., p. 254

³²⁰ “Assim, não pode o tribunal afetar para julgamento determinada questão, suspender as demandas que tratem desta controvérsia, informar aos juízes e à sociedade que determinada matéria vai ser julgada, abrir para manifestação sobre esta questão específica e, ao final, fixar tese sobre ponto diverso. Esta situação configuraria evidente ofensa ao direito ao contraditório e significaria burla ao escopo e ao procedimento previsto na lei para legitimar a abrangente eficácia da decisão proferida no incidente”. . TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 129-130.

³²¹ Exatamente por isso fixou-se enunciado nº 606 do FPPC em sentido semelhante: “Deve haver congruência entre a questão objeto da decisão que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas e a decisão final que fixa a tese”.

4.2.3 *Participação dos interessados*

Ponto nevrálgico do incidente de resolução de questões repetidas é a participação de todos os sujeitos envolvidos na fixação da tese jurídica. É óbvio que, na maioria das vezes, não há condições de permitir a participação direta de todos os interessados, muito embora o envolvimento, ainda que indireto, seja necessário ao procedimento.

Mais uma vez remetemos o leitor à etapa inaugural deste trabalho, onde sobrelevamos a importância da participação democrática na atual conjuntura dogmática do direito processual do século XXI.

Consoante o que já foi reiteradamente relatado, o constitucionalismo contemporâneo conferiu ao Judiciário um enorme poder para tomar decisões políticas de intenso impacto social. Essa atividade, somada ao incremento da hermenêutica jurídica, que lida com conceitos indeterminados e cláusulas abertas, dissipa qualquer teoria que coloque o mundo judiciário como *longa manus* do poder legislativo. Ora, a interpretação judicial, repisamos, é também atividade criativa e, como tal, exara comandos normativos que enriquecem o ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, resta-nos lembrar das linhas traçadas no início do trabalho. Falamos exaustivamente que um dos maiores fatores de legitimidade da atividade judicial, enquanto fonte normativa, é exatamente a intensa participação democrática da sociedade, em que o processo, instrumento da jurisdição, se torna poroso, deixando entrar no contexto processual qualquer instituição representativa que some ao debate jurídico.

Dessa maneira, os procedimentos destinados a afetarem grande massa de demandantes e demandados devem necessariamente ser os mais porosos possíveis, permitindo que os litigantes-sombra³²² tenham oportunidade de serem ouvidos, sob pena de ilegitimidade constitucional.

E pensamos que é como deve ser o entendimento, haja vista que, num Estado Democrático de Direito, onde a participação legítima a atividade jurisdicional, é completamente impensável que uma decisão judicial possa afetar sujeitos que não participaram (ou não foram bem representados) devidamente no processo que os

³²² Sujeitos sobrestados que não foram reconhecidos como líderes-representantes.

atingiu³²³. Nossa preocupação é com a manutenção dos princípios estruturantes do contraditório e da ampla defesa, direitos fundamentais inalienáveis no processo civil.

Não podemos permitir que, a pretexto de uma racionalidade do sistema processual capaz de reduzir o estoque de processos, os direitos constitucionalmente assegurados sejam violados. Caso isso acontecesse faltaria legitimidade e sobriaria inconstitucionalidade a todo o sistema repetitivo. Por isso, é indispensável a articulação de um modelo que permita a participação dos interessados em etapas importantes do procedimento.

Ponderamos, no entanto, que em diversas situações a participação de todos os interessados (afetados) no procedimento-modelo pode ser inviável, em razão da quantidade de demandantes.

É oportuna a lembrança de que, diferentemente do GLO e do Musterverfahren, não existem mecanismos recursais para impugnação por parte dos interessados. Mesmo que tenha havido déficit representativo no procedimento-modelo, não há como a parte, individualmente considerada, proceder à anulação do julgamento, nem mesmo evitar que os efeitos sejam vinculados a ela. Aliás, mesmo com essa possibilidade nos sistemas alienígenas, não deixam de haver críticas quanto à participação deficitária dos interessados nestas espécies de tutela jurisdicional³²⁴.

Diante do silêncio legislativo, é preciso articular medidas que garantam a higidez do incidente, mesmo quando nem todos os envolvidos associam-se ao processo autônomo para nele postular.

Nessa trilha, divergimos parcialmente das afirmações cunhadas por Leonardo Carneiro, para quem, enquanto não definida a tese jurídica aplicável, as partes do processo originário têm direito de intervir na condição de assistentes litisconsorciais³²⁵.

³²³ Estamos juntos a Marinoni: “Não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processos de alguns. Como é óbvio, se num Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício de poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram a oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 46-47.

³²⁴ Remetemos o leito à nota nº 250, onde Rachael Mulheron apresenta, em relatório, crítica ao sistema de participação da GLO.

³²⁵ Escreve o afamado jurista: “Quer isso dizer que as partes das causas repetitivas, cujo processamento deve suspender-se ante a instauração do aludido incidente, podem nele intervir, fazendo-o na condição de assistentes litisconsorciais, exatamente porque a questão jurídica discutida também lhes diz respeito. Na verdade, o referido incidente representa a controvérsia, concentrando, no tribunal, todas as demandas que se fundam na questão jurídica a ser ali examinada. As partes de cada processo repetitivo podem tornar-se, igualmente, partes no mencionado incidente, nele intervindo na condição de assistentes litisconsorciais”.

Embora estejamos de acordo com o processualista, ao afirmar que o sujeito interessado em determinada decisão judicial pode (e deve) participar de sua formação, no IRDR, a maneira de integrar o processo não precisa ser sempre direta. Vejamos que a abertura do procedimento a todos pode ocasionar uma chuva de requerimentos e postulações que dificultariam o andamento processual da ferramenta, tornando-a morosa e complexa, dada sua extensão.

Também não nos filiamos à ideia de que a não participação dos litigantes-sombra é legitimada unicamente pela presença de um contraditório de influência, ou, em outras palavras, discordamos da legitimação do procedimento através do contraditório de convencimento em detrimento do contraditório de participação³²⁶. Em nosso entendimento, esta mera substituição na dinâmica do contraditório não é capaz de nos convencer de sua legitimidade para afastar os demais sujeitos³²⁷.

Explicamos. O contraditório de influência, *per se*, não garante que os melhores argumentos sejam levados a conhecimento do juízo se não houver um canal de participação direta. Observemos que o sobrestado, sem direito de voz, pode possuir alegações sólidas para construir a tese jurídica. Nestas situações, segundo a teoria da influência, o contendor-sombra deveria se resignar porque houve o contraditório para quem fazia parte do procedimento, mas não para ele, que não viu o enfrentamento dos seus argumentos.

Ademais, pode também o sujeito excluído não concordar com a tese fixada, não estando efetivamente convencido. Não estamos a nos referir de uma discordância cínica, mas de uma crença de que seus argumentos poderiam dar outro rumo ao desfecho tomado no incidente paradigma. É preciso ter presente que o representante (ou substituído) pode falhar e não apresentar satisfatoriamente as suas razões. Acreditar, pois, que o contraditório por influência soluciona a questão de déficit participativo é uma construção teórica com inúmeros problemas práticos.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Op. Cit., p. 269.

³²⁶ Esta é uma linha traçada por Sofia Temer: “No incidente, o direito ao contraditório é direito à influência, que aqui se exerce independentemente do envolvimento pessoal (ainda que apenas para aceitar eventual representação) e, por isso, dispensa a manifestação de consentimento ou de vontade dos sujeitos envolvidos”. TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 137.

³²⁷ Estamos em harmonia com as ideias de Marinoni: “Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa”. MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos Extraordinário e Especial repetitivos. Revista de processo, vol. 249, p. 399-419. São Paulo: RT, 2015, p. 407.

A substituição do contraditório de influência em prejuízo do contraditório de consentimento perde ainda mais sustentação quando procuram aproximar do modelo brasileiro de ações coletivas³²⁸, pois, mesmo que não haja assentimento dos titulares do direito, a coisa julgada coletiva opera com restrições gravíssimas, mormente quando prejudica o sujeito substituído. No IRDR, independente do que se entenda por participação, a tese vincula a todos. Portanto, com mais seriedade, o consentimento deve ser levado, ainda que minimamente, em consideração.

Dessa feita, propomos uma terceira via, onde não seja necessária a participação de todos em todas as etapas do processo, o que inviabilizaria o trabalho, nem muito menos seja prescindível qualquer atuação dos interessados, o que faria o incidente perder a legitimidade e a aderência com a realidade.

Assim, embora seja irrealizável a ampla e efetiva colaboração de todos os interessados, é exequível a existência de “janelas” com canais diretos de participação. Esta etapa que atrai ao incidente os interessados deve ser coordenada, consoante art. 932, inciso I, do CPC, pelo relator. Com fulcro no art. 983³²⁹, é recomendável que o desembargador incumbido de tal múnus proceda à realização de audiências públicas com a oitiva dos sujeitos afetados.

O direito de peticionar de qualquer interessado no IRDR deverá ser garantido também quando o relator decidir pela escolha da causa representativa. Este, um dos estágios mais críticos, deve necessariamente passar pelo crivo dos demais interessados. O argumento de que nas ações coletivas a sistemática de substituição não exige consentimento não nos convence porque lá a coisa julgada opera efeito *secundum eventum litis*. Aqui, o julgamento vincula todos, bem representados ou não. Pior, inexistente sistematização aos contendores da oportunidade de saída (*opt-out*) nem de entrada (*opt-in*) no procedimento. A estrada do processo-protótipo invariavelmente leva a um beco sem bifurcações. É, por isso, aconselhável que os sujeitos sejam ouvidos e/ou participem também da escolha do(s) líder(es).

³²⁸ Márcio Mafra fala, com razão, da desnecessidade do consentimento para a propositura de ações coletivas, colocando ainda o esquema com um grande problema teórico não resolvido: “No Brasil, a representação dos interesses coletivos se dá sem o consentimento dos substituídos processualmente. Daí decorre o maior problema teórico das ações de grupo, que consiste em fundamentar essa representação por um terceiro de interesses disponíveis de pessoas maiores e capazes sem o consentimento destas [...]”. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações Coletivas. São Paulo: RT, 2014, p. 230.

³²⁹ Dispõe o comando mencionado: “O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Noutro giro, a presença e importância do *amicus curiae*, sujeito processual de participação fundamental em processos de repercussão social, já foi devidamente minudenciada nas etapas primordiais deste trabalho.

Outro ponto que merece relevo diz respeito à legitimidade de atuação no incidente. Não obstante a figura do representante, a dinâmica do incidente se dá por aferição de interesses e, por este motivo, não equipara-se à legitimação do processo individual.

Assomamos que a relação jurídica processual tradicional, baseada na bipolaridade da demanda, representada por autor e réu, cede espaço a uma multipolaridade, onde os sujeitos que participam do processo atuam em contraditório para tentar infirmar a melhor solução jurídica para o caso concreto³³⁰.

Por outras palavras, queremos dizer que a estrutura processual se tornou bem mais complexa, tutelando diversas situações em que a simbologia polarizada de autor contra réu não se encaixa em todas as possibilidades.

Para a clássica noção do processo civil (presente em nosso Código Processual de 73), interesse e legitimidade são condições da ação³³¹ que devem ser aferidas pela análise da própria afirmação dos postulantes em relação ao direito material. É esta relação de direito substancial, passando pela peneira do interesse e da legitimidade, que define quem pode atuar e como deve atuar no tradicional processo³³².

Tal conformação, no entanto, não se sustenta em um processo objetivo, cuja pretensão é o deslinde de situações jurídicas replicadas em inúmeros processos. Concordamos com Sofia Temer ao pontuar que, sem a lide, o interesse e a legitimidade

³³⁰ Sobre a matéria ver. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. Revista de Processo, vol. 200, p. 13-70. São Paulo: RT, 2011.

³³¹ Art. 3º da lei revogada de Buzaid: Para *propor* ou *contestar* ação é necessário ter interesse e legitimidade [grifo nosso]. Ressaltamos que parece não haver mais condições da ação no direito processual brasileiro, haja vista que interesse em agir passa a ser pressuposto processual, enquanto que ilegitimidade e impossibilidade jurídica típicos casos de improcedência do pedido, aptos a formarem coisa julgada material. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Revista de Processo, vol. 198, p. 227-236. São Paulo: RT, 2011, p. 236.

³³² Para o professor Cabral, autor de artigo paradigmático sobre a matéria, tal concepção é decorrente de forte influência privatista no processo: “A ultrapassada apreensão civilista do fenômeno processual identificava as partes como os titulares de relação jurídica de direito material alegada e discutida no processo. Naquele modelo privatista, o autor era credor e o devedor era réu. Perquirir a quem caberia agir em relação a determinado direito era buscar saber quem era o titular do próprio direito, sobretudo no parâmetro de então, no qual o direito de ação refletia um aspecto ou elemento do próprio direito material: a ação era o direito material reagindo a lesões, “armado para a guerra”. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: migração entre pólos da demanda. In: FUX, Luiz. O novo Processo Civil Brasileiro - Direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 145.

não devem ser aplicados sem a reflexão detida. Para nós, é insuficiente a afirmação de existência de interesse e legitimidade para capacitar a parte a atuar em todo o procedimento, pois tais critérios devem ser utilizados para aferir a prática de cada ato³³³.

Em suma, não nos conformamos que o filtro do interesse e da legitimidade, analisados no processo individual, sejam capazes de autorizar *prima facie* a legitimação da participação em todos os atos do IRDR até o seu julgamento. Pensamos, pois, que os requisitos devem ser averiguados por cada ato, já que no incidente repetitivo não há relação substancial que autoriza a prática de todos os atos concernentes ao direito litigioso.

A rigor, não obstante vinculação das relações substanciais de direito (ações exercidas) com a situação jurídica tutelada no incidente de resolução de demandas repetitivas, não são aquelas que definem a possibilidade ou não de atuação no procedimento-padrão. Sufragando nosso entendimento existe o próprio artigo que trata da legitimidade para suscitar o IRDR, que outorga a diversos sujeitos (autor, réu, juiz, MP etc.), com posições distintas no processo individual, a capacidade de provocar o processamento repetitivo³³⁴. No incidente, as partes são embaralhadas e podem adotar diferentes posicionamentos a depender do ato a ser praticado. Adotamos, enfim, a concepção dinâmica *ad actum* da capacidade postulatória.

A vantagem do acolhimento de tal ideia consiste em aceitar um posicionamento estratégico dos demandantes³³⁵, vez que cada sujeito pode ter interesse em praticar um pontual e determinado ato. Assim, determinada parte pode acompanhar a instrução processual do incidente, enquanto outra se consagra como capaz de realizar a sustentação oral na sessão de julgamento.

