



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
MONOGRAFIA JURÍDICA

BRUNO MAIA SALES

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS PREVISTO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FORTALEZA

2011

BRUNO MAIA SALES

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS PREVISTO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Orientadora: Professora Janaina Soares Noletto
Castelo Branco

FORTALEZA

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S163a Sales, Bruno Maia.
Análise constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil / Bruno Maia Sales. – 2011.
54 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2011.
Área de Concentração: Direito Processual.
Orientação: Profa. Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.
1. Processo civil - Brasil. 2. Direito civil - Brasil. 3. Direitos fundamentais - Brasil. 4. Direito constitucional – Brasil. I. Branco, Janaína Soares Noleto Castelo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

BRUNO MAIA SALES

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS PREVISTO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Civil.

Aprovada em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Janaina Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Francisco Valfrido Barbosa
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Willian Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus pais, que são meus maiores exemplos de dignidade, inteligência, amor e fé, tudo que eu espero ser um dia.

RESUMO

Relata a criação de um novo procedimento no ordenamento processual civil brasileiro para tutelar demandas repetitivas de forma coletiva conforme a teoria do novo direito constitucional. O neoconstitucionalismo e a evolução científica do direito processual são analisados como fatores que condicionaram a constitucionalização do direito processual civil no Brasil. O estudo do direito comparado, do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 e do neoprocessualismo foram compilados para encontrar a aplicação e as críticas em relação ao incidente brasileiro. Enfatiza a necessidade de se aplicar os direitos fundamentais como direitos subjetivos. Ressalta a importância do direito fundamental a uma ordem jurídica justa para a criação desse novo procedimento.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Novo direito constitucional. Constitucionalização do direito processual civil. Direito fundamental a uma ordem jurídica justa.

ABSTRACT

Report the creation of a new procedure in brazilian civil procedural law to protect repetitive demands collectively according to the theory of the new constitutional law. The new constitutional law and the scientific evolution of procedural law are analyzed as factors that conditioned the constitutionalization of civil procedural law in Brazil. The study of comparative law, Senate Bill Project nº 166/2010 and the new procedural law was compiled to find the application and the criticism about the brazilian incident. Emphasizes the need for apply the fundamental rights as subjective rights. Sticks out the importance of the fundamental right to a fair legal system for the creation of this new procedure.

Keywords: Repetitive demands. New constitutional right. Constitutionalization of civil procedure. Fundamental right to a fair legal system.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	A ATUAL ÓTICA DO PROCESSO CIVIL.....	09
2.1	A percepção do neoconstitucionalismo.....	10
2.1.1	<i>Decorrências do neoconstitucionalismo.....</i>	11
2.1.2	<i>A constitucionalização do Direito.....</i>	13
2.2	O neoprocessualismo e a evolução científica do Direito Processual.....	14
2.3	Direito fundamental a uma ordem jurídica justa.....	16
2.3.1	<i>Proteção à segurança jurídica.....</i>	18
2.3.2	<i>Proteção à isonomia.....</i>	20
2.3.3	<i>Proteção à razoável duração do processo.....</i>	21
2.3.4	<i>Proteção à moralidade, à boa-fé objetiva e à liberdade.....</i>	22
3	O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	23
3.1	Conceito.....	24
3.2	Class action e a Common law.....	25
3.3	Musterverfahren.....	27
4	APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	29
4.1	Momento de instauração.....	29
4.2	Legitimidade para postular.....	30
4.3	Publicidade.....	32
4.4	Contraditório.....	32

4.4.1	<i>Assistente litisconsorcial</i>	33
4.4.2	<i>Amicus curiae</i>	34
4.4.3	<i>Ministério Público</i>	35
4.5	Competência para admitir, processar e julgar.....	35
4.6	Procedimento e julgamento.....	36
4.7	Recursos.....	37
4.8	Consequências.....	40
5	CRÍTICAS AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	42
5.1	Requisitos para a instauração.....	42
5.2	Competência.....	46
5.3	Contraditório.....	46
5.4	Procedimento.....	47
5.5	Consequências.....	48
5.6	Inconstitucionalidades.....	50
6	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A superação da visão liberal do direito que o resumiu à lei não se limitou apenas ao desenvolvimento do Direito Constitucional, que encontrou seu auge na consolidação dos preceitos do neoconstitucionalismo, que destacou os direitos fundamentais como alicerce do Estado Social, e, ressoando para todos os ramos da ciência jurídica, implicou também, na constitucionalização do direito. Esse fenômeno, observado no Direito Processual, gerou o que a doutrina denomina como neoprocessualismo, que é fruto da expansão das normas constitucionais, que passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais.¹

Tradicionalmente o Direito Processual Civil tem um perfil individualista, influenciado pela filosofia política do liberalismo, que busca garantir a propriedade privada, a liberdade individual e a autonomia da vontade. Dessa forma, o atual Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, de 1973, preocupa-se, basicamente, com a eliminação de conflitos individuais, estruturados de forma a considerar única cada ação com a retratação de um litígio específico entre duas pessoas.²

Entretanto, a realidade de uma sociedade massificada, com situações jurídicas homogêneas e conflitos isomórficos³, bem como a nova estrutura proposta pela visão constitucional do processo civil, inseriu no legislador brasileiro a preocupação com a tutela eficaz e preventiva do Estado no julgamento das causas repetitivas fundadas na mesma questão de direito, buscando-se combater a insegurança jurídica através da uniformização e da estabilidade da jurisprudência como política a ser adotada pelos tribunais.⁴

O art. 930 do Projeto de Lei do Senado de nº 166/2010 (PLS nº 166/2010) surge nesse contexto, prevendo a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) sempre que identificada controvérsia capaz de gerar decisões distintas a partir de

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 9, p. 1-41, mar/mai. 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 23 outubro 2011, p. 16-17.

² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque**. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 269.

³ BASTOS, Antonio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque**. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 21.

⁴ *Ibid.*, p. 22.

processos fundados na mesma questão de direito. Aqui, destaca-se a característica que o diferencia dos demais procedimentos existentes no ordenamento brasileiro que tutelam a mesma questão de direito controvertido em várias demandas, seu caráter preventivo externado pela utilização do adjetivo “capaz”.

Nesse sentido, o presente trabalho, busca compreender e questionar se a aplicação do IRDR, como previsto no PLS nº 166/2010, atende às normas e aos princípios constitucionais processuais que motivaram sua criação.

O método de pesquisa desenvolvido tem caráter compilatório, desenvolvendo-se, primeiramente, por meio de revisão bibliográfica sobre escritos específicos da matéria constitucional e processual civil para, em seguida, ser dado destaque ao IRDR com base na sua previsão no projeto do novo CPC.

Por fim, será verificado, prestigiando-se a supremacia constitucional, se o incidente atende aos fins para que foi criado em face do novo Direito Constitucional.

2 A ATUAL ÓTICA DO PROCESSO CIVIL

O conhecimento se renova, reinventa-se, multiplica-se e modifica-se.⁵ Da mesma forma, o direito, como produção do conhecimento, segue essas quatro etapas. Esse processo não repercute apenas na ciência, mas também interfere diretamente na sociedade, assim como esta, muitas vezes, condiciona o desenvolvimento daquela.

O legislador deve estar atento a essas alterações, adaptando-se às novas necessidades oriundas das mudanças sociais e incorporando aos ordenamentos as evoluções científicas produzidas pela doutrina. O IRDR é um produto desse processo de conhecimento.

Como parte integrante do projeto do novo CPC é um instrumento que pertence ao Direito Processual Civil. Contudo, como toda norma posterior a Constituição Federal de 1988 (CF de 1988), o incidente, assim como o PLS nº 166/2010, sofre importante influência dos valores trazidos nessa Lei Fundamental, que, uma vez aglutinados, formam o que a doutrina denomina de neoconstitucionalismo, ou novo Direito Constitucional.

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

2.1 A percepção do neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo surgiu como forma de readaptar o direito aos fenômenos contemporâneos, a fim de que não ficasse afastado da realidade. Caracterizado pelo questionamento das bases iluministas do Direito Moderno, que entendiam que os valores jurídicos seriam evidentes diante do uso adequado da razão, o novo Direito Constitucional sedimenta a teoria que, diante da mobilidade social, os valores jurídicos devem ser compreendidos diariamente, inclusive como forma de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo previsto no art. 3º, inciso I, da CF de 1988.

Do ponto de vista histórico, o Direito Constitucional sofreu grandes mudanças no decorrer do século XX, mais precisamente na metade desse século com o fim da Segunda Guerra Mundial e dos Regimes Totalitários. O novo Direito Constitucional surgiu inicialmente para evitar os excessos cometidos por esses regimes, que se apoiavam em seu próprio ordenamento para praticar grandes atrocidades.

Isso fica evidente na Alemanha Nazista, que aplicava de maneira deturpada o princípio da isonomia para separar e distinguir pessoas diferentes do que acreditavam ser a raça superior, o povo ariano. Grupos minoritários como judeus e negros eram consideradas diferentes e inferiores em relação ao povo ariano, sendo os principais alvos do genocídio praticado por estes nos campos de concentração.

Na tentativa de evitar abusos como o supracitado, bem como apoiado no princípio da dignidade da pessoa humana, nasceu uma nova fase evolutiva da ciência constitucional para a defesa do cidadão frente ao Estado ou qualquer outro detentor de alguma manifestação de poder com base em direitos e garantias fundamentais e meios efetivos de controle constitucional.

O princípio da dignidade humana, juntamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, teve fundamental importância para essa mudança, uma vez que a maioria das Constituições posteriores a esse período passou a ser construída sob seus preceitos, atribuindo deveres ao Estado perante seu povo que não eram previstos anteriormente nas normas constitucionais, mas que agora deveriam ser obedecidos de forma concreta.

Apesar de ter logo encontrado espaço na Europa com a Lei Fundamental de Bonn de 1949, que se tornaria a Constituição Alemã, e a Constituição Italiana de 1947, o neoconstitucionalismo só concretizou-se no Brasil em 1988, através da promulgação da nova Constituição Federal, contemporaneamente às alterações ocorridas nas Constituições

Portuguesa em 1976 e na Espanhola em 1978. O atraso que esses Estados tiveram que suportar para verem inseridos em seu ordenamento o novo Direito Constitucional deve-se, em grande parte, ao retardo que se observa na implantação nesses países do Estado Democrático de Direito, o que prejudica a atuação na defesa dos princípios previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁶

Logo, também é possível concluir que o neoconstitucionalismo está intimamente relacionado à experiência de países que passaram por um processo de redemocratização a partir da metade do século passado.