Ademais, a estrutura multipolarizada permite principalmente a existência de divergência dentro da própria classe “autor”, ou “réu”, fazendo com que todos os sujeitos capazes sejam efetivamente ouvidos em suas posições, reforçando o contraditório³³⁶. Em arremate, o nosso novel diploma processual acolheu a legitimação por ato, permitindo a conferência por postulação, conforme art. 17³³⁷.

³³³ TEMER, Sofia. *Idem*, p. 143.

³³⁴ *Idem*, p. 144.

³³⁵ “De outro lado, as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas do processo, desde que úteis ao postulante. A abordagem pode servir para a solução dos chamados temas de decisão, parcelas de uma situação jurídica substancial [...]”. CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e zonas de interesse: migração entre pólos da demanda*. Op. Cit., p. 168.

³³⁶ CABRAL, Antonio do passo. *Idem*, p. 150.

³³⁷ Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

É nesse quadro de relações multipolares, com a divisão de legitimidade para cada ato, que surge a importância do destaque de causas que façam a adequada representação daqueles que não tiveram oportunidade de participar diretamente de todo o *iter* procedimental. É exatamente disto que cuidaremos em seguida.

4.2.4 *Escolha da causa representativa*

Em tópicos passados já abordamos nosso entendimento sobre a natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas, qual seja a de processo autônomo objetivo. A ideia é destacar uma controvérsia jurídica de repetição em vários processos e afetá-la para que um tribunal competente dê a solução/interpretação do caso. A norma processual vigente, mais uma vez, não abordou minimamente a situação, motivo pelo qual procuramos ostentar caminhos para solucionar essa deficiência normativa³³⁸.

É vital para o bom funcionamento do processo-modelo que todas as alegações sejam concentradas no procedimento do incidente, garantindo que a decisão ali tomada seja a mais plural possível. Por isso, nada mais coerente do que pinçar, dentre os processos repetitivos, demanda(s) que apresente(m) a maior possibilidade de injetar no processo-protótipo argumentos sólidos, bem como maior capacidade para equilibrar as partes de interesses contrapostos. Precisamos, portanto, de qualificação subjetiva (relacionada às partes) e objetiva (referente ao conteúdo).

Asseveramos que a figura da causa representativa importa não só para a riqueza dos argumentos apresentados, mas também na condução do processo repetitivo, atuando o representante como um verdadeiro porta-voz dos interesses defendidos. Isto sem contar certas prerrogativas processuais conferidas ao prócer processual, como tempo de julgamento e interlocução direta com a Corte.

Com efeito, a matéria abordada neste tópico ganha contorno de dramaticidade por ter sido completamente ignorada pelo legislador, embora seja um dos pontos mais

³³⁸ Embora não haja indicativo legal para a escolha de processo representador, destacamos a tentativa do STJ de pelo menos apontar algum parâmetro na escolha nos procedimentos de Recurso Especial Repetitivo – ainda na égide do CPC/73 – que obviamente faz parte do sistema de resolução de controvérsias repetidas. É a resolução 8/2008, que em seu art. 1º, § 1º dispõe: “Serão selecionados pelo menos 1 (um) processo de cada relator e, dentre estes, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”.

críticos do incidente. A representação adequada³³⁹, alegoria da tutela coletiva estadunidense, não foi sequer cogitada na legislação. A gravidade consiste justamente porque nem todos vão participar diretamente do evento, mas todos serão afetados. Não foi oportunizado um canal de saída (*opt-out*), nem muito menos um modo de impugnar a escolha do líder³⁴⁰.

O risco de obtenção de uma solução que não é a mais adequada para a questão afetada é potencializado por uma escolha débil dos representantes, desequilibrando as partes do processo-padrão e causando efeitos devastadores no produto final do incidente³⁴¹.

Precisamos, pois, (tentar) apresentar parâmetros seguros para a definição de quem será o(s) líder e protagonizará o incidente resolutivo de questões repetidas.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), em um dos seus enunciados, colocou que preferencialmente a escolha da causa representante recairia sobre ações coletivas já ajuizadas³⁴².

Ora, de fato, em ações coletivas, em razão da especificidade da tutela jurisdicional, em que se confere legitimação extraordinária a instituições presumivelmente fortes e capazes de encarar paritariamente grandes litigantes, pode haver presunção de que, tanto a abordagem de argumentos, como a representação na causa repetitiva pode ser mais adequada. No entanto, frisamos que esta presunção é apenas relativa, não devendo ser estendida a toda e qualquer demanda coletiva. A avaliação de condições de representatividade deve ser feita à luz da situação concreta.

É claro, porém, que outras qualidades devem ser consideradas para afetar uma demanda à representação. Conforme pontuamos no início do tópico, o exame deve ser visto à luz de duas perspectivas, uma objetiva e outra subjetiva, já que o IRDR consiste

³³⁹ Representação é aqui utilizada em razão do seu campo léxico, não necessariamente no sentido da representação processual, conceito da dogmática do processo.

³⁴⁰ Marinoni aborda esta temática: “Por fim, sequer se imagina a possibilidade de os excluídos não concordarem ou impugnarem a presença de determinado litigante como representante adequado no incidente. Na verdade, todo o raciocínio antes desenvolvido foi realizado apenas para demonstrar que o legislador obviamente não viu a parte presente no incidente como representante adequado”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. Op. Cit., p. 42.

³⁴¹ Demonstra idêntica preocupação o professor Antonio Cabral: “Essa seleção da causa-teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, ao escolher para afetação ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos”. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Op. Cit., p. 206.

³⁴² Enunciado nº 615: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º”.

em instrumento de produção de tese jurídica aplicável a uma infinidade de processos que contenham iguais pontos controvertidos de direito. Dado seu dimensionamento extraprocedimental, nada mais natural que, para a consagração da tese, o julgador (o legislador permaneceu estático) preocupe-se com os argumentos trazidos pelas partes, além de ter presente seu dever de zelar pela paridade de armas.

Quanto ao objeto, a percepção adequada de proficiência passa pela investigação da amplitude do contraditório, mormente no processo originário de primeiro grau, onde todos os argumentos são apresentados e debatidos. Para tornar factível a extensão do contraditório, o professor Cabral, em texto versado unicamente na matéria, designa pelo menos cinco preceitos: completude da discussão, qualidade da argumentação, diversidade da argumentação, contraditório efetivo e existência de restrições à cognição³⁴³. Alinhamos nossas idéias às dele.

Destarte, o primeiro preceito objetivo deve atentar para a existência do maior número de perspectivas possível que sejam aptas a condicionar o debate sobre a solução da questão frequente³⁴⁴.

Por sua vez, a qualidade da argumentação se justifica pelo municiamento do tribunal de argumentos que sejam bem articulados e contextualizados ao cenário da demanda. Há uma necessidade de clareza, lógica e precisão³⁴⁵. Este último critério, ao contrário do primeiro, baseia-se em noção qualitativa, não quantitativa. O cuidado é redobrado para não desvirtuar a diretriz em barreira elitista.

A diversidade da argumentação perpassa diretamente pela escolha de mais de um processo como representativo, moldando a escolha para emprestar uma ordem pluralista. É, por tal motivo, recomendável a eleição de processos de diferentes localidades (mormente nos Tribunais Regionais Federais), que acolham as mais diversas maneiras de alegar.

³⁴³ É como escreve: “O primeiro vetor refere-se à amplitude do contraditório, especialmente no curso do processo originário. Neste contexto, alguns critérios podem ser propostos a fim de otimizar a escolha da causa-piloto. Entendemos que estes parâmetros são: (a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova”. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. Op. Cit., p. 207.

³⁴⁴ Pondera Leonardo Cunha: “Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Op. Cit., p. 262.

³⁴⁵ “Temos que um processo deva ser compreendido como possuidor de argumentação de qualidade quando as alegações têm os seguintes predicados: *clareza, logicidade e concisão*. De fato, muitas vezes é preferível uma petição objetiva, com encadeamento lógico (sem contradições internas) e conciso, do que uma argumentação obtusa e prolixa porque extensa em demasia”. CABRAL, Antonio do Passo. Idem, p. 208.

Julgamos, outrossim, que o contraditório efetivo e a não restrição à cognição estão diretamente imbricados. Percebamos que a o contraditório só será pleno se não houver qualquer restrição à cognição, ou melhor, se o juiz se permitir ver todas as alegações das partes, enfrentando-as na sentença. Isso quer dizer que é muito provável que um processo em grau recursal provavelmente representará melhor estes itens, sem, todavia, implicar em afirmar que necessariamente o incidente só será instaurado quando houver causa pendente no tribunal, conforme dito linhas anteriores.

Quanto ao parâmetro subjetivo para averiguação da causa representativa, consideramos que deve ser apreçada a pluralidade de participação. Assim, processos que contenham uma rede litisconsorcial e/ou tenham a presença de figuras como *amicus curiae* são bons modelos a serem pinçados como representativo, reduzindo o déficit de participação no procedimento repetitivo³⁴⁶. A pluralidade objetiva é diversa da subjetiva, pois esta última refere-se aos sujeitos processuais, não aos argumentos.

Em desfecho, a escolha do(s) processo(s) representativo(s) pode seguir também as veredas traçadas pelo o art. 1.036, § 6º do CPC³⁴⁷, já que, como destacamos, os recursos repetitivos e o IRDR fazem parte de um microsistema. Assim, o comando deve ser aplicado pelo intérprete também quando se tratar de incidente paradigma, obrigando-o a selecionar a demanda com “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

Postas tais orientações, a dúvida remanescente diz respeito à modalidade de atuação do sujeito do processo individual que tenha sua causa afetada para o IRDR. É imprescindível salientarmos que o líder não atuará na condição de legitimado ordinário, como se fosse postular em nome próprio direito subjetivo, até porque não estamos tratando de uma estrutura processual clássica onde há autor, réu, uma lide etc³⁴⁸. Vimos inclusive que a própria legitimação para atuar não é genérica, mas conferida por ato.

³⁴⁶ Afirma Antonio do Passo: “Assim, alguns parâmetros podem ser propostos: 1. uma causa com litisconsórcio deve ser preferida a uma causa com apenas um autor e um réu; 2. devem-se preferir litisconsórcios tanto no polo ativo como passivo; 3. deve-se priorizar um processo originário no qual tiver havido intervenção de terceiros; 4. entre os processos com intervenção de terceiros, deve ser preferido sobretudo um processo em que tenha havido a atuação de *amicus curiae*, que é um terceiro desinteressado e que intervém com a função de trazer elementos de convicção para o debate e oxigenar o contraditório com outros pontos de vista; 5. devem ser preferidos processos no curso dos quais tenha havido audiência pública.” CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 213.

³⁴⁷ Art. 1036. § 6º: Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

³⁴⁸ “Primeiramente, é de se afastar a condição de legitimado ordinário, porque o líder não estará atuando no incidente na defesa de direito subjetivo que afirme ser titular. O sujeito condutor não atua no IRDR na defesa de seu direito, pelos motivos já apontados quando abordamos a natureza do incidente. Ainda que ele seja legitimado ordinário em seu processo individual, ao assumir a posição de líder no incidente ele

Não concordamos também com a insinuação de que o(s) líder(es) seria(m) um representante processual, haja vista sua condição de parte, muito embora o campo axiológico metajurídico o coloque como se representante fosse.

Pensamos que a forma de participação do guia é de legitimação extraordinária, já que é uma atribuição de defesa a um sujeito, em nome próprio, na defesa de direito alheio ou direito não exclusivo³⁴⁹, que não decorre mais exclusivamente da lei³⁵⁰. Mas, deixamos claro, este é apenas um encaixe por exclusão, já que nem sempre o IRDR terá como objeto direitos subjetivos, pois também resolve situações jurídicas homogêneas.

4.2.5 *Importância do aprimoramento dos Regimentos Internos dos tribunais*

Até aqui já vimos diversos aspectos do incidente de resolução de questões repetitivas que carecem de regulamentação mais específica. Os vácuos procedimentais, naquilo que não vá de encontro à legislação processual e aos princípios que estruturam a ferramenta, podem e devem ser preenchidos pelo regimento *interna corporis*³⁵¹.

Mas ora, se a legislação é vacilante em alguns pontos, o regimento interno, que vai regular uma boa parte da vida procedimental do mecanismo, adquire importante *status* normativo. É por esse motivo que tem a missão de ser fiel aos preceitos trazidos pela novel legislação processual e pela doutrina especializada, minudenciando e facilitando a processualização deste tipo de tutela jurisdicional de massa.

Vale a lembrança de que a lei que regulamenta o instituto aponta que órgão especial é quem terá a competência para julgá-lo. Muito embora existam processualistas que afirmem a inconstitucionalidade da imposição³⁵², acreditamos ser válida a

adquire uma nova condição, que não se assemelha com a tradicional equivalência em relação à posição que ocupa na relação de direito material”. TEMER, Sofia. Idem, p. 152-153.

³⁴⁹ Leciona Didier: “Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir o processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo”. DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 345.

³⁵⁰ O novo CPC, acolhendo inspiração doutrinária impôs no seu art. 18: Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo *ordenamento jurídico* [grifo nosso].

³⁵¹ Conosco: “A lacuna da legislação processual exigirá que os tribunais regulamentem, mediante normas internas, questões relativas ao processamento dos novos institutos do CPC/2015, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas”. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. Op. Cit., p. 277.

³⁵² Nesse sentido podemos encontrar Leonardo Carneiro da Cunha: “Não é possível ao legislador indicar qual o órgão interno do tribunal deva julgar o incidente de resolução de causas repetitivas. Essa indicação

obrigação dada pelo legislador, na medida em que ratifica a importância e a repercussão social do incidente. Razões estas que autorizam o seu julgamento por um órgão de composição especial e, portanto, não ordinário.

Em nossa opinião, andou errada a norma, contudo, quando, no art. 978 do Código de Processo Civil, equipara o órgão julgador do IRDR àquele responsável pela uniformização da jurisprudência³⁵³.

Em nossa interpretação, com a devida vênia a quem pensa de forma contrária, o instituto de resolução de causas repetidas não tem relação direta com a uniformização da jurisprudência, pois se presta a solucionar questões controvertidas de direito, diminuindo os custos operacionais da justiça. Possui, dessa forma, efeito oposto ao da uniformização da jurisprudência, pois pretende solucionar a contenda isomórfica antes da aparição de diversos julgados (sobre mesma matéria) dissonantes.

A uniformização, ao seu turno, é instrumento eficaz quando já existirem diversos entendimentos, na mesma Corte, sobre determinada disciplina, de tal sorte que seja imprescindível apontar o sentido da jurisprudência do Paço de Justiça³⁵⁴. O julgamento do incidente consiste exatamente em impedir a eclosão de julgados diversos em mesmo tribunal, bloqueando a necessidade de uniformização.

Noutro giro, muitos tribunais adiantaram-se nas tarefas e já regulamentaram boa parte do procedimento do IRDR, detalhando funções e atribuições do relator, assim como definindo a maneira do processamento da ferramenta³⁵⁵.

deve constar do regimento interno de cada tribunal. Segundo estabelece o art. 96 da CF/1988, compete privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. A legislação infraconstitucional pode indicar o tribunal competente, seguindo as regras já traçadas pela Constituição Federal. O legislador deve apontar qual o tribunal competente, não estabelecendo qual o órgão interno do tribunal que deva realizar determinado julgamento. Se o órgão julgador, num determinado tribunal, é uma câmara cível, um grupo de câmaras, a corte especial ou o plenário, isso há de ser definido pelo seu respectivo regimento interno”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Op. Cit., p. 269.

³⁵³ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

³⁵⁴ Estamos em conformidade com o posicionamento de Marinoni: “Como é evidente, a razão de ser do incidente nada tem a ver com a que recomenda a uniformização da jurisprudência. O incidente se presta a decidir questão prejudicial às demandas propostas por muitos. O seu objetivo é diminuir os custos da administração da justiça e dos jurisdicionados diante da litigação [sic.] múltipla e repetida de uma questão de direito. [...] A jurisprudência é uniformizada quando em razão de vários julgados divergentes há de se definir uma orientação que represente o entendimento da Corte. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, decide-se antes de brotar qualquer julgado ou entendimento. A decisão impede o surgimento de julgados diversos e, deste modo, torna desnecessária a uniformização da jurisprudência”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: RT, 2016, p. 70.

³⁵⁵ Aponta Fredie Didier que grande parte dos tribunais já alterou seu regimento para recepcionar o inédito processo-padrão. As alterações variam por estado ou região, com maior ou menor profundidade

Os regimentos internos, portanto, devem instituir a competência do órgão especializado em julgar o incidente, em primeiro plano. Numa segunda perspectiva, deve passar a estabelecer condições de processamento, ajudando a norma processual a atingir níveis adequados de otimização da ferramenta.

Por isso, é imprescindível que faça uma devida atribuição ao relator do processo para efetivamente coordenar e dirigir o processo dentro de sua competência. Assim, a previsão de que o relator fixa de forma clara e objetiva a matéria do incidente, não descuidando do contexto geral da contenda, é uma iniciativa que deve estar presente em regimentos com a consciência do papel do IRDR. Não menos importante é a disposição sobre a existência de uma janela de participação direta do sujeito interessado, podendo prever, ou pelo menos sugerir, a realização de audiências públicas com entidades representativas para, ouvindo-as, escolher também a causa representativa da controvérsia.

Enfim, várias são as formas que os tribunais têm de se aproveitar da lacuna normativa do processo-padrão para fixar diretrizes que sejam mais convenientes à atuação do tribunal. Devem as Cortes atentar para seu papel institucional na promoção da cidadania, compreendendo que o processo contemporâneo é também instrumento democrático que exige a porosidade da participação social. A percepção do fenômeno deve ser ainda maior neste mecanismo que possui capacidade para atingir inúmeras pessoas interessadas.

Precisamos comentar, contudo, que as atribuições conferidas regimentalmente não podem se sobrepor à determinação legal. Os tribunais devem estar atentos às competências conferidas legalmente para regular seu procedimento. Preocupa-nos o modo como alguns tribunais disciplinaram a competência do relator. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, fixou competência para julgamento singular do relator quando a suscitação do incidente se desse por parte ilegítima³⁵⁶. O Tribunal de

em algumas Cortes. Existe, por exemplo, modificação apenas para instituir a competência para julgamento do instituto, como TJ/RJ, TJ/RS e TJ/SC. No entanto, ainda existem tribunais que, até a conclusão deste estudo não remodelaram suas normas internas, como TJ/CE, TJ/PB, TJ/RR, dentre outros. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 259.

³⁵⁶ É como está o art. 368-C, II, da norma administrativa: “Distribuído o incidente, o *relator* poderá: II - *indeferir liminarmente* o incidente quando formulado por parte ilegítima”. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/legislacao/regimento-interno/>. Acesso em 15/11/2016.

Justiça do Mato Grosso foi além e permitiu o indeferimento unipessoal do relator quando houver a ausência dos requisitos de instauração³⁵⁷.

Tais contemplações regimentais, no entanto, parecem extrapolar a intenção legislativa. Assomamos que a admissibilidade de um procedimento de apelo social foi conferida exatamente a um colegiado em virtude da gravidade de sua instauração. Notemos que o poder do relator de decidir monocraticamente foi sumariamente recolhido. A lei impõe com clareza solar que o juízo será feito pelo colegiado, não pelo desembargador relator.

É por isso que, em nosso sentir, qualquer hipótese de indeferimento liminar pelo relator, ainda que lastreado por norma interna da Corte, será violador de norma processual. Entendemos, desta feita, que não pode o regimento interno ser “mais real do que o rei”, outorgando poderes retirados pelo próprio Código de Processo Civil³⁵⁸.

Consignamos que as normas regimentais devem amparar as normas processuais para obtermos uma melhor performance do incidente. Não pode haver contraste entre o que disciplina o CPC e o que manda o diploma interno do tribunal. O cuidado deve ser redobrado para não macular os princípios que norteiam o próprio IRDR.

4.2.6 *Suspensão de Processos*

Decorre da própria lógica da ferramenta que os processos pendentes em tramitação no estado ou região, nos quais contenham a idêntica matéria de direito afetada para julgamento, sejam suspensos. Com isto, reduz-se os custos operacionais que a administração da justiça eventualmente teria com a tramitação do processo. Despachos, intimações, serviços de secretaria etc., tudo isto é economizado para que o tempo e a máquina judiciária sejam aplicados a processos que exijam singularidade.

³⁵⁷ Regimento Interno TJ/MT: Art. 181-G. Distribuído o incidente, o relator poderá: I - indeferir-lo liminarmente, quando formulado por parte *ilegítima* e por *ausência dos pressupostos*. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Institucional/C/43053/#.WFMbYNIrLIU>. Acesso em 15/11/2016.

³⁵⁸ De modo similar, Didier: “O julgamento unipessoal de inadmissão ou admissão do IRDR, por outro lado, deve ser visto com reservas. É que, se, em uma primeira análise parece razoável permitir ao relator que inadmita monocraticamente incidente que verse sobre questão já decidida pelo STJ em recursos repetitivos (art. 976, § 4.º), por exemplo, a problemática torna-se muito mais sensível quando se trata de definir se há ou não repetição suficiente para instaurar o incidente ou se a matéria é ou não de direito, o que justifica que este juízo seja atribuição do órgão colegiado, como quis o CPC/2015”. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 262.

Dessa maneira, o processo com a questão de direito afetada é suspenso e aguardará a fixação da tese jurídica. Lembramos que o prazo máximo de suspensão do processo é de 1 (um) ano, quando voltará a tramitar normalmente, a menos que o relator, em caráter extraordinário devidamente fundamentado, decida de modo contrário, alongando ainda mais a suspensão processual³⁵⁹. Vale mencionar que o instrumento possui prioridade de tramitação sobre os demais feitos, com exceção da celeridade no tratamento do *habeas corpus*.

A suspensão deverá ser realizada pelo relator do incidente, nos termos do art. 982, inciso I. Não podemos olvidar que no projeto de novo Código, a suspensão era ato do presidente do tribunal competente³⁶⁰. No código aprovado, entretanto, a suspensão ficou mesmo a cargo do relator, que é, sem dúvidas, a pessoa mais adequada para identificar com precisão o objeto do procedimento, e determinar que as causas semelhantes sejam suspensas.

Esta suspensão deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais respectivos, o que significa dizer que a informação será direcionada aos órgãos com organização administrativa, como v.g., os juízes diretores do foro, que repassarão aos juízes das outras comarcas/subsecções³⁶¹.

Interessante a abordagem do código no que se refere à suspensão nacional, tutelando satisfatoriamente a segurança jurídica de causas que não estejam no âmbito de competência de um tribunal que afetou controvérsia jurídica repetitiva. Nessa via, o §3º do art. 982 preconiza que poderá haver suspensão de todas as demandas individuais, ou coletivas do país, versando sobre a mesma questão objeto do processo-modelo instaurado, a requerimento perante o tribunal competente para julgar Recurso Especial

³⁵⁹ É como está disposto na legislação processual cível: “Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário”.

³⁶⁰ “Diversamente, se admitido o incidente, o presidente do tribunal deve determinar, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição. Tal suspensão não impede, todavia, a concessão de provimentos de urgência no juízo de origem”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. Op. Cit., p. 270. Também: “Entretanto, uma vez admitido, os processos em tramitação em primeiro e segundo graus serão suspensos por decisão do presidente do tribunal (art. 934, caput), admitindo-se, porém, eventuais medidas de urgência postuladas junto ao juízo de origem (art. 934, parágrafo único). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. Op. Cit., p. 196.

³⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1433.

ou Extraordinário dos legitimados (à exceção dos magistrados) para instaurar o procedimento repetitivo³⁶².

4.2.6.1 Suspensão Parcial

Associamos ponto de maior relevo que é justamente a suspensão parcial do processo, culminando com a sentença de parcial de mérito em relação a questões não atreladas ao julgamento do IRDR quando houver cumulação de pedidos.

Embora reconheçamos que o julgamento do incidente possa ser prejudicial à apreciação de determinado pedido³⁶³, pode não ser prejudicial em relação a todos os pedidos de um processo, caso haja cumulação de requerimentos (permissivo do art. 327 do CPC)³⁶⁴.

Dessa forma, o processo, naquilo que tivesse independência da questão objeto do incidente, poderia prosseguir seu curso procedimental normal até a sentença de mérito, que, evidentemente, seria parcial, haja vista a suspensão em relação à questão prejudicial afetada para o procedimento-padrão. O entendimento foi inclusive consolidado no enunciado nº 205 do FPPC³⁶⁵.

Não enxergamos óbice a este posicionamento e, por isso, o endossamos, até porque não seria razoável que o demandante que formulasse pedidos sem conexão entre si esperasse por um prazo de até um ano para ver seu processo seguir seu curso sobre matérias que não tenham relação mínima com aquilo que está destacado pelo IRDR. O contrário dessa compreensão atrapalha a prestação jurisdicional célere, a que têm direito os usuários da Justiça, bem como não harmoniza-se com os princípios estruturantes deste mecanismo processual.

³⁶² Art. 982. § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

³⁶³ “Na verdade, a resolução das demandas pode, conforme o caso orientar-se apenas pela decisão do incidente. Mas a questão, ainda assim, é sempre prejudicial à solução dos pedidos individuais”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. Op. Cit., p. 51-52.

³⁶⁴ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

³⁶⁵ A dicção revela que: “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

4.2.6.2 Suspensão Equivocada

A ordem para o sobrestamento de causas similares, segundo vimos, partirá do relator desta espécie de tutela plurindividual. Acontece que a dinâmica de identificação das causas semelhantes, para fins de suspensão processual, nem sempre exigirá pouco esforço dos magistrados.

Com efeito, apontar, em um acervo de milhares de processos, quais são aqueles que contém exatamente o mesmo relevo jurídico discutido em sede incidental, demandará cautela e precisão.

É, sabidamente, da essência humana a falibilidade. Mas ora, a Justiça é estruturada e composta por pessoas, que diariamente procuram exercer sua função buscando o acerto. Reconhecemos que nem sempre isso será possível, máxime na identificação clara de uma questão jurídica debatida em procedimento-modelo.

Diante dessa situação, devemos verificar a hipótese em que o processo é suspenso de maneira equivocada. Por outras palavras, um processo onde não se debata a mesma controvérsia de direito destacada para o IRDR pode ter seu curso interrompido³⁶⁶. A alta probabilidade da ocorrência do prognóstico autoriza-nos a tentar solucionar o impasse.

A legislação processual mais uma vez é lacunosa, deixando à doutrina a construção do caminho alentador. Neste cenário específico, invocamos novamente o enunciado do FPPC que trata do microsistema de causas repetitivas, que envolve o objeto deste trabalho e os recursos repetitivos³⁶⁷, pois, em nosso entendimento, a disciplina dos recursos repetitivos traz a saída justa. No art. 1037, §9º do CPC é propiciado à parte o requerimento para demonstração de que sua contenda trata matéria diversa daquela suscitada no processo-modelo³⁶⁸. Após a manifestação da parte contrária, o juiz decidirá a plausibilidade do pleito. Em caso de indeferimento, o recurso que desafiará a decisão é o agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro

³⁶⁶ Mancuso identifica da mesma forma o problema: “O inc. I do art. 982, em comento, não previu a hipótese de que entre a questão de direito afetada ao IRDR e o objeto de alguma demanda individual abrangida na irradiação do sobrestamento possa inexistir perfeita correspondência [...]”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 243-244.

³⁶⁷ Vide nota 8.

³⁶⁸ Art. 1.037. § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

grau, ou agravo interno se tramitando no segundo grau de jurisdição, consoante art.1037, § 13º.

Embora a prognose não esteja expressamente pressagiada na disciplina do incidente padrão, a doutrina majoritária parece ter assentido com a possibilidade de requerer pela *distinção* quando o jurisdicionado perceber que sua demanda não contém a mesma controvérsia pinçada para fixação de tese jurídica pelo tribunal³⁶⁹. Aliás, impedir a petição figuraria grave impedimento ao devido processo legal, maculando princípios constitucionais sólidos do processo civil brasileiro.

Noutro giro, pode acontecer de processo com idêntica questão de direito levada para julgamento pelo procedimento-modelo não ser corretamente suspenso. Nesse quadro, analogicamente, consignamos que deve haver a mesma oportunidade da distinção citada acima, embora, nesta ocasião, o requerimento se faz necessário para corrigir a inexistência de suspensão³⁷⁰. De idêntica forma, com a manifestação da parte contrária, o juiz (ou relator) decidirá. Em caso de indeferimento, o recurso será o mesmo aplicado nos casos supramencionados.

4.2.6.3 Tutelas de urgência

O art. 982, § 2º do novo diploma processual trata de matéria interessante relativa à tutela provisória, já que, com as lides suspensas, o processo interrompe sua marcha de sucessão de atos.

O assunto foi bem regulado pelo legislador, haja vista que, mesmo com o sobrestamento de ações, é perfeitamente provável a existência de eventual pedido para apreciação com urgência. Nesse quadro, quem deve analisar é o magistrado onde tramita a demanda. Não poderia ser outro o mandamento legal, pois é exatamente este

³⁶⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, vol. Único. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 643. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1434. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, vol. 2. Op. Cit., p. 583. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 303. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 244 etc.

³⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, ibidem.

intérprete que reúne as qualidades necessárias para avaliar a conveniência da medida, estando mais próximo da realidade processual relatada³⁷¹.