O novo Direito Constitucional encontra no pós-positivismo seu marco filosófico.⁷ Este não apenas supera a teoria imediatamente anterior, o positivismo, mas, na verdade, transcende as duas teorias filosóficas existentes, o positivismo e o jusnaturalismo, somando-as. Trata-se do positivismo crítico. Sem recorrer à metafísica e indo além da legalidade escrita, o pós-positivismo trouxe uma leitura moral do direito, passando a compreendê-lo como expressão da lei segundo a ética e os valores inseridos e protegidos pela Constituição. Neste sentido, destaca-se o art. 126 do CPC, que prevê que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, devendo, no julgamento da lide, recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito quando não houver normas legais aplicáveis.

No plano teórico, três acepções decorrem do nascimento do neoconstitucionalismo e mudam a forma do operador do direito lidar com as demais searas do direito. Esses aspectos são a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.⁸

2.1.1 Decorrências do neoconstitucionalismo

A força normativa da Constituição é uma das principais mudanças decorrentes do novo direito constitucional. Ela consiste no reconhecimento de que a Lei Fundamental não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está estruturada por normas de caráter jurídico imperativo. Essa mudança promoveu a ruptura com a antiga estrutura do direito

⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011, p. 3-4.

⁷ *Ibid.*, p. 5-6.

⁸ *Ibid.*, p. 6.

constitucional clássico, que entendia que as normas constitucionais eram programáticas, declarações políticas, exortações morais e programas futuros, sem qualquer eficácia vinculativa ou valor positivo.

Dessa forma, as regras, as garantias, os princípios e os valores constitucionais passaram a ter aplicabilidade na realidade jurídica da sociedade, seja na realidade do direito material ou do direito processual. A Carta Magna deixou de ser um documento político que não vinculava ou obrigava ninguém e passou a ter imperatividade, característica comum às normas jurídicas. Consequentemente, as normas constitucionais passaram a ter meios para seu cumprimento forçado, instrumentos de coerção, utilizados para efetivar os valores protegidos na Constituição.

Além de equiparar as normas constitucionais às normas jurídicas, o neoconstitucionalismo também transformou em fundamentais direitos infraconstitucionais, imunizando-os em relação ao processo legislativo e submetendo-os à proteção do Poder Judiciário. Essa mudança colaborou para o surgimento dos tribunais constitucionais, que realizam o controle de constitucionalidade e a proteção das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.

No Brasil, esse controle existe, de forma incidental, desde a Constituição de 1891, tendo a CF de 1988 expandido seu uso por meio da ampliação do seu direito de propositura. A criação de novos meios de tutela dessas normas através do controle concentrado também foi uma mudança decorrente desta Lei Fundamental, como no caso da ação declaratória de constitucionalidade e da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por fim, superada a interpretação jurídica tradicional em face de sua incapacidade de solucionar problemas em relação à aplicação da Carta Magna, agravada pela força normativa da Constituição, surgiu a necessidade de se criar um novo modelo de interpretação do direito, a interpretação constitucional, a terceira e última decorrência do neoconstitucionalismo apontada pela doutrina.

A nova forma de interpretar transferiu o núcleo hermenêutico do intérprete, antes sediado nos códigos, para a Lei Fundamental. Ela não excluiu as modalidades clássicas, como a gramatical, a histórica, a sistemática e a ideológica, ou os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos, como o hierárquico, o temporal e o especial, mas, principalmente, ressaltou a importância dos princípios sobre as regras como forma de encontrar a melhor solução para conflitos entre direitos fundamentais.

A interpretação constitucional é fruto dos princípios derivados das especificidades das normas constitucionais, servindo de base para a aplicação de toda norma. Esses princípios podem ser entendidos como a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do Poder Público, a interpretação conforme a Constituição, a unidade, a razoabilidade e a efetividade.

Diferentemente do modelo tradicional, que identificava somente como normas as regras, que seriam condutas a serem seguidas, submetendo os fatos àquelas, a nova interpretação constitucional dá um importante papel ao aplicador da norma, o juiz, designando a este a competência de analisar o caso concreto para melhor aplicá-la, seguindo além das regras, também os princípios, que passam a revestir-se de normatividade, as cláusulas gerais, a ponderação e a argumentação diante de colisões de interesses que refletem normas constitucionais.

2.1.2 A constitucionalização do Direito

Esse processo iniciou-se na Alemanha com sua Lei Fundamental de 1949 quando o Tribunal Constitucional Federal afirmou que os direitos fundamentais, além de proteger subjetivamente situações individuais, instituíam uma ordem objetiva de valores, cabendo ao Poder Judiciário protegê-los.

O direito se constitucionalizou com a principalização da Constituição e a postura desta como elemento unificador da ordem normativa, o que, inclusive, levou alguns doutrinadores a assegurar que toda espécie de direito só seria direito, se fosse direito constitucional.⁹ Dessa forma, as normas constitucionais não serviriam apenas de base para a interpretação das normas infraconstitucionais, mas também para a construção normativa de todos os ramos do Direito.

No Brasil, como já salientado, o neoconstitucionalismo concretizou-se com a CF de 1988, a qual, em face de sua prolixidade¹⁰, abordou muitos ramos infraconstitucionais do Direito. Essa característica da Carta Magna brasileira foi de fundamental importância para que o legislador pós CF de 1988 começasse a elaborar normas infraconstitucionais buscando

⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 54.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

sempre se adequar com os valores específicos da respectiva seara em questão presentes na Constituição.