Cabe a nós apenas a observação de que o instrumento provisório utilizado na lei foi a tutela de urgência, não contemplando a tutela de evidência. Ora, sem sentido seria a disposição de tutela de evidência para ação suspensa para se resolver controvérsia jurídica na medida em que não se vislumbra a própria probabilidade do direito perseguido³⁷². É necessário que haja invariavelmente a urgência, pois somente esta justifica a “burla controlada” da suspensão processual determinada pelo relator da tutela plurindividual.

4.2.7 Instrução do IRDR

Conforme já abordamos exhaustivamente, embora o incidente envolva questões fáticas contextuais, a verdade é que a alegação de fatos prováveis, que dependam de um meio probatório para serem apreciados, não será destacada para julgamento. Assim, é correto dizer que não pode haver instrução probatória por não haver espaço para avaliação de fatos aduzidos.

A instrução que queremos relatar é a instrução jurídica do procedimento, que deve ter presente a inarredável missão de transportar todos os argumentos capazes de infirmar a tese jurídica para o processo plurindividual.

Com efeito, o entendimento de como deve ser instruído o processo envolve a compreensão de todo o microssistema de resolução de casos repetitivos³⁷³, haja vista a economia legislativa dispensada a este tema de insofismável relevância.

É nesta importantíssima fase onde se condensam as teses dos interessados, colhendo-se depoimentos variados de instituições representativas, sejam da sociedade civil ou da administração pública indireta, quando possível. Por tal razão que importa a fixação clara do objeto do incidente, a participação dos interessados e a escolha da

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Idem*, p. 582.

³⁷² Já que, conforme leciona o professor Fux: “é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou menos impassíveis de contestação séria”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 313.

³⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 ao 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Idem*, p. 1436.

causa líder. A soma desses itens que formará o arcabouço instrutório. Tudo isso influi na profundidade da instrução incidental.

Nesta senda, valorosa diretriz instrutória é dada pelo art. 983 do diploma processual ao recomendar que o relator ouça as partes (e interessados), órgãos e entidades com interesse na demanda, assim como efetue as diligências necessárias para a resolução da matéria jurídica.

Não podemos olvidar que, para enriquecer a decisão do incidente, concordamos ser imprescindível a participação de entidades públicas e/ou agências reguladoras quando a controvérsia jurídica tratar de prestação de serviço público autorizado, concedido ou permitido³⁷⁴. As agências fiscalizadoras devem ter papel proativo, auxiliando o juízo, nessas questões de interesse social direto.

Trazemos a lume o § 1º do dispositivo mencionado supra para assomarmos a importância da consciência do múnus do relator desta tutela plurindividual³⁷⁵. De acordo com o que temos constantemente renovado, o processo, mormente aqueles de impacto coletivo, não podem mais se enclausurar na sua própria normatividade. Ensimesmado, nada poderá contribuir para a evolução do ordenamento jurídico. É por isso que, como fonte irradiadora dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, rogamos aos relatores que se utilizem, sem parcimônia, de audiências públicas, onde possam ser ouvidas pessoas que tenham a contribuir para o julgamento da tese jurídica a ser fixada³⁷⁶, deixando passar na peneira Judiciária a participação representativa popular ou técnica-científica. É claro que isso depende diretamente de uma atuação mais ousada do que resignada do relator do IRDR. Em termos práticos, a noção de que o instrumento se presta a solucionar grande número de contendas, aliviando uma parte da massa processual no seu tribunal, deve ser a ignição necessária para a adoção desse tipo de postura.

Notemos que a ampliação do contraditório, dando ouvidos à sociedade, é medida que se impõe diante da gravidade da vinculação que está por vir na sessão de

³⁷⁴ “Nesta linha, por exemplo, pensamos ser indispensável a comunicação ao ente público ou à agência reguladora, quando a questão a ser dirimida versar sobre prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, tão logo haja a admissão do incidente”. DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. Op. Cit., p. 271.

³⁷⁵ Rodolfo Mancuso o coloca como gestor do case management: “a intensa atividade desenvolvida pelo relator, nos termos do dispositivo ora em comento, está em sintonia com seu papel de case manager, na medida em que lhe cabe dirigir e ordenar o processo no tribunal [...]”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 262.

³⁷⁶ O comando assim dispõe: art. 983, § 1º: “Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

juízo. A norma jurídica a ser confeccionada tem, por isso, que ter dialogado efetivamente com a comunidade.

Assim, a instrução do processo-incidente é um gênero que contém a fixação do objeto repetitivo, a participação de interessados, a escolha do processo líder, além da ampla disponibilidade do relator de convocar entidades, estatais ou da sociedade civil, para se manifestarem no *iter* procedimental. Além disso, as audiências públicas permitem uma maior aproximação do Judiciário com as instituições, que faz fortalecer ainda mais os laços institucionais brasileiros.

Devidamente instruído, o processo-modelo vai para a pauta de julgamento.

4.3 Julgamento

Talvez esta seja a parte menos controversa do incidente repetitivo, haja vista a previsão da sessão de julgamento com a definição do procedimento a ser seguido para a obtenção da tese jurídica. Ainda assim, há algumas considerações a serem feitas.

4.3.1 Sessão de julgamento

4.3.1.1 Regulação da Sessão

A tese jurídica a ser definida no IRDR é de competência de um colegiado especial descrito no regimento interno do tribunal responsável pelo processamento da causa. O órgão aprecia a controvérsia jurídica em uma determinada sessão de julgamento por pauta definida após a instrução do procedimento-padrão.

O primeiro passo para se iniciar o julgamento é a exposição do objeto do incidente, consoante manda o art. 984 do CPC/15. A lei não faz menção à exposição dos argumentos levantados pelos interessados ao longo do incidente, muito embora sejamos favoráveis a esta breve exibição³⁷⁷, para efeito de conhecimento de todos os presentes,

³⁷⁷ É como entende também o professor Antonio Cabral: “Recomenda-se, embora não conste na lei, que o relator também exponha, ainda que só listando e não enfrentando analiticamente, os argumentos que

inclusive dos demais desembargadores responsáveis pelo veredicto. Ao tratarmos dos interessados, não nos restringimos aos argumentos contrapostos dos sujeitos processuais polarizados nas contendas individuais e coletivas afetadas, mas também dos partícipes do procedimento-protótipo na condição de *amicus curiae*, *custus legis* e demais entidades representativas que contribuíram para o deslinde da matéria.

Após o relatório, é hora de dar mais uma oportunidade aos sujeitos processuais, definidos pela lei como autor, réu ou Ministério Público, para sustentarem suas versões acerca do objeto controvertido. Cada um fará uso da palavra por até trinta (30) minutos, nos ditames do art. 984, inciso II, alínea a. Vale recordarmos que se houver mais de uma parte em um só polo, estas dividirão o tempo, gerindo esse tempo para que todos possam apresentar suas alegações. Do mesmo modo, o Ministério Público, se figurar como parte na demanda afetada, deverá dividir seu tempo com outros interessados-representantes do mesmo polo³⁷⁸.

Os outros interessados, contudo, terão prazo de trinta (30) minutos divididos entre si para manifestarem-se sobre o desenvolvimento da tese a ser elaborada. Em boa hora, entretanto, o legislador pôde prever a extensão desse prazo diminuto quando a quantidade de inscritos justificasse a dilatação temporal da manifestação³⁷⁹. Não poderia ser de outra forma, pois o respeito ao contraditório somada à democratização processual, enquanto instrumento de participação política, reclamam a real oitiva dos sujeitos³⁸⁰.

Sucessivamente, embora inexista expressa disposição legal, é possível conceder a palavra ao *amicus curiae* para que preste os esclarecimentos que achar pertinente. A licença já vem sendo autorizada amplamente pela jurisprudência do STF, além de estar

suportam as teses antagônicas existentes para a solução da questão comum”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Op. Cit., p. 1442. Da mesma forma TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 194.

³⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Idem, ibidem.

³⁷⁹ Art. 984, § 1º: “Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado”.

³⁸⁰ Pensamos similarmente a Eduardo Cambi: “A forma de divisão do prazo para aquilo que o art. 984, II, b do CPC/2015, denomina de demais interessados não pode impedir o efetivo exercício das garantias processuais pelos litigantes. Caso contrário, restaria violada a garantia do contraditório daqueles interessados cujos processos não tiverem dado origem ao incidente, mas que, também, serão afetados pela decisão dele decorrente. Com efeito, para se resguardar o princípio da isonomia, o interesse das partes nos demais processos que serão afetados pelo julgamento do incidente não é diverso do que aquele que anima as partes no processo em que suscitado o incidente. Logo, não pode haver tratamento diferenciado, sob pena de eles serem considerados jurisdicionados de categoria inferior”. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. Op. Cit., p. 348.

consoante os princípios democráticos do processo contemporâneo³⁸¹. Entendemos que seja o caso de aplicação à sessão de julgamento. Lembramos que tanto interessados como *amicus* devem fazer sua inscrição regular com pelo menos dois dias de antecedência, como ordena a alínea b, inciso II do art. 984 do código processual.

Outro aspecto que merece relevo em nossa abordagem diz respeito à confecção do acórdão. No incidente, com mais razão do que em outros processos, dada a vinculação extraprocessual e a efetividade panprocessual³⁸², é imprescindível que haja a elaboração cuidadosa do acórdão, pois ele terá papel fundamental na identificação de questões similares. Assim, é obrigatório que contenha o objeto jurídico, os dados fáticos, a exposição de todas as alegações suscitadas pelos sujeitos processuais (partes, interessados, *custus legis* etc.), o enfrentamento dos argumentos e, por fim, a decisão fundamentada de acordo com as exigências do art.489 do novo código.

Lembremos que a justeza do acórdão será responsável pela correta aplicação da tese jurídica fixada, devendo, por isso, evitar imprecisões e obscuridades que tenham potencial para fomentar dúvida sobre a reconhecimento em processos subsequentes. Por outro lado, a apresentação de todos os argumentos levantados (vencedores ou não) ajuda a evitar a tentativa de distinção para casos futuros sob alegação de fundamento novo. Assim, com a exibição clara de tudo aquilo que foi debatido em IRDR esquivar-se de eventual descumprimento da decisão modelo sob a justificativa de argumento não apreciado³⁸³. Todos os detalhes devem ser minudenciados no extrato do julgamento incidente.

4.3.1.2 Julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se originou o incidente – inconstitucionalidade

³⁸¹ É como entende Cabral: “Posteriormente aos interessados, ainda que a lei assim não disponha, entendemos que deva ser dada a oportunidade aos *amici curiae* admitidos no IRDR de também usarem a palavra em audiência pública. A prerrogativa já vem sendo concedida ao *amicus* pela jurisprudência do STF [...]”.³⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Idem*, p. 1443.

³⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Op. Cit., p. 265.

³⁸³ “A providência é muito salutar. De lado, porque a maior precisão previne o possível descumprimento da decisão incidente (por aplicação errônea ou não aplicação). De fato, a explicitação da solução à luz dos argumentos favoráveis e contrários não só no julgamento, mas também no corpo do acórdão, pode evitar que, posteriormente, a decisão não seja cumprida sob alegação de que há um argumento novo ou não apreciado no incidente que seria apto a alterar sua conclusão”. CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 ao 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Op. Cit., p. 1444.

O parágrafo único do art. 978 do novo código processual preconiza que o órgão colegiado com atribuição regimental de julgar o processo plurindividual também deverá processar ao julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária da contenda paradigma do incidente.

Em nossa opinião, com todas as vênias a quem diverge, o dispositivo caminha para o sentido de instituir uma verdadeira regra de prevenção processual, encurtando o caminho entre a fixação da tese jurídica e a solução da própria lide. A adoção deste procedimento evita que a aplicação por outro juízo da tese jurídica firmada seja incompatível com a decisão do IRDR³⁸⁴.

A tentativa de dar ao órgão especial competente a atribuição de julgar a lide parece solucionar a problemática de sua função regimental, ou melhor, define exatamente que o colegiado não se estrutura unicamente para fixação de tese jurídica, mas também para solucionar o caso concreto advindo do entendimento consolidado em sede de tutela plurindividual³⁸⁵.

Uma problemática surge porque a lei não aclara quando se dará o julgamento *in concreto* do processo que originou o processo-padrão. A aplicação da tese aos demais processos deve aguardar o julgamento da lide? Já colocamos em linhas anteriores que existe uma verdadeira cisão cognitiva entre a controvérsia comum e o objeto dos processos, não existindo correlação exata. Aliás, o IRDR trata de situações jurídicas homogêneas, não especificamente de direitos homogêneos. Por isso, entendemos que a administração do acórdão repetitivo deve ser realizada logo após o exame da tese.

A propósito disso, verificamos que, em determinadas situações, não haverá sentido algum em atribuir ao órgão colegiado o julgamento da causa. Isso porque o incidente tem como objeto questões de material e processual que, embora sejam prejudiciais ao deslinde da causa, sob certas circunstâncias, podem nada ter a ver com o objeto da lide individual ou coletiva.

Imaginemos, hipoteticamente, uma controvérsia repetitiva processual sobre contagem de prazos. Afetada a causa, é perceptível que a multiplicação atinge (ou pode atingir) processos com matéria de direito completamente distintas. Nesta ocasião a

³⁸⁴ É como pensa Rodolfo Macuso: “labora em pro do dispositivo em causa o intuito de prevenir eventual contrariedade entre a tese jurídica alcançada ao final do IRDR (art. 985 caput) e o desfecho de outras ocorrências processuais, a ela concernentes ou que lhe tangenciam, como, por exemplo, eventual reclamação (inc. IV do art. 988, redação da Lei 13.256/2016). Aí se cuida, pois, - embora o dispositivo em comento silencie a respeito - de uma assunção competencial ou de uma prevenção do órgão incumbido de julgar o IRDR, exegese amparada pelo § 3º do art. 55 do novo CPC [...]”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 224.

³⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, vol. único. Op. Cit., p. 645.

instrução do IRDR será direcionada para solucionar uma abordagem lateral do processo originário, neste caso a contagem de prazos. Por tal razão, com o advento da sessão de julgamento da demanda repetitiva, é muito provável que, embora o IRDR esteja instruído para solucionar a controvérsia prejudicial, o processo originário não esteja pronto para ter seu objeto julgado. Assim, nem sempre o julgamento da causa deve ocorrer no mesmo momento da fixação da tese jurídica.

Percebemos, por isso, a total inconveniência do dispositivo, pois presume que a questão prejudicial seja sempre atrelada ao objeto do processo originário. Esquece, contudo, que o IRDR tem ampla abordagem de direito material e processual, não estando necessariamente vinculado diretamente à lide dos casos isomórficos.

Como se não bastasse isso, o dispositivo possui inquestionável vício de constitucionalidade formal. Isto porque a doutrina reiteradamente tem atentado para o fato de que o parágrafo foi inserido pelo Senado Federal no segundo turno de votação, não constando nos projetos aprovados pela Câmara e Senado em primeiro turno³⁸⁶. Acreditamos, pois, que sua sobrevivência no mundo jurídico está com os dias contados.

4.3.2 Formação de Precedente obrigatório?

Muito se tem discutido na doutrina brasileira sobre a inserção de um sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil. A acusação é de que o legislador se inspirou sistema da *Common Law* para atribuir uma vinculatividade de certas decisões.

É claro que não possuímos a pretensão de abordar todas as questões atinentes ao sistema, até porque, além de tarefa hercúlea, transbordaríamos o objeto do trabalho. Cabe-nos avaliar se realmente a decisão fixada no IRDR constitui um precedente.

Não obstante as denúncias da guinada do ordenamento processual brasileiro para a tradição da *Common Law*, ressaltamos que existe, a rigor, uma aproximação, mas não uma definitiva implantação do aludido método. Aliás, a aproximação das duas tradições

³⁸⁶ “A inconstitucionalidade vem sendo apontada por inúmeros processualistas, porque não há correspondente do mencionado parágrafo na versão originária aprovada no Senado e, tampouco, na versão oriunda da casa revisora, a Câmara dos Deputados. Ora, no processo legislativo, após a revisão do projeto, este retorna à casa iniciadora, que não pode inovar no conteúdo da lei sem que haja nova análise e aprovação pela casa revisora, por força do art. 65, parágrafo único, da CF/1988”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 295. Igual abordagem: BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil, vol. único. Op. Cit., p. 646; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. Op. Cit., p. 1428 etc.

é a tônica deste mundo globalizado, onde os dois grandes blocos de tradições jurídicas aqui e acolá buscam inspirações no outro sistema com vistas a aperfeiçoar sua cultura jurídica³⁸⁷.

A grande verdade é que o código não tinha por intenção alterar o paradigma cultural da tradição de *Civil Law*, mas sim reconhecer que este, através da sua codificação, necessita de outros institutos para conferir a estabilidade das relações jurídicas, já que a lei não constitui fonte segura e clara de isonomia³⁸⁸. A contemporânea hermenêutica jurídica clama por uma racionalidade institucional sólida que impede medrar a sobrevivência de decisões judiciais divergentes sobre um mesmo contexto fático-jurídico.

Na realidade, embora se alegue a construção de um sistema de precedentes, o CPC parece ser vacilante na acurácia técnica do termo. Em algumas ocasiões, por exemplo, se refere à jurisprudência quando se quer dizer precedente. Ademais, a vinculação por aqui é estabelecida anteriormente, ao passo que alhures a definição do precedente com atribuição vinculante é dada pelo juiz aplicador do caso paradigma³⁸⁹. Isto sem falar que todo o contexto fático do caso é levado em consideração.

³⁸⁷ A ideia é bem clara em famigerado artigo do ínclito Barbosa Moreira, onde o estudioso aponta que nunca permanecemos completamente imunes à influência da outra tradição jurídica. Exemplo disto é a existência do habeas corpus e a inspiração em certas normas da tutela coletiva. Anotamos a passagem: “Em última análise, o que sugere a realidade é que o processo civil brasileiro e o norte americano se inserem – para empregar expressão vaga, mas talvez insubstituível – em culturas jurídicas distintas. Não significa isso que não possamos servir-nos dos frutos da experiência dos Estados Unidos, tão interessante por mais de um prisma: já o temos feito, e estamos a fazê-lo de novo, se vingarem as propostas da reforma constitucional. Significa, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco de rejeição. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é – e continuará a ser – um rebento de família romano-germânica e, portanto de *civil Law* [...]. De resto, se me permitem uma observação – ou antes, uma ressalva – final, parece oportuno registrar que, em perspectiva mais abrangente, há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de *common law* e processo de *civil law*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil brasileiro entre dois mundos. Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, p. 11-22, 2001, p. 21-22.

³⁸⁸ Crava de forma direta a professora Teresa Arruda Alvim: “Já observei, em vários textos escritos anteriormente, que hoje a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais e a importância que se dá aos princípios vem se acentuando na última década. Portanto, a lei pura e simplesmente não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo ‘filtro’ dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar decisões diferentes e desarmonicas entre si”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR, Fredie Et al.. Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 263-274.

³⁸⁹ “Assim, o decidido (*ratione decidendi*) torna-se precedente, holding, paradigma, leading case, binding case, ou seja, a jurisprudência passa a constituir fonte do direito. A isso chamamos de sistema do *stare decisis* (*stare decisis, et non quita movere* – aderir ao que está decidido e não alterar as coisas que estão estabelecidas), genuinamente definido como: “a doutrina pela qual, baixando à Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, aderir-se-á a esse princípio e aplicar-se-á a todos os casos futuros em que

Assomamos também que a teoria de precedentes é uma teoria voltada para Cortes de Vértices, ou melhor, Cortes Supremas³⁹⁰, cuja função, em termos genéricos, é exatamente fornecer uma unidade interpretativa para a legislação.

Desta feita, embora fabricado para ser precedente³⁹¹, muitas são as diferenças que distanciam o IRDR de uma típica configuração deste instituto jurídico do *stare decisis*. Aliás, não pode o legislador, por si só, achar que colocar na lei o que é precedente será suficiente para assim qualificá-lo³⁹². A recepção de institutos estrangeiros deve ser fiel ao modelo importado, salvo contrário será uma releitura aproximada, mas nunca uma aplicação idêntica da ferramenta³⁹³.

Acreditamos ser este o caso do IRDR. Ainda que guarde traços de semelhanças com um precedente típico do *stare decisis*, suas peculiaridades não autorizam a idêntica assimilação³⁹⁴.

O processualista Luiz Guilherme Marinoni aponta como saída para o problema a equiparação ao conhecido fenômeno da *collateral stoppel* estadunidense (origem inglesa), onde, após a coisa julgada da questão prejudicial, esta não pode mais ser rediscutida em outro processo. Atinge, contudo, apenas partes que tiveram a oportunidade de efetivamente participar ou conhecer do procedimento³⁹⁵.

Falta ao IRDR, todavia, um elemento essencial, que é a formação da coisa julgada. Para nós, o incidente repetitivo não culmina com a formação de uma coisa

os fatos forem substancialmente os mesmos”. ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. Op. Cit., p. 207.

³⁹⁰ “A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas”. Afirmção de Zaneti Jr. ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Op. Cit., p. 290.

³⁹¹ Ver Câmara, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 436 e s/s.

³⁹² Como assevera Marinoni: “De fato, o legislador equivocadamente pensou que poderia suspender o exercício do direito de ação para fomentar a criação de um precedente aplicável a todos. Raciocinou como se precedente fosse um nome mágico, capaz de legitimar a imposição da decisão a quem não teve oportunidade de participar”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. Op. Cit., p. 31. Importante também a observação do jurista Mitidiero: “Reconhecer força vinculante ao precedente nesse contexto não é uma decorrência de uma norma de direito positivo, mas uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica”. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente. Op. Cit., p. 71.

³⁹³ Rossi, mais uma vez, vaticina: “Podemos, desde logo, perceber que nosso modelo de precedentes (SV e IRDR) difere, em muito, do genuíno precedente estadunidense”. ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. Op. Cit., p. 218.

³⁹⁴ Estamos de acordo com a interpretação doutrinária de Georges Abboud: “A partir do fato de o art. 927 do NCPC elencar diversos provimentos que passarão a ser vinculantes, não podemos fazer a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo do recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente de *common law*”. ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: In: DIDIER JR., Fredie et alli. Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 400.

³⁹⁵ É a ideia central do livro MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. Op. Cit.

julgada, embora tenha estabilidade suficiente para estabelecer padrões ótimos de segurança jurídica. É, porém, uma estabilidade diversa que pode ser revista por meio de revisão da tese jurídica pelos mesmos legitimados a suscitar o instituto³⁹⁶.

Vejamos que não é possível nem mesmo ingressar com rescisória contra o julgamento repetitivo. Ademais, a decisão fixada em processo-modelo não possui prazo para ser revista, podendo ter estabilidade duradoura durante um grande lapso temporal.

Em nossa opinião, o IRDR lança uma estabilidade ainda não identificada pela dogmática processual contemporânea, que não condiz com a estabilidade da coisa julgada, até porque o art. 502 do NCPC veda a coisa julgada que não examina o mérito processual³⁹⁷. Este sentimento decorre do reconhecimento de que o processo civil pode ter diferentes estabilidades para assuntos já debatidos, não estando necessariamente vinculado à dicotomia coisa julgada ou nada³⁹⁸.

Nesse sentido, reconhecemos que o IRDR é uma construção genuinamente brasileira que não se amolda perfeitamente a nenhum outro instituto alhures. Aliás, nosso posicionamento, com o respeito de quem pensa de forma diversa, é de que não há motivos para tentar assimilá-lo a construções alienígenas, já que é puramente brasileiro. A tentativa de adequá-lo a padrões doutrinários de outros países pode não trazer tanto benefício à nossa ferramenta.

No desfecho do processo, recordemos, o que as partes querem do Judiciário é uma resposta coerente e racional, seguindo padrões decisórios dos casos anteriores. Em termos práticos, a performance adequada, em um primeiro momento, nos importa mais do que qualquer qualificação jurídica de alhures.

³⁹⁶ Com ênfase no tema, imprescindível darmos relevo às palavras do professor Cabral ao falar da estabilidade no IRDR: “Também não se trata de coisa julgada. Como já tivemos a oportunidade de afirmar em outros estudos, é um erro pensar que toda estabilidade processual deva ser coisa julgada. No entanto, há várias outras razões dogmáticas para que se exclua a possibilidade de estarmos diante da *res iudicata*. Primeiro, porque a coisa julgada, segundo entendimento disseminado no Brasil, não poderia ser condicionada (e assim não poderia ser aposta nem da cláusula *rebus sic stantibus* nem da cláusula *ceteris paribus*). Além disso, porque o IRDR é um incidente que por vezes pode assumir natureza objetiva, o que remete a outra lógica em termos de estabilidades processuais (note-se a diferença, por exemplo, da disciplina coisa julgada para aquelas decisões em controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, o chamado ‘efeito vinculante’). Por fim, a coisa julgada não atinge decisões de admissibilidade (que não examinam o mérito) por expressa determinação legal (art. 502 do novo CPC)”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. Op. cit., p. 1449-1450.

³⁹⁷ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

³⁹⁸ Este pensamento está muito presente na obra primorosa do professor Antonio do Passo Cabral: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

Dito isso, concordamos com a colega Sofia Temer, que coloca o incidente como um potencial gerador de precedente, embora não o seja automaticamente³⁹⁹. Para nós, consiste o IRDR em um julgamento com eficácia vinculativa a todas as demais situações, possuindo capacidade de se tornar precedente.

4.3.3 Recorribilidade

4.3.3.1 Recursos Cabíveis

Embora o incidente de resolução de demandas repetitivas possa eventualmente se originar no primeiro grau de jurisdição, consiste em um processo autônomo-objetivo de competência originária do tribunal responsável pela matéria. Isso ocorre porque há nitidamente uma cisão de competência, onde a Corte de segundo grau, por seu colegiado para este fim designado, julga uma questão prejudicial massificada de diversos processos como se fosse uma só. A aplicação da tese e, conseqüentemente, o julgamento do caso, é feita em momento posterior⁴⁰⁰.

O primeiro recurso que nos parece ser adequado são os Embargos de Declaração, onde o recorrente pode alegar obscuridade, contradição, omissão sobre ponto que o colegiado deveria atentar, além da erro material cometido no julgamento. Tudo isso, sem maiores problemas, consoante o disposto no art. 1.022 do CPC.

A maior relevância, contudo, advêm da apreciação recursal pelo STJ ou STF. Como assinamos acima, o tribunal julga em competência originária, sendo relevante que os órgãos judiciários de instâncias especiais apreciem o julgamento da tese de forte impacto social, como mais um pressuposto do devido processo legal.

Nesta senda, a *mens legis* autorizou o manejo de Recurso Especial ou Extraordinário, a depender do objeto do incidente, nos ditames do art. 987 do código processual.

³⁹⁹ “Assim, o tão só fato de a decisão ter sido proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não é suficiente para justificar a eficácia vinculativa, que dependerá de uma legitimação substancial, ou seja, da observância de características essenciais do próprio instituto. TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Op. Cit., p. 210.

⁴⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 288

A problemática doutrinária, no entanto, surge quando os supramencionados recursos, de acordo com a literalidade dos dispositivos constitucionais, exigem “causa decidida” para serem apreciados⁴⁰¹. Assim, embora a doutrina tenha considerado ao longo dos anos que o verbete significa também “questão” ou “controvérsia” decidida pelo tribunal de segunda instância⁴⁰², uma parcela de juristas considera que, no caso do IRDR, por se tratar de processo objetivo sem solução de uma lide, não deveria haver esta viabilidade recursal⁴⁰³.

Com todas as honras a quem assim pensa, acreditamos que a saída acima exposta não parece ser o expediente mais contributivo com o aprimoramento da técnica judiciária. Em primeiro lugar porque o incidente de massa tem um intenso apelo social, apto para resolver inúmeras controvérsias de direito. Este alongamento extraprocessual da ferramenta faz surgir a necessidade de que um tribunal de instância especial se pronuncie em definitivo sobre a interpretação matéria, estabelecendo parâmetros seguros de aplicação da norma pela sociedade civil. Em segundo lugar, as próprias cortes de vértice estão com atribuições além da preocupação de solucionar uma lide específica, pois utilizam o caso concreto como pretexto para dar uma interpretação uniforme ao Direito⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Para o REsp: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida” Para o RE: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as *causas decididas* em única ou última instância, quando a decisão recorrida” [grifos nosso].

⁴⁰² “O termo causa não sofre qualquer limitação quanto à natureza do processo (cognitivo, execução, cautelas ou procedimentos especiais), nem quanto à qualidade da decisão (terminativa, definitiva ou interlocutória), nem quanto ao tipo de jurisdição em que foi sofrida (contenciosa ou voluntária). O sentido causa é o mais amplo possível”. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno et. alli. O papel da jurisprudência no STJ. São Paulo: RT, 2014, p. 779 *Apud* TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 237.

⁴⁰³ É o respeitável posicionamento do processualista Antonio Cabral: “Como afirmamos anteriormente, trata-se de jurisdição objetiva, fora de conflitos acerca de direitos subjetivos, em que o tribunal apreciará e julgará a questão comum, mas não o caso concreto. Pois bem, nessa hipótese, não cabe recurso especial o extraordinário porque a Constituição da República, ao estabelecer o cabimento desses recursos, fala em “causas decididas” em única ou última instância nos tribunais. Ora, não havendo julgamento da causa (porque houve desistência desta), mas apenas a solução da questão comum nos moldes de uma jurisdição objetiva, não são cabíveis os recursos especial e extraordinário”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Op. Cit., p. 1452-1453.