Outra preocupação do legislador decorrente da atual Lei Fundamental brasileira, produto da constitucionalização do direito, é a unidade do ordenamento. Depreende-se dela que a produção de novas normas infraconstitucionais com as regras de seu respectivo ramo na Constituição não seria suficiente para atender às exigências do novo Direito Constitucional. Na verdade, além disso, o legislador deveria elaborar normas infraconstitucionais que respeitassem todas as regras, princípios e valores da Carta Magna, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Logo, a constitucionalização do direito, fruto do neoconstitucionalismo, tem como objetivo a elaboração de um ordenamento jurídico com normas infraconstitucionais construídas segundo a Lei Fundamental, funcionando como parâmetro de validade ou como vetor interpretativo, e com regras, valores e princípios presentes na Constituição que tutelem a respectiva seara regulamentada.

Esse processo, como já salientado, pode ser observado em todos os ramos do Direito. No Brasil, ele tem se destacado na seara processual com a criação do novo Código de Processo Penal e a elaboração do projeto do novo CPC, comprovando que essa mudança não se resume ao direito material, demonstrando ainda que a CF de 1988 dispensou especial atenção para a problemática questão da prestação jurisdicional brasileira. À constitucionalização do Direito Processual dá-se o nome de neoprocessualismo.

2.2 O neoprocessualismo e a evolução científica do Direito Processual

O neoprocessualismo apresenta íntima ligação com o neoconstitucionalismo, sendo, inclusive, apontado como produto da soma de suas decorrências, qual seja, a constitucionalização do direito. Contudo, o surgimento do neoprocessualismo não está ligado apenas à constitucionalização do direito processual, mas também à própria evolução metodológica da ciência processual. Essa evolução científica influenciou diretamente as mudanças legislativas que resultaram na atual visão acerca do processo.

A história da ciência processual é curta quando comparada com outras, como a do Direito Civil e a do Direito Penal. Isso se deve ao seu desenvolvimento tardio, uma vez que tinha inicialmente um papel acessório. Costuma-se dividir sua evolução científica em três

fases: a fase do sincretismo, a fase autonomista, também conhecida como científica ou conceitual, e a fase instrumentalista.¹¹

Na primeira fase, a fase do sincretismo, a matéria processual não era considerada uma área do Direito, mas apenas uma parte do direito material a que estava ligado, um apêndice, como no caso do Direito Processual Penal que pertencia ao Direito Penal.

A segunda fase, a fase científica, recebe este nome devido à independência que o Direito Processual atingiu como ciência neste período, ramo autônomo do Direito, passando a integrar o Direito Público. Nessa fase, os estudos foram concentrados na fixação de conceitos essenciais que fazem parte da ciência processual.

A terceira fase, a fase instrumentalista, é compreendida como uma interpretação crítica do direito processual a partir da experiência prática com as falhas da fase anterior. Nesta fase, a ciência processual assume uma nova postura, deixando de se preocupar apenas com o aspecto formal para dar maior atenção à produção da justiça sob o enfoque dos resultados práticos do processo na sociedade. O Direito Processual adquire uma visão epistemológica a partir da sua contraposição à realidade para conseguir uma tutela jurisdicional efetiva e a produção de uma ordem jurídica justa.

Com essa mudança, o processo passou a ter como escopo garantir a justiça através da efetividade do processo, por meio da superação de obstáculos que ameaçam a qualidade da prestação jurisdicional.¹² Essas ameaças aproximam-se do que a doutrina denomina de ondas renovatórias da terceira fase da evolução científica. São três as ondas renovatórias: a proteção à assistência judiciária aos necessitados, a tutela dos interesses supra-individuais e a instrumentalidade do processo.¹³ Tais prioridades visam combater esses obstáculos e também são encontradas na CF de 1988 como fruto do seu desenvolvimento segundo o novo Direito Constitucional.

Logo, a soma da fase instrumentalista do processo à constitucionalização do direito processual, resultante do neoconstitucionalismo, pode ser considerada como o fator que proporcionou um novo tratamento ao processo, tendo como resultado o neoprocessualismo.

No neoprocessualismo, a jurisdição deixa de atuar apenas na busca do direito objetivo ou no controle de conflitos individuais para também atentar-se ao provimento da

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19 ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

¹² *Ibid.*, p. 128.

¹³ *Ibid.*, p. 43.

educação para a vida em sociedade, a cidadania, confirmando o Estado e o Direito através da pacificação com justiça.¹⁴ Nessa visão, o direito é percebido como um fim que necessita de um meio para que ele seja conduzido, considerando-se a instrumentalidade do processo para se atingir o direito material.¹⁵ É no equilíbrio dessas perspectivas que reside o ideal.¹⁶

A consequência mais visível do instrumentalismo reside na busca incansável de adequação do processo, enquanto forma, ao direito material que ele visa servir, cumprindo, pela inserção de valores constitucionais no conteúdo de suas normas, o papel de instrumento do Estado para que seja alcançada a máxima eficiência da prestação jurisdicional.¹⁷

Esse novo tratamento dispensado ao processo pode ser melhor exemplificado no direito fundamental constante no art. 5º, inciso, XXXV da CF de 1988, que impossibilita a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrando, além da inafastabilidade da jurisdição, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, que fazem parte do entendimento doutrinário de uma ordem jurídica justa.¹⁸