⁴⁰⁴ Baseamos nossa versão com espeque nas palavras de Daniel Mitidiero: “A função da Corte Suprema é proativa de modo que visa orientar a interpretação e aplicação do direito por parte da sociedade civil, por parte dos próprios membros e por parte de todos os órgãos jurisdicionais, tendo sua atuação direcionada para o futuro. [...] O objetivo da Corte é orientar a aplicação do direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas o pretexto para que essa possa formar precedentes. O caso concreto serve como meio para que a Corte Suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Op. cit., p. 55.

Desta feita, julgamos ser imprescindível que o STJ ou STF se pronuncie sobre esse formato de jurisdição objetiva, ofertando seu entendimento aos reclames de grande número de demandantes.

Portanto, não vislumbramos sentido em adotar uma postura restritiva ao recurso quando a matéria que afeta uma parte considerável da comunidade. Aceitos os recursos de instâncias especiais, os tribunais competentes devem se pronunciar sobre a controvérsia de direito, fixando tese jurídica aplicável em todo o território nacional. Ressaltamos, em boa hora, que os recursos serão dotados de efeito suspensivo, protegendo a aplicação do direito e a isonomia em face de uma possível reversão do julgamento.

Em arremate, vale destacar que o *amicus curiae* possui legitimidade recursal para impugnar decisão do IRDR. É a única hipótese (extensível a todo o microssistema de causas repetidas) em que este sujeito processual adquire status de quase-parte⁴⁰⁵, participando diretamente da conformação da tese jurídica segundo seus interesses. É mais uma amostra de que o incidente-modelo possui a qualidade de “litigância de interesse público”, motivo que outorga a participação democrática e aberta a diversos sujeitos processuais, superando a dicotomia civilista, ainda arraigada na processualística, representada por autor *versus* réu, credor *versus* devedor.

4.3.3.2 Recorribilidade em IRDR sobre Leis Municipais ou Estaduais

Outra abordagem muito interessante é a possibilidade recursal no IRDR quando a questão jurídica controvertida tiver como objeto a interpretação de lei municipal ou estadual, sem que haja confronto com a Carta Magna ou com Lei Federal.

Não temos notícias ainda de processualistas que se aprofundaram na temática, por isso incorremos no risco de empreendermos qualquer colocação mais categórica a ser rejeitada pela melhor doutrina. Não nos furtamos, todavia, de lançar diretrizes para gerenciar a atividade recursal em caso de interpretação das leis locais.

⁴⁰⁵ É como reza o art. 138, § 3º: O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A dificuldade se dá porque, para a interposição de recurso especial ou extraordinário, a Constituição exige o descumprimento de tratado ou lei federal, julgamento válido de ato local em face de lei federal, além da atribuição de interpretação diversa da que foi dada por outro tribunal, nos casos de REsp, ou o descumprimento da Lei Maior, a declaração de inconstitucionalidade de lei federal, o julgamento válido de ato local em face da CF/88 ou julgamento válido de lei local em face de lei federal, nos casos de RE.

Inexiste a previsão normativa de interposição de recurso para as instâncias especiais em casos de estrita interpretação de lei local. Para o IRDR, isso gera um problema recursal, haja vista que não existe outro meio de impugnação do mérito do julgado, além, evidentemente, dos embargos declaratórios. Lembremos que a possibilidade de impugnação de decisão judicial é uma das faces do devido processo legal, mormente em uma sistematização de vinculação processual onde nem todos participam diretamente.

A solução para isso seria esperar que o legislador reprogramasse o modelo recursal, admitindo o recurso, nestas hipóteses, para outro colegiado diverso do que julgou o instituto, ou, pelo menos, admitisse uma nova composição mais plural em relação à turma especial que apreciou originariamente esta tutela plurindividual. Noutro giro, seria possível, embora remotamente provável, uma emenda constitucional que ampliasse rol dos recursos especiais e extraordinários para contemplar a situação em apreço.

As soluções passam todas por uma vontade do legislador de alterar o panorama atual, reorganizando a sistematização recursal do incidente repetitivo. Isso, contudo, parece ser a solução mais morosa e a menos provável, pois as alterações legislativas demandam lapso temporal considerável. Uma proposta de emenda à constitucional, então, menos viável ainda, não só pelo processo legislativo mais complexo, como também pelo fato de que o acesso às Cortes Especiais esteja cada vez mais restrito.

Para nós, o remédio para amenizar a carência recursal seria o desuso da jurisprudência defensiva por tais Paços de Justiça, ampliando a forma interpretativa da lei local e face da Constituição ou de Lei Federal. A sensibilidade importa para que se fixe uma tese jurídica de ampla utilização na comunidade local. Aliás, na contemporaneidade globalizada é prática corriqueira de entidades públicas procurarem a mesma regulamentação normativa de outros lugares pelo Brasil para aplicar no âmbito local. Assim, seria interessante que os tribunais superiores flexibilizassem o rigor da

exigência constitucional a fim de conceder a oportunidade de emitir decisão jurisdicional sobre este instrumento de comoção coletiva.

4.3.4 *Isenção de Custas*

O art. 976, no § 5º, estabelece que não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. É um procedimento, portanto, que, embora exija uma participação mais ativa de alguns advogados, juízes e servidores, conta com a gratuidade.

Marinoni coloca que são duas as possibilidades que justificam a escolha do legislador. A primeira diz respeito à aceitação de forma mais pacífica pelos jurisdicionados afetados com o irrompimento da demanda plurindividual, já que a inexistência de gastos superiores ao previsto pode fazer com que o grau de resignação aumente. Por outro lado, pode também o fenômeno da gratuidade ser interpretado em conjunto com diretrizes constitucionais e direitos fundamentais do processo, onde se preservam direitos dos litigantes excluídos, acarretando em um incentivo à representação adequada, que é apropriação do procedimento por pessoas capazes de estarem ali falando por uma enorme massa de pessoas⁴⁰⁶.

Assomamos que esta forma de tutela plurindividual é reconhecida pelo Estado brasileiro como mais uma espécie de “litigância de interesse público”, à semelhança das ações coletivas, em razão de sua relevância social⁴⁰⁷. A isenção, por isso, é decorrente da própria importância social do procedimento.

Pomos em relevo, todavia, que a falta do pagamento de custas pode causar graves problemas quanto ao interesse na representação, visto que, para muitos

⁴⁰⁶ “[...] a dispensa do pagamento de custas só pode ser vista como um incentivo para os cidadãos mansamente admitirem o mecanismo de solução em massa ou, na medida em que não há motivo para o Estado cobrar do Ministério Público e da Defensoria Pública, como mera declaração do óbvio. Porém, caso o incidente seja compreendido em sua devida dimensão constitucional, em conformidade com os direitos fundamentais processuais, respeitando-se os direitos dos litigantes excluídos, o não pagamento de custas pode ser visto como incentivo a atuação dos representantes adequados [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente. Op. Cit., p. 80.

⁴⁰⁷ “Segue-se, aqui, a mesma linha que o ordenamento brasileiro tem determinado para outras espécies de ‘litigância de interesse público’, como nas ações coletivas em que a provocação também é isenta de custas [...]”. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Op. Cit., p. 1424.

escritórios de boa qualidade e grande representatividade, pode ser desinteressante participar do incidente, arcando com custas operacionais de manutenção do processo, deslocamento etc. Como vimos nos modelos comparados (*Musterverfahren* e *GLO*), há uma divisão proporcional de custas, levando em consideração a pretensão individual de cada litigante, além de sua efetiva participação no processo repetitivo. Talvez uma sistematização de distribuição equitativa de custas processuais pudesse restabelecer o equilíbrio econômico do IRDR. Entretanto, não foi o que a lei definiu.

Derradeiro ponto refere-se à litigância de má-fé. Embora o processo-incidente não tenha custos para os participantes, isso não significa dizer que não haverá condenação por disputa que extrapole os limites da boa fé objetiva. A propósito, a colaboração processual e a boa fé devem ser princípios perenes no decorrer da marcha processual, razão pela qual sua aplicação não tem nenhuma relação com a isenção registrada na norma processual. É, por isso, perfeitamente aplicável a multa por combate desleal ao incidente de resolução de controvérsias repetitivas.

4.4 **Aplicação e revisão da tese jurídica**

4.4.1 *Utilização da tese jurídica e eficácia extraprocessual*

Como já sabemos, o IRDR é um processo autônomo que pretende delimitar a interpretação legal de uma questão prejudicial a um julgamento de mérito em vários processos. Uma vez julgado, o entendimento consolidado será replicado nos processos em tramitação, assim como nos futuros que porventura surgirem com a mesma controvérsia solucionada, nos limites da competência territorial do tribunal responsável pelo julgamento, segundo o art. 985 do novel diploma processual⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ *Verbis*: Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Caso haja recurso para as Cortes Especiais, entretanto, o que lá for julgado vinculará os órgãos judiciários de todo o território nacional, devendo toda estrutura do Poder Judiciário atentar para a correta e coerente aplicação da interpretação cunhada por alguma das instâncias especiais.

O uso da decisão do incidente repetitivo, contudo, embora sirva como parâmetro seguro para regular algumas relações sociais, não tem aplicação obrigatória nas demais esferas de Poder do Estado, v.g, no Legislativo e no Executivo. Isto serve para dirimir qualquer indício de inconstitucionalidade, minando os argumentos contra a utilização do instituto⁴⁰⁹. Em todos os casos, não podemos nos olvidar da imposição do art. 489, § 1º, V e VI, que exige a devida fundamentação para a utilização (ou não) de “precedente” gerado em julgamento de casos repetitivos, impondo ao magistrado o ônus de proceder à argumentação sobre o manejo do acórdão de caso repetido.

O mais importante da aplicação do IRDR, todavia, diz respeito a uma série de fenômenos que são consequência do julgamento da tese. Assim, o entendimento estabilizado pelo julgamento colegiado traz uma série de efeitos aplicáveis em processos que contenham a mesma controvérsia repetitiva, dentre os quais devemos listar⁴¹⁰:

(1) Exceção à ordem cronológica para proferir sentença/acórdão: a utilização do acórdão do IRDR para efetuar o depósito de tese jurídica em processo pendente não precisa obedecer à regra de cronologia do código, por se tratar de exceção disposta no art. 12, § 2º, inc. II do NCPC;

(2) Tutela de evidência: provimento provisória em que não se vislumbra a perigo da demora, mas sim uma plausibilidade do direito com base nos argumentos e documentos trazidos aos autos, invertendo, por conseguinte, o ônus do tempo no processo. Neste caso específico, pode haver deferimento da tutela de evidência em caráter liminar, caso haja tese firmada em julgamento repetitivo favorável ao pleiteante da medida, nos ditames do art. 311, inc. II do CPC;

⁴⁰⁹ Com muita elegância assevera Teresa Wambier: “De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador, se o Poder Judiciário não tivesse, a seu turno, que seguir idêntica orientação. Se o Poder Judiciário pudesse decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes, ambos os princípios estariam comprometidos”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução. Revista de Processo, vol. 98, p. 295-306. São Paulo: RT, 2000, p. 299.

⁴¹⁰ Podemos encontrar essa taxação em outros autores que escrevem na matéria. TEMER, Sofia. Op. Cit., p. 251 e s/s. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p. 182.

(3) Improcedência liminar do pedido: exame pelo juiz quando houver concomitantemente a desnecessidade de fase instrutória e o pedido for frontalmente contra entendimento consolidado em resolução de casos repetitivos, de acordo com o art. 332, inc. II do código processual;

(4) Dispensa de remessa necessária: fica dispensada a remessa necessária quando a sentença estiver em harmonia com o acórdão definido em sede de incidente repetitivo, pela exigência do art. 496, § 4º, inc. III do Código de Fux;

(5) Dispensa de caução em execução provisória: Em rol taxativo de casos (art. 521, inc. IV do CPC/15) que prescindem da caução para que haja a execução provisória é prevista a desobrigação de prestar a garantia quando o provimento final estiver lastreado também em acórdão de regime de causas repetitivas, já que, nestas oportunidades, a modificação do julgado possui chances remotas de ser modificada⁴¹¹;

(6) Vinculação obrigatória horizontal e vertical: consoante o preconizado no art. 927, inc. III, do NCPC, juízes e tribunais deverão observar (e seguir) os acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas;

(7) Improcedência recursal pelo relator: no art. 932, inc. IV, alínea c, do CPC/2015 é permitido o julgamento unipessoal de improcedência quando a decisão recorrida estiver balizada por tese firmada em IRDR;

(8) Procedência recursal do relator: nos termos do artigo supracitado, inc. V, alínea c, é possível dar provimento a recurso quando a decisão recorrida contrariar acórdão do incidente-padrão. Nessa situação, no entanto, só é possível o cabimento da medida após o prazo e análise das contrarrazões;

(9) Cabimento de Reclamação: muito embora este instituto tenha natureza jurídica controvertida, a doutrina majoritária não a considera recurso, mas sim um livre exercício do direito de ação. Caberá esta espécie de tutela jurisdicional para garantir a observância de tese jurídica fixada em incidente repetitivo, nos moldes do art. 988, inc. IV do Código de Processo Civil;

(10) Embargos de Declaração: é viável a interposição de embargos declaratórios quando a decisão embargada não se pronunciar sobre tese cunhada em IRDR com

⁴¹¹ “[...] o art. 521 prevê situações em que a caução pode ser dispensada. Ora levou-se em conta a natureza do crédito (inciso I – crédito alimentar), ora a situação do exequente (inciso II situação de necessidade), ora o adiantado estágio de tramitação do processo em que proferida a decisão provisoriamente executada (inciso III – pender agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042), ora, finalmente, em razão do fato de a decisão provisoriamente executada ter escassas chances de reforma”. SICA, Heitor Vítor Mendonça. Comentários aos arts. 513 ao 528. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 820.

eventual (ou alegada) vinculação ao processo, segundo disposto no art. 1022, parágrafo único, inc. I, onde é considerada omissão de decisão que não se manifesta sobre a matéria em questão.

Esse levantamento de hipóteses de aplicação dos efeitos do IRDR é apenas exemplificativo, haja vista que ao longo deste trabalho procuramos dar todos os devidos contornos do impacto do IRDR em processos com questões prejudicadas pela afetação incidental. E ainda há mais a ser lapidado. Com o tempo, a prática forense vai dar novas temáticas de análise quanto à aplicação deste instrumento processual.

4.4.2 *Aplicação aos Juizados Especiais*

Com a leitura do disposto no art. 985, inc. I, é possível perceber que o legislador, ao regular o instituto em comento, decidiu que a tese jurídica fixada em incidente repetitivo vinculará a todos os processos na área de competência do tribunal, inclusive aquele dos Juizados Especiais.

O texto legal traz uma aparente tranquilidade normativa, já que uma interpretação menos detida pode concluir que basta o processo de juizado acompanhar o que for definido em sede de incidente-padrão. Veremos, contudo, que a regulação específica deste sistema especial traz inúmeras dificuldades práticas insuperáveis, se considerarmos apenas a legislação disponível.

O IRDR é, sabidamente, de grande valia para o microsistema dos Juizados Especiais, já que é, nestes juízos, onde há uma efetiva repetição de assuntos e demandas⁴¹², motivo pelo qual se justifica a forte indicação de aplicação a esta ordem.

⁴¹² O professor Aluisio Mendes destaca, há muito, a importância do manejo do instrumento no sistema especial: “Embora a redação original do anteprojeto, bem como a versão inicial do texto do projeto aprovada no Senado Federal não fizessem qualquer referência à aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas aos Juizados Especiais Cíveis, a lacuna acabou por ser identificada durante os debates legislativos, chegando-se à conclusão de que a ausência de aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas aos juizados especiais poderia comprometer sua eficácia, na medida em que neste microsistema se concentra, de igual forma, grande número de demandas repetitivas, que não encontram tratamento adequado nos mecanismos de uniformização atualmente existentes na legislação específica dos Juizados”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. *Revista de Processo*, vol. 245, p. 275-309. São Paulo: RT, 2015, p. 278-279. Frederico Koehler, ao seu turno, afirma que: “De fato, ficou clara a opção do legislador de que os juizados especiais não sejam excluídos da aplicação do IRDR, o que se revela uma opção correta, ao nosso ver, uma vez que é nesse microsistema que surge a imensa maioria dos casos repetitivos, sendo certo que os juizados – especialmente a partir da

Ocorre que a competência deste modelo jurisdicional segue um regime diferenciado, em que as causas submetidas a tal sistematização não chegam sequer a serem apreciadas nos tribunais competentes para julgamento da tese incidente. O recurso do processo de juizado, *verbi gratia*, é julgado por uma turma composta por juízes de primeiro grau, consoante art. 98, inc. I, da nossa Carta Magna⁴¹³.

Assomamos que o legislador facilitaria bastante a tarefa doutrinária e jurisprudencial se tivesse tido mais cautela na regulamentação da aplicação do incidente aos juizados, vez que seu sistema procedimental é bem diverso do modelo processual “ordinário” do CPC. Uma previsão de que o IRDR pudesse, nos juizados, ser suscitado em um órgão determinado solucionaria a maior parte das dificuldades abordadas⁴¹⁴.

O primeiro problema surge exatamente em razão da divergência de modelo recursal. De acordo com o que já colocamos, se os recursos das “varas especiais” são lançados para turma recursal (TR), ou, eventualmente, para a Turma Nacional de Uniformização (TNU) – em processos de competência dos Juizados Especiais Federais (JEFs), qual será o papel desses órgãos, tendo em vista que o tribunal quem pronunciará a unidade do entendimento?

O vácuo normativo deixado não nos dá uma resposta satisfatória. Parece, no entanto, que deixa à deriva o sistema uniformizador específico dos Juizados Especiais, já que a Corte competente fixa a tese jurídica, ao passo que os juízos especiais a aplicam, segundo o comando legal do art. 985 do CPC acima aludido. Isso rompe com o

Lei 10.259/2001, que criou dos JEFs – sempre estiveram na vanguarda do estabelecimento de um tratamento diferenciado às demandas em massa”. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JR., Fredie et alli. Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 662. Aliás, esta preocupação já era conhecida de muitos juristas, v.g., Luiz Volpe Camargo, que demonstra preocupação da disciplina da matéria na confecção do novo diploma processual: “A despeito do silêncio tanto do texto do Senado quanto do texto da Câmara, acredita-se que as turmas recursais e juízes de juizados especiais também estarão vinculados ao resultado do incidente”. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). novas tendências do processo civil, vol III. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 309-310.

⁴¹³ “Um segundo aspecto do texto constitucional com particular interesse para o presente estudo é a imposição contida na parte final do inc. I do art. 98 da CF/1988, no sentido de que o julgamento de recursos seja feito por turmas de juízes de primeiro grau, da qual decorreu a criação, nos juizados especiais estaduais, federais e da fazenda pública, de turmas recursais e, ainda, no âmbito dos juizados especiais federais, de uma turma nacional de uniformização, todas elas integradas por juízes de primeiro grau”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microssistema dos juizados especiais. Op. Cit., p. 255.

⁴¹⁴ Novamente, Frederico Koehler pontua: “De fato, a dificuldade maior que surge é como compatibilizar tal previsão com a existência de um sistema recursal diverso nos juizados, com TRs, TRUs e TNU. Uma solução possível seria prever-se que, no caso dos juizados, o IRDR deveria ser interposto perante algum órgão que componha o microssistema, como a TRU ou a TNU”. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais. Revista de Processo, vol. 237, p. 497-506. São Paulo: RT, 2014, p. 501.

atual padrão especial destes juizados na medida em que os tribunais (Regionais ou de Justiça) não compõem sua estrutura recursal⁴¹⁵.

Mais adiante nos deparamos com outra situação controvertida. Vejamos que existem matérias que são tipicamente tratadas apenas em sede de juizados especiais, mormente os federais, que tratam de salário-maternidade de trabalhador rural, seguro de pescador artesanal etc. Se tais disciplinas não chegam nem a conhecimento do tribunal competente, seria possível a instauração de IRDR para tais situações jurídicas de direito? Existe o temor legítimo de que o incidente, nestes assuntos, não se preste a ser utilizado, prejudicando sua performance onde seu uso poderia ser mais reclamado.

Noutra perspectiva, existe dúvida quanto ao cabimento da reclamação, vez que esta ação é direcionada ao tribunal prolator do acórdão repetitivo. Entretanto, como reiteradamente anotado, os juizados especiais não tem estrutura recursal voltada para estes tribunais. Nesse sentido, é plenamente possível que haja, p. ex., recurso à TNU, bem como reclamação perante o Tribunal Regional respectivo, quando então pode haver a esdrúxula circunstância de acolhimento da reclamação e desprovimento do recurso, ocasionando uma completa incoerência sistêmica que mina a confiança na racionalidade institucional do Judiciário⁴¹⁶.

Assim, o que temos apenas é que o IRDR é aplicável aos juizados especiais, sem, por ora, entendermos nitidamente de quais maneiras se dará esta vinculação. Achar soluções para estas conjunturas é uma tarefa doutrinária árdua que exigirá o rompimento parcial com pelo menos um dos sistemas, ou do incidente-modelo ou dos juizados especiais. Isto, todavia, fica para outra oportunidade. Deixamos os questionamentos e consignamos a obrigatoriedade de observância nos juizados dos acórdãos proferidos pelo regime de causas repetidas.

4.4.3 *Revisão da tese jurídica*

A tese jurídica fixada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, presumidamente um resultado de amplo debate com a sociedade e com os sujeitos

⁴¹⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais. Op. Cit., p. 502.

⁴¹⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais. Op. Cit., p. 503.

interessados no processo, goza de uma estabilidade peculiar, que confere aos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário uma confiança legítima no entendimento consolidado.

Ocorre que nem sempre a equação responsável pelo atingimento daquela estabilidade conta com as mesmas variáveis. Por outras palavras, o dinamismo social e a alteração rápida de panoramas políticos, econômicos e financeiros na comunidade contemporânea podem fazer com que um acórdão de processo-modelo se torne obsoleto com o decurso temporal.

Nesta senda, não pode a aplicação do direito se tornar refém de uma estabilidade incoerente com o ordenamento jurídico⁴¹⁷. É por tal razão que o legislador, atento à transfiguração de conjunturas, previu a possibilidade de rever os entendimentos firmados em sede de incidente repetitivo.

Recordemos, em boa hora, que a estabilidade processual gerada pelo instrumento da tutela plurindividual não pode produzir coisa julgada, o que significa dizer que, no âmbito revisional de tese jurídica, é descabido o manejo de ação rescisória. Os processos individuais e coletivos julgados que se utilizaram da tese jurídica, todavia, podem sofrer ação rescisória, sem identidade de objeto, vale lembrar, com aquilo que foi definido em tese de processo-padrão⁴¹⁸.

A maneira correta para rediscutir o conteúdo de tese estabilizada por incidente repetitivo, por isso, é a técnica do art. 986, que preconiza que a Corte responsável pelo julgamento do IRDR superado na prática pode rever seu posicionamento, a requerimento ou de ofício.

Chamamos a atenção para um fato curioso que é a legitimação conferida aos sujeitos definidos no art. 977, inciso III⁴¹⁹. Consiste, no entanto, em um grosseiro erro de redação feito em uma das tramitações do Senado federal para Câmara dos

⁴¹⁷ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et alli. Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 541.

⁴¹⁸ Vide nota 380, 381 e 382. Adicionamos também: “Não é cabível ação rescisória para desconstituir e rediscutir decisão de mérito do IRDR, ainda que presentes os vícios acima mencionados. Na realidade, a ação rescisória só será cabível para rescindir as decisões transitadas em julgado proferidas nos autos dos processos repetitivos, que aplicam a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR ai caso concreto”. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. Op. Cit., p. 586.

⁴¹⁹ Vejamos o que diz o art. 986: “A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III”. O art. 977, contudo, reza que: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. Esta grafia empresta o sentido descabido de que apenas Defensoria e Ministério Público poderiam ingressar com o pedido de rediscussão de tese firmada.

Deputados, onde os incisos do art. 977 foram desmembrados, o que resultou neste equívoco de grafia⁴²⁰. Neste sentido, entendemos que todos os legitimados para instaurar o procedimento de resolução de causas repetidas podem, tranquilamente, suscitar a revisão da tese.

Não obstante a previsão legal de um *recall* jurídico da tese firmada, não existe a receita exata para se obter o resultado modificador do entendimento. Analogamente podemos concluir que o modo de revisão de tese jurídica deve seguir o rito procedimental do próprio IRDR, quando, ao invés do ônus de provar o risco à isonomia e à segurança jurídica em conjunto com a multiplicação de causas, o legitimado deve demonstrar a pertinência do requerimento, apontado os reais motivos que autorizam a superação do posicionamento adotado.

Essa abordagem deve ser lida sob o prisma do art. 927, §§ 2º e 4º do CPC, onde se observa a atual vertente constitucional do processo⁴²¹, pois o legislador mostrou a preocupação de o debate de revisão de tese alcançar toda a sociedade, com a realização de audiências públicas, colhendo depoimentos de instituições e pessoas, além de dar a devida importância à segurança jurídica e à confiança geradas sob a égide do entendimento decadente.

É de bom alvitre rememorar que a superação do acórdão prolatado em sede de demandas repetitivas não é a mesma coisa que a distinção feita para não aplicação da tese firmada em causa repetitiva ao caso concreto. Com efeito, na distinção, o juiz é livre para julgar da forma como lhe convier, apresentando as razões que o fizeram julgar distinto o caso concreto quando existia paradigma interpretativo advindo do incidente. Na superação do acórdão de repetição, toda interpretação utilizada nos casos idênticos se encontra ultrapassada, devendo ser descartada para dar lugar a outra de mais qualidade, condizente com os anseios jurídicos, políticos, econômicos dos novos tempos⁴²².

⁴²⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. Op. Cit., p. 327.

⁴²¹ Estão assim dispostos: art. 927. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de *audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir* para a rediscussão da tese. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da *segurança jurídica*, da *proteção da confiança* e da *isonomia* [grifo nosso].

⁴²² O notável professor Aluisio Mendes, em mais uma lição, faz a devida assimilação, *verbis*: “A técnica de superação do precedente se denomina *overruling*. A superação de um precedente pode estar fundada na incongruência social, isto é, um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos, ou por incoerência sistêmica, isto é, a desarmonia com as normas do ordenamento jurídico. [...]

Não podemos olvidar que, quando ocorre a superação de uma decisão vinculante pelo regime de causas repetitivas, há uma ruptura de paradigma interpretativo do direito, com potencial para causar instabilidade jurídica das relações estabelecidas. No intuito de preservar a segurança das conexões jurídicas, a suplantação de tese pode ser aplicada com efeito *ex tunc*, onde a interpretação ultrapassada não mais se aplica aos casos que aguardam julgamento, ou com efeito *ex nunc*, onde as razões decididas no IRDR ultrapassado continuam a vincular os fatos ocorridos antes da superação. Ademais, existe a chance de haver uma “superação antecipatória”, quando, ainda que de forma implícita, a decisão vinculante deixa de ser aceita como paradigma interpretativo, não sendo mais aplicável aos casos idênticos, em uma espécie de “revogação preventiva”⁴²³.

Recordemos que, em todas essas oportunidades, a nova ordem dogmática processual exige um dever de fundamentação racional das decisões, quando são enfrentados os diversos pontos de vista, tutelando o contraditório e a ampla defesa. Mas não é só: o dever de respaldar a decisão modificativa deve também levar em consideração a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Com tais requisitos, adicionamos a participação democrática dos interessados, quando então a tese está preparada para ser legitimamente alterada.

Um item que também causa inquietação entre processualistas diz respeito à faculdade do juiz de primeiro grau recusar aplicar tese fixada em IRDR, bastando, para isso, fundamentar adequadamente nos moldes do famigerado art. 489 do novo CPC, já que a literalidade do dispositivo vaticina que não será considerada fundamentada decisão que não demonstre a superação do entendimento⁴²⁴.

Uma parcela da doutrina processual brasileira afirma que somente é possível rever e alterar a tese jurídica fixada em incidente repetitivo pelo próprio tribunal que julgou a causa ou pelos tribunais de instância especial. Aos juízes de primeiro grau, embora discordantes da interpretação firmada, caberia apenas a menção quanto à

Já o *distinguishing* é uma técnica adotada quando o caso posterior não se assemelha à situação firmada como precedente, se do caso for possível extrair uma regra. Se a lei não conseguia prever todas as hipóteses de sua aplicação, em problemas complexos, como as demandas seriais, o precedente também poderá não ser capaz”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; POCHMAN, Larissa. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie et alli. Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 581-582.

⁴²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; POCHMAN, Larissa. Idem, p. 582.

⁴²⁴ Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [grifo nosso].

necessidade de modificação do entendimento, em caráter meramente lateral na decisão, sem, contudo, adotar o posicionamento vindouro⁴²⁵.

A alternativa do juízo de piso é oficiar o tribunal para que reveja seu acórdão de incidente repetitivo, atualizando o paradigma interpretativo. Por questões de hierarquia e método procedimental de confecção da decisão vinculante, não teria o juiz de base a competência para transpor interpretação cunhada em sede de repetitivos.