2.3 Direito fundamental a uma ordem jurídica justa

Da análise do inciso supracitado, identifica-se o direito ao acesso à justiça, em sentido amplo, como o principal valor processual presente na CF de 1988. É desse direito que se pode concluir que a impossibilidade de tutelar seus direitos é o mesmo que não tê-los.¹⁹ Essa concepção decorre da influência dos valores do Estado Social sobre o direito de ação, passando o acesso à justiça a ser visto como um importante fator de ligação com a justiça social, um dos objetivos trazidos pela CF de 1988 em seu art. 3º, inciso I.²⁰

¹⁴ CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 81, out./nov. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_81/Artigos/PDF/Alceu_rev81.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁵ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁶ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Jurisdição, Ação e Processo à luz da processualística moderna. Para onde caminha o processo?. **Mundo jurídico**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo= 278>. Acesso em 10 de nov. de 2011.

¹⁷ CICCO, Alceu. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁸ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006, p. 185.

²⁰ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 112.

O acesso à justiça é a idéia central do resultado da soma de todos princípios e garantias fundamentais processuais na Constituição que tratam da oferta constitucional do processo. Ele não deve ser interpretado apenas como a admissão do processo, mas também como a pacificação com justiça. Dessa maneira, o processo deve obedecer à força normativa da Constituição, interpretando os valores constitucionais, para que seja garantido o acesso à justiça sob todos os seus aspectos através da instrumentalidade de seus procedimentos. Por sua vez, este deve ser entendido ainda como o mais básico dos direitos humanos, o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que é garantir o direito de todos e não apenas os proclamar, conforme afirma Cappelletti (1988 *apud* NUNES, 2010, p. 108).²¹

É nesse sentido que o Poder Legislativo brasileiro tem trabalhado na produção de normas sobre a matéria processual desde a CF de 1988, garantindo o acesso à justiça sob todas as suas acepções. Há leis que exemplificam bem essa atividade legislativa, como a 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública; a 8.078/90, que trata do Código de Defesa do Consumidor; a 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais; a 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF); a 11.277/06, que acrescentou o art. 285-A ao CPC; assim como a Emenda Constitucional nº 45/ 2004, que estabeleceu a denominada “Reforma do Judiciário” e tornou expressa a garantia da duração razoável do processo e enalteceu o princípio da celeridade processual.

Essas alterações representam a grande preocupação com o acesso à ordem jurídica justa através da prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.²² Essa preocupação, segundo Kazuo Watanabe (1985 *apud* NUNES, 2010, p. 109), tem como principal escopo evitar a litigiosidade contida, situação em que os jurisdicionados suportam lesões ou ameaças em face da debilidade da prestação jurisdicional, afetando também o direito de ação, um dos valores do Estado Social ligado ao acesso à justiça.²³

Os motivos que dificultam o direito de ação são identificados como as dificuldades de representação legal dos pobres, de proteção dos interesses difusos e da promoção do amplo acesso à justiça.²⁴ Essas motivações vão ao encontro das ondas renovatórias da terceira fase da evolução científica do Direito Processual, comprovando-se dessa maneira a estreita ligação do instrumentalismo com a nova maneira de se tratar o processo, que já teve sua ligação com o neoconstitucionalismo demonstrada.

²¹ CAPPELLETTI, 1988 *apud* NUNES, 2010, p. 108.

²² NUNES, Gustavo Henrique Schneider. op. cit., 2010, p. 109.

²³ WATANABE, 1985 *apud* NUNES, 2010, p. 109.

²⁴ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. op. cit., 2010, p. 111.

Logo, a soma das idéias difundidas pela terceira fase da evolução científica do Direito Processual com o novo Direito Constitucional conduz a uma nova postura do Direito Processual que se materializa no neoprocessualismo, extraindo-se valores deste que vão nortear uma nova acepção do processo direcionada a garantir o amplo acesso à justiça como um direito fundamental, defendido na Constituição e materializado nas normas processuais infraconstitucionais.

Contudo, do estudo do direito fundamental a uma ordem jurídica justa como principal acepção do acesso à justiça em sentido amplo, pode-se extrair outros valores, princípios e direitos que vão interferir intensamente no instrumento destacado do projeto do novo CPC, que é o principal objeto desse estudo, o IRDR, devendo-se analisá-los de forma mais aprofundada.

Esses valores, princípios e direitos são questões de ordem pública que dizem respeito a todo grupo social e que também estão presentes na CF de 1988 como valores supremos em seu preâmbulo, devendo direcionar a interpretação e a integração do texto constitucional.²⁵ Eles devem ser classificados como proteções, sendo a segurança jurídica, a isonomia e a duração razoável do processo os que mais atentam ao presente exame.²⁶ Estes é que vão fundamentar o incidente como meio de se garantir o acesso à ordem jurídica justa prevista no novo Direito Constitucional.

2.3.1 Proteção à segurança jurídica

A coexistência de diferentes decisões para demandas semelhantes compromete a segurança jurídica, caracterizando um aspecto social e juridicamente negativo.

O princípio da segurança jurídica pode ser dividido em duas concepções, a segurança jurídica e a proteção da confiança. Enquanto esta se relaciona com os aspectos subjetivos da segurança, como a calculabilidade e a previsibilidade que os indivíduos devem ter em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos; aquela está ligada aos componentes objetivos da ordem jurídica, como a garantia de estabilidade jurídica, segurança

²⁵ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., 2011, p. 22.