Noutra perspectiva, existem autores que acreditam que o bloqueio do sobrepujamento de interpretação na base geraria um engessamento do sistema judiciário, sufocando a emergência de novas ideias para o debate e impedindo a evolução do direito através da hermenêutica jurídica⁴²⁶. Neste sentido, para impedir o retrocesso, o juiz estaria autorizado a descumprir decisão vinculante, desde que fundamente adequadamente (com maior ônus argumentativo⁴²⁷), apontando expressamente os motivos que o fizeram rever o posicionamento cravado pelo tribunal competente.

Em nosso julgamento, acreditamos que o juiz somente estará livre da vinculação se lastreado por uma distinção fundamental entre o que foi decidido em incidente repetitivo e o caso concreto.

Desta feita, consoante o ditame legal que impõe (obriga, não recomenda) a adesão, o juiz não pode rever todo o posicionamento fixado por um tribunal. Entretanto, pode (e deve) consignar na sua decisão os motivos que o levam a discordar da tese, embora siga a decisão-modelo para conferir segurança jurídica, integridade e racionalidade sistêmica ao esquema judicial. A apresentação de argumentos contrários à interpretação formada em repetitivo pelo juiz em sede de *obiter dictum* municia o

⁴²⁵ Sobre o tema ver excerto de Ravi Peixoto: “Enfim, tribunais inferiores não podem superar precedentes das Cortes Superiores e mesmo a não aplicação do entendimento firmado pelo tribunal competente não supera a norma do precedente. Da mesma forma que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar a legislação por discordar dos seus méritos (salvo situação de inconstitucionalidade), as Cortes inferiores não possuem competência para questionar os méritos dos precedentes das Cortes Superiores por meio da superação”. PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit., p. 546. Também em MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 292 e s/s.

⁴²⁶ O excelso processualista Barbosa Moreira está entre os juristas que assim consideram. Ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, ano 6, n. 35, p. 5-16. Porto Alegre-RS: 2005.

⁴²⁷ Conforme colocação de Hermes Zaneti Jr.: “O afastamento ou a superação do precedente somente será possível mediante um ônus argumentativo maior por parte do julgador, pois aplicável o “princípio de presunção a favor do precedente”. Precedente, assim, é diverso do conceito de jurisprudência, uma vez que precedentes não se tratam de várias decisões exemplificativas da opinião dos tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes, antes de tudo, para o próprio órgão que decidiu nos casos análogos futuros”. ZANETI JR., Hermes. Precedente (treat like the cases alike) e o novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 235, p. 293-349. São Paulo: RT, 2014, p. 300.

tribunal de motivos que servem a uma eventual superação da tese, oxigenando o debate jurídico de causas, além de levar à apreciação alegações que possam enfraquecer a solidez da decisão vinculante.

De toda maneira, é recomendável que, embora adstrito à tese, o juiz de piso que julgue ter se tornado inconveniente o acórdão de IRDR anote as razões que considera suficientes para implicar na alteração do paradigma interpretativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em um instituto processual novo, fruto da necessidade contemporânea de evitar o colapso da máquina judiciária através do devido enfrentamento da litigância repetitiva.

Para sua devida implementação foi necessário, não sem o dissenso, alterar e reinventar a dogmática processualística clássica, cristalizada em conceitos e preconceitos que a impediam de acompanhar a crescente judicialização da vida em sociedade.

Não por outro motivo, optamos de lançar nossos olhos na direção de uma perspectiva macro, analisando a modificação de conceitos clássicos que nos forneceriam subsídios para encarar a ferramenta como algo sério e respeitável no contexto do direito processual civil.

Ainda que, em primeiro momento, o capítulo introdutório pareça muito genérico, é nele onde recheamos o trabalho com as novas concepções da ciência processual, dando ao leitor a solidez conceitual necessária para a aceitação desta novel ferramenta jurisdicional.

A apresentação do panorama metodológico do direito processual nos ajudou a entender as diversas posições adotadas no trabalho, mormente quanto à natureza jurídica jurisdicional e autônoma do procedimento. Embora com a denominação de incidente, foi facilmente assimilado a um provimento independente, já que a desistência do processo individual não obsta o prosseguimento do processo-padrão.

É claro que apresentar as mudanças da cultura do processo não é suficiente para efetivá-las. O novo paradigma, sem dúvidas, corre o risco de rejeição. Este fato, contudo, nos estimula ainda mais a trabalhar para que estas soluções criativas sejam bem recebidas pelo Poder Judiciário.

Nesta trilha, importantíssimas as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier: “É saber se vale ou não a pena correr-se o risco. Optar-se por correr o risco significa ter disposição e coragem de enfrentar dogmas e prudência para adotar (e utilizar) institutos que nasceram e se desenvolveram em sistemas jurídicos diferentes do nosso”⁴²⁸.

⁴²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução. Revista de Processo, vol. 98, p. 295-306. São Paulo: RT, 2000, p. 300.

Coragem e disposição não nos faltaram ao abordar um tema complexo, que dilacera conceitos tradicionais do processo.

Falamos dessa forma porque a Justiça brasileira tem de encarar o processo para além de seu conteúdo individual e privatista, próprio de uma era civilista. As demandas devem ser analisadas sob uma perspectiva geral, de administração de contendas que chegam a este terceiro Poder. A função reativa de outros tempos dá lugar a uma função prospectiva e proativa das Cortes, exigindo comportamento estratégico de prevenção e repressão de contendas massificadas.

A análise do Judiciário como um gestor de riscos, com função de governar o estoque processual, vai além da separação clássica dos poderes, onde o tribunal age somente quando provocado. A ideia reativa da Justiça não está em harmonia com as exigências institucionais da nossa sociedade.

É neste diapasão que o manejo de instrumentos processuais arrojados que sirvam a um controle gerencial de litígios vem satisfazer anseios políticos, econômicos e sociais que envolvem o processo judicial. O dogma de neutralidade processual deve ser banido de uma vez por todas de nossa ciência.

Dessa feita, analisado o prisma contextual que cerca o incidente de causas repetidas, passamos a dissertar sobre uma série de incoerências legislativas e vácuos normativos deixados pela confecção do mecanismo pelo legislador. Tentamos, na medida do possível, tornar operável o instrumento, alocando sugestões que pudessem servir ao fim perseguido.

Recordamos, no entanto, os valorosos ensinamentos de Barbosa Moreira, para quem a mera modificação legislativa não concorria para a panaceia geral dos problemas judiciais, já que várias são as causas do insatisfatório desempenho da Justiça. Afirma o jurista: “Cumprir renunciar à ilusão de a vida da norma termina no momento em que começa a vigor, e daí por diante já não precisamos interessar-nos pelo respectivo destino. Muito pelo contrário, nesse momento é que se inicia a verdadeira vida – e é a partir daí que ela demanda nossa maior atenção. Aí nem sempre ‘vale o escrito’”⁴²⁹.

É por isso que concluímos afirmando que somente vingará o incidente de resolução de demandas repetitivas se houver a devida articulação entre doutrina, destinatários da lei e órgão jurisdicional. O aprimoramento do instituto exige que todos os sujeitos envolvidos tenham a devida consciência de seu dever perante a Justiça.

⁴²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

O IRDR tem o potencial para alcançar resultados satisfatórios, reduzindo os litígios massificados e desafogando uma parte do Judiciário brasileiro. Para alcançarmos este produto, no entanto, precisamos nos esforçar para tentar compreendê-lo.

Esperamos, pois, ter contribuído para a discussão de como as engrenagens da ferramenta trabalham para obter o produto final, que é o escoamento de causas isomórficas e redução do acervo processual nas varas e tribunais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomás de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez. 2008.

_____; CAVALCANTI, Marcos Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 221-242, abr. 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 11, n. 2, p. 521-543, jul./dez. 2008.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 237-275, jun. 2011.

ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: Representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 11, n. 2, p. 249-267, spring 2001.

_____. *O moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra* 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 435-523.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, J. R. C; BEDAQUE, J. R. S. (Coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2015*. Brasília: Departamento de pesquisas judiciárias. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULÖW, Oskar von. *Die Lehre von der prozesseinreden und die processvoraussetzungen*. Giesen: Roth, 1868.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 201-231, maio 2014.

_____. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. Comentários aos arts. 976 ao 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Contraditório. In: TORRES, Sílvia Faber (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Campus Editora, 2011.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: migração entre pólos da demanda. In: FUX, Luiz. *O novo Processo Civil Brasileiro - Direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

_____. O processo como superego social: um estudo sobre os fins da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 115, p. 345-374, maio/jun. 2004.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 29, n. 117, set./out. 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. *Proceso y Democracia*. Traducción Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1960.

CÂMARA. Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Sobre um recente acórdão do STJ em matéria de prescrição intercorrente: pode isso, Arnaldo?, *Portal Processual*, 3 nov. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/sobre-um-recente-acordao-do-stj-em-materia-de-prescricao-intercorrente-pode-isso-arnaldo/>>. Acesso em 15 fev. 2016.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 3.

CAMBI, Eduardo; Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, v. 1, n.6, fev. 2007. Disponível em:< [http://: www. panoptica. org](http://www.panoptica.org)> Acesso em 28 jan. 2016.

_____. FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.40, n. 243, p. 333-362. maio 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporânea*. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

CARBONARO, Antonio (Org.). *La legittimazione del potere: problematica del rapporto tra stato, istituzioni e società*. Milano: Franco Angeli, 1986.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Pádua: Casa Editrice Dott, 1936.
- CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e Democracia*. São Paulo: Cortez, 2001.
- CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 225-244
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- _____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução E. Gomez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. v. 2.
- CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.46, n. 184, p. 171-190, out./dez. 2009.
- CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.3, v. 60, p. 891-914, sett. 2006.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 220-226, dez. 2009.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral; CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das decisões judiciais: análise dos precedentes à brasileira e do acesso à justiça no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 255-280, mar. 2011.

_____. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 179, p. 139-174, jan. 2010.

_____. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 227-236, ago. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos*. São Paulo: RT, 2015.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Primeiras impressões sobre a participação do amicus curiae segundo o projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 307-316, abr. 2011.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

_____. ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processos coletivos no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016.

_____. TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 258-278, ago. 2016.

_____. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2001. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

FAORO, Raymundo. O jurista “marginal”. In: LYRA, Dereodó Araújo. *Desordem e Processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Milano: CEDAM, 1996.

_____. Procedimento e Processo. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, s/d. t. 35.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria Del garantismo penale*. Roma: Laterza, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2.

FRIDEBERGH, Erick. Pilot judgment's from the Court's perspective. In: TOWARD STRONGER IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AT NATIONAL LEVEL. Colloquy organized under the Swedish chairmanship of the committee of Ministers of the Council of Europe. Stockholm, 9-10 June 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GIBBONS, Susan. Group Litigation, Class Actions, and Collective Redress: An Anniversary Reappraisal of Lord Woolf's Three Objectives. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules ten years on*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 109-110.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle class actions*. Milano: Cedam, 1996.

GOTTWALD, Peter. About the extension of collective legal protection in Germany. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 154, p. 81-91, dez. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório". *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.24, p.71-79, mar. 2005.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

HÄBERLE, Peter. Elementos Teóricos de um modelo general de recepción jurídica. In: LUÑO, Antonio-Henrique Perez (Coord.). *Derechos Humanos y constitucionalismo ante El tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or the matter, forme, power of a common-wealth ecclesiastical and civil*. London: Andrew Crooke, 1651.

HODGES, Christopher. Multi-part actions: A European approach. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, n. 2, p. 321-354, spring 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCH, Harald. Non-class group litigation under EU and German Law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 11, n. 2, p. 365-368, spring 2001.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39 n. 237, p. 497-506, nov. 2014.

_____. O NCPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, os Precedentes e os Juizados Especiais: esqueceram das turmas de uniformização? In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

LAHAV, Alexandra D. The political justification for group litigation. *Fordham Law Review*, vol. 81, n. 6, p. 3193-3212, 2013.

LANES, Júlio César Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: RT, 2015.

LÉVY, Daniel de Andrade. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil: Exame à luz da Group Litigation Order (GLO) britânica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 165-205, jun. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di diritto processuale*, v. 7, 1952.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

_____. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Revista de processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, nov. 2015.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. *Revista de Processo*, v. 37, n. 209, p. 243-257, jul. 2012.

_____. Do individual ao coletivo: os caminhos do direito processual brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 231-254, nov. 2008.

_____; POCHMAN, Larissa. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, p. 1827-1858, 2015.

_____; POCHMAN, Larissa. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____; TEMER, Sofia. O Incidente de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 283-331, maio 2015.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 211, p. 191-207, set. 2012.

_____; ROMANO NETO, Odilon. Análise entre o novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o microsistema dos Juizados Especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 275-309, jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação; da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: 8ª série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. O Processo Civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, p. 11-22, 2001.

_____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 27, n. 105, p. 181-190, jan./mar. 2002.

MULHERON, Rachael. Opting-in, opting-out, and closing the class: some dilemmas for England’s class actions lawmakers. *Canadian Business Law Journal*, v. 50, p. 376-408, 2010.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: DIDIER, Fredie (Org.). *Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial – 2ª Série*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentário aos arts. 1036 a 1040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para litigiosidade repetitiva. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 36, n. 199, p. 41-83, set. 2011.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 87, p. 205-210, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil - proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação do seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre (Coord.). *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 663-670. v. 2.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Causa decidida como requisito de admissibilidade do recurso especial. In: GALLOTTI, Isabel; DANTAS, Bruno et. al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, participação e o processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

PISANI, Andrea Proto. Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 188, p. 195-204, out. 2010.

_____. *Lezione di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 203-240. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____; GOMES, Conceição. *A gestão nos Tribunais: um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*. Coimbra: OPJP, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SATTA, Salvatore. Dalla procedura ao diritto processuale civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 18, p. 28-36, 1964.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários aos arts. 513 ao 528. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 200, p. 13-70. São Paulo: RT, out. 2011.

SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia Moderna e Processo Civil. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Questão de fato em Recurso Extraordinário. In: SANTOS, André Leonardo Copetti et al. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: PPGD em Direito-UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de solução das controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 337-358, mar. 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 135-155, set. 2011.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

THEODORO JR., Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (lei nº 11.418) e súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.417). *Revista magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor*, Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 5-32, 2007.

VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 11, p. 369-380, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 263-274.

_____. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Org.). *Anuário de produção intelectual 2008*. Curitiba: Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria, 2008.

_____. Distinção de questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de Recurso Especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v.23, n. 92, p. 52-70, out./dez. 1998.

_____. Súmula vinculante: desastre ou solução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 98, p. 295-306, abr./jun. 2000.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro torres de. *Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

WOOLF, Harry. *Acess to justice*: Final Report. London: H. M. Satationery Office, 1996.

ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1302-1362.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. Precedente (treat like the cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 293-349, set. 2014.

_____. *Processo Constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do Processo Civil*: Primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2014.

ZUCKERMAN, Adrian. Law, fact or justice. *Boston University Law Review*, v. 66, n. 4 p. 487-508, 1986.