²⁶ *Ibid.*, p. 22.

de orientação e realização do direito.²⁷ Logo, o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, pode ser compreendido como o direito que todo indivíduo tem de poder confiar que seus atos ou as decisões públicas que versem sobre seus direitos terão resultados previsíveis e que não serão modificados arbitrariamente, servindo como orientação para a construção das mais variadas relações jurídicas. Conclui-se dessa forma que a imprevisibilidade das decisões judiciais violaria tanto a segurança jurídica como a proteção da confiança.

Segundo Max Weber (1994 *apud* BASTOS, 2011, p. 24), o sistema jurídico racional deve revestir suas decisões judiciais do mais alto grau de previsibilidade e de calculabilidade, a fim de assegurar aos seus jurisdicionados uma maior previsão acerca de suas próprias condutas tendo como base o seu ordenamento.²⁸ Nesse sentido, salienta Cristine Mendonça (2005 *apud* BASTOS, 2011, p. 26) que a segurança é um princípio inerente à coordenação das interações inter-humanas, que propaga na sociedade a sensação de previsibilidade dos efeitos jurídicos da conduta.²⁹

O excesso de precedentes diferentes para situações similares impede, inclusive, a correta percepção pelos jurisdicionados de quais são as condutas exigidas, inibindo-os, muitas vezes, de praticá-las. Essa insegurança jurídica não tem prejudicado apenas os jurisdicionados que desconhecem o direito, mas também os profissionais da área, que, apesar da vasta experiência profissional e do conhecimento acerca da lei e dos precedentes jurisprudenciais, são constantemente surpreendidos pelo não acolhimento de expectativas que nutriam sobre determinada demanda.³⁰

A previsibilidade das respostas jurisdicionais também influencia a estabilidade social e econômica em face dos investimentos realizados no país, segundo análise de Fabiana Rodrigues Silveira (2007 *apud* BASTOS, 2011, p. 25) sobre os pontos de contato entre a efetividade na prestação jurisdicional e os desafios do desenvolvimento econômico.³¹ O Banco Mundial também já estudou o assunto no Documento Técnico 319, de 1996, quando analisou o Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, indicando alguns valores para superar a crise institucional do Poder Judiciário desses locais e estabelecer um ambiente propício ao desenvolvimento econômico.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

²⁸ WEBER, 1994 *apud* BASTOS, 2011, p. 24.

²⁹ MENDONÇA, 2005 *apud* BASTOS, 2011, p. 26.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. **Valor econômico**. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>>. Acesso em: 23. out. 2011.

³¹ SILVEIRA, 2007 *apud* BASTOS, 2011, p. 25.

Logo, a segurança jurídica também será de fundamental importância para que sejam alcançados resultados positivos em negócios jurídicos, principalmente os revestidos de investimentos externos, uma vez que a confiança na interpretação e na aplicação do ordenamento jurídico contribui, diretamente, na relação pacífica entre os particulares e entre estes e o Estado. Nesse sentido, a imprevisibilidade das decisões judiciais serve como um atrativo para a ação de especuladores, que não visam investimentos longos, já que não há elementos suficientes para que se conheça o risco da atividade empregada e do cumprimento de contratos.³²

A jurisprudência tem o importante papel de dar confiança aos negócios jurídicos com regras previsíveis, conhecidas e estáveis através da criação de precedentes, soluções uniformes de conflitos isomórficos. Dessa forma, o IRDR enaltece a proteção à segurança jurídica. Já no primeiro artigo do PLS nº 166/2010 que trata do incidente isso pode ser observado. Aqui a possibilidade de causar grave insegurança jurídica é colocada como requisito para sua admissibilidade.

Vale ressaltar por fim que a segurança jurídica não se confunde com a certeza do direito. Enquanto aquela é de natureza subjetiva, consistindo em uma mínima previsibilidade que o Estado deve oferecer ao seu povo, esta tem natureza objetiva, traduzindo-se no conhecimento prévio acerca da solução sobre a questão discutida.

2.3.2 Proteção à isonomia

Deve-se inicialmente ressaltar que a isonomia aqui é tratada sob o aspecto da convivência de decisões distintas sob as mesmas relações de fato ou de direito dentro do mesmo sistema jurídico. Esta preocupação encontra-se fundamentada na Filosofia do Direito e pode ser compreendida como a tendência de diminuir a desigualdade oriunda do tratamento desigual de seres comuns. Confirmando tal definição, Hans Kelsen (1998 *apud* BASTOS, 2011, p. 23) assinala que o tratamento igual é a única norma que pode valer como princípio de justiça e de igualdade.³³

A igualdade aqui estudada não deve se restringir à norma geral e abstrata, segundo o princípio da igualdade no sentido formal, mas necessita também abranger a aplicação ao

³² COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., Acesso em: 23. out. 2011.

³³ KELSEN, 1998 *apud* BASTOS, 2011, p. 23.

caso concreto, interpretando-se a lei, igualdade no sentido material. Dessa maneira, deve-se entender que situações jurídicas semelhantes com conflitos homogêneos em que duas ou mais pessoas estejam envolvidas devem ter o mesmo desfecho na medida de sua igualdade. A isonomia material não visa apenas permitir que a lei trate de forma desigual situações diferentes, mas, também, proíbe a discriminação de casos semelhantes, dificultando a coexistência de decisões diferentes para demandas semelhantes.

O incidente previsto no projeto do novo CPC visa ainda garantir a isonomia sob o aspecto do acesso da população de baixa renda ao inibir a litigiosidade contida, que pode ser caracterizada pelo suporte dos males de um ilícito em face da dificuldade de acesso a todas as instancias jurisdicionais. O instrumento italiano semelhante ao IRDR, que será visto adiante, também protege a isonomia sob esse aspecto ao estabelecer a realização da garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional nas controvérsias de baixo valor.³⁴

2.3.3 Proteção à razoável duração do processo

A proteção à razoável duração do processo é outro aspecto encontrado a partir da análise do direito fundamental a uma ordem jurídica justa que apresenta ligação com o IRDR. Essa proteção pode garantir o acesso à justiça no incidente de três formas: diminui o número de conflitos, pois os jurisdicionados já sabem quais condutas podem tomar; atenua o número de processos que são levados ao Judiciário quando houver conflito em face da previsibilidade da resposta; e permite a adequação procedimental com a aplicação de precedentes para a abreviação dos processos.³⁵

A primeira acepção entende que o cidadão decide quais atitudes tomar em face das decisões judiciais e da efetividade destas. A segunda conclui que o litigante só levará à jurisdição discussão sobre direito quando souber, anteriormente, que tem razão, assim como tenderá a um acordo extrajudicial quando souber antes que seu pedido não será provido se não opuser fato novo.

Quanto ao terceiro sentido, ele pode ser melhor compreendido através dos exemplos dos artigos 285-A e 557, ambos do atual CPC. O primeiro dispensa a citação e

³⁴ ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do *Group Litigation* no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?. **Lex Magister**, Disponível em: <<http://www.editoramagister.com>>. Acesso em: 23 out. 2011.

³⁵ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., 2011, p. 27.

profere a sentença de imediato quando a matéria controvertida for unicamente de direito e o juízo já tiver proferido sentença de total improcedência em casos idênticos, reproduzindo o teor da decisão já prolatada. O segundo permite o relator, tanto negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, de forma monocrática, de acordo com o *caput* do artigo; como, conforme o parágrafo 1º-A, dar provimento, monocraticamente, caso a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou Tribunal Superior.

Logo, conforme entende Galeno Lacerda (1976 *apud* BASTOS, 2011, p. 28), a adequação procedimental com a aplicação de precedentes para a abreviação dos processos é permitida, porque, em face da adaptação teleológica do processo, o procedimento deve moldar-se aos valores preponderantes em cada caso.³⁶

2.3.4 Proteção à moralidade, à boa-fé objetiva e à liberdade

Apesar de não estar inicialmente estipulada, a proteção à moralidade, à boa-fé objetiva e à liberdade é entendida por alguns autores como valores presentes no direito fundamental a uma ordem jurídica justa.³⁷ Essa proteção deve ser observada em face da violação à moralidade e à boa-fé objetiva quando há decisões diferentes sobre casos homogêneos, na medida em que essas decisões prejudicam diretamente alguns jurisdicionados por não lhes dar um direito assegurado por lei e despreza a ordem institucional ou jurídica.

As decisões diferentes também são vistas como transgressoras do princípio do *venire contra factum proprium*, que decorre diretamente da boa-fé objetiva, uma vez que o Estado-Juiz estaria atuando contra fato próprio.³⁸

Quanto à proteção à liberdade, esta será violada em face da multiplicidade de decisões díspares, que limitam o jurisdicionado, na medida em que o mesmo não sabe as consequências dos seus atos, sendo impedido de planejá-los.

³⁶ LACERDA, 1976 *apud* BASTOS, 2011, p. 28.

³⁷ BASTOS, Antonio Adonias A. op. cit., 2011, p. 29-30.

³⁸ *Ibid.*, p. 29.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Previsto nos artigos 930 a 941 do PLS n. 166/2010, o incidente de resolução de demandas repetitivas encontra-se atualmente, após aprovação no Senado, sujeito à admissão na Câmara dos Deputados. Entretanto, seu trâmite não deverá ser rápido nessa casa legislativa, assim como não foi na outra, uma vez que o projeto do novo CPC é uma matéria de fundamental importância para a sociedade brasileira, repercutindo diretamente nas relações interpessoais e naquelas com o Estado, merecendo especial atenção desses legisladores. Deve-se ressaltar também que provavelmente o projeto sofrerá mudanças em face da necessidade de se regularizar outros problemas do antigo código em face da atual sociedade brasileira que ainda não foram solucionados.

O projeto de lei supracitado tem origem no anteprojeto elaborado segundo determinação do então Presidente do Senado Federal, José Sarney, que instituiu, por meio do Ato nº 379 de 2009, a Comissão de Juristas destinada a elaborar o anteprojeto do novo CPC. Segundo Sarney, havia chegado a hora de reformas mais profundas no processo judiciário, correspondentes aos anseios da sociedade e dos operadores do Direito e similar à reforma observada no novo Código de Processo Penal.³⁹

No final do mês de setembro de 2009 foi nomeada a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo CPC, formada por grandes estudiosos do tema como Humberto Theodoro Júnior e presidida pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e atual membro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux. Em 8 de junho de 2010 a referida comissão entregou ao supracitado Presidente do Senado Federal o anteprojeto do novo CPC para posterior admissão dessa casa legislativa.⁴⁰ Em 15 de dezembro de 2010, o Plenário do Senado, após mudanças no texto original do anteprojeto, aprovou o projeto de lei que altera o CPC de 1973 através do PLS nº 166/2010.⁴¹

A comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC, estimulada à inovação e à modernização de procedimentos com base no princípio do devido processo legal, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos, garantindo um

³⁹ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil.** Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 3.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Aprovado no Senado, novo CPC segue para a Câmara.** Apresenta informações sobre o trâmite do projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://ibdp.jusbrasil.com.br/noticias/2510711/segue-para-a-camara-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 23. nov. 2011.

novo código que privilegiasse a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação.⁴² O legislador, atento à falta de harmonia de um sistema processual com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, fruto da constitucionalização do Direito Processual, identificou na falta de efetiva satisfação da justiça, necessidade imposta pela terceira fase metodológica do Direito Processual Civil, a necessidade de se elaborar um ordenamento jurídico que realmente proporcionasse a efetividade do acesso à justiça em sentido amplo.⁴³ Daqui subtede-se a importância atribuída ao processo como instrumento capaz de garantir a concretização do direito material à justiça, assim como o IRDR pode ser visto como o meio capaz de atingi-lo.

3.1 Conceito

Apesar de ainda não estar inserido no ordenamento brasileiro e existir poucos estudos sobre o mesmo, a necessidade de conceituar o IRDR é inerente ao seu estudo.

O incidente brasileiro consiste em um caminho a ser seguido pela prestação jurisdicional preocupada com marchas rápidas, onde a utilidade da decisão se coadune com o conteúdo jurídico do provimento judicial e de suas consequências no mundo dos fatos, ou seja, uma forma de aprimoramento de uma técnica processual, que visa à obtenção de resultados mais efetivos no processo, tendentes a simplificar a atuação do Poder Judiciário, racionalizando o seu trabalho, e a retirar do processo formalidades desnecessárias e temerosas, que possam induzir a dispersão da jurisprudência.⁴⁴ Deve-se ainda ser observada a função dos tribunais superiores de uniformizar a jurisprudência, que encontra no incidente estudado uma forma de filtrar recursos a partir da valorização dos precedentes.⁴⁵

O IRDR pode também ser conceituado como o instrumento capaz de solucionar questão de direito controversa, com a finalidade de aplicar a decisão encontrada de maneira uniforme nos diversos processos pendentes, concretizando uma eficácia extraprocessual.⁴⁶ Logo, com sua criação, o legislador objetiva desincumbir-se de sua tarefa de prever instrumentos de tutela diferenciada ao resolver questões comuns, aplicando-as de forma

⁴² BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 3.

⁴³ *Ibid.*, p. 11-12.

⁴⁴ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

⁴⁵ *Ibid.*, Acesso em: 23. Out. 2011.

⁴⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

idêntica a uma multiplicidade de demandas, ao mesmo tempo, sem criar, contudo, insegurança jurídica, nem aumentar o risco do processo.⁴⁷

O incidente brasileiro é considerado ainda uma técnica processual criada para dar respostas uniformes para as teses de mesma fundamentação jurídica a partir da releitura de conceitos que podem mudar a mentalidade dos juristas na interpretação da norma, de modo a facilitar a forma de concretização da justiça dando às causas repetidas o mesmo desfecho.⁴⁸

Considerando o art. 930 do PLS nº 166/2010, o incidente deve ser entendido como o procedimento cabível para produzir decisão sobre questão de direito que possa ser questionada de forma idêntica em mais de uma demanda, gerando relevante multiplicação de processos e podendo causar grave insegurança jurídica em face do risco de coexistirem decisões conflitantes.

Do exposto, pode-se concluir que o IRDR é um procedimento processual criado para prevenir a jurisdição de situações de grave insegurança jurídica ocasionadas pela possibilidade de existirem decisões conflitantes sobre uma mesma questão de direito controvertida. Esse procedimento é uma forma de tutela de demandas coletivas, uma vez que aglutina várias demandas pautadas sobre a mesma questão.

3.2 Class action e a Common law

Da análise do direito comparado podem-se extrair as bases que o ordenamento pátrio utilizou para a construção do IRDR, a fim de que, a partir da análise da aplicação desses nos ordenamentos estrangeiros, possa-se compreender como se deve utilizá-lo na jurisdição brasileira quando aprovado o projeto do novo código. Entretanto, este estudo não se resume a este propósito, uma vez que ainda está sendo discutida a aprovação do novo CPC na Câmara dos Deputados e conseqüentemente está sujeito a reformas até sua admissão. Do exame ora proposto será também possível, dentre outros, o reconhecimento de possíveis falhas do incidente da maneira como está previsto, bem como possibilitar correções dos erros observados nas jurisdições alienígenas que aplicam incidentes similares.

Deve-se, portanto, analisar qual o modelo de tutela coletiva é adotado no IRDR, bem como o motivo do ordenamento brasileiro ter se aproximado do *common law* através da

⁴⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁴⁸ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

criação de tantos instrumentos que se apoiam na jurisprudência como fonte principal quando o Brasil atribui à lei essa característica.

A tutela coletiva pode ser dividida em dois grandes modelos: a *class action*, de origem americana, e o *group action*, de origem européia. Embora existam outras diferenças como quanto a sua utilização como instrumento para o estabelecimento de políticas públicas ou o grau de poder atribuído ao juiz para a administração da demanda, a diferença que se deve atentar para identificar qual modelo foi adotado no IRDR previsto no PLS n. 166/2010 reside no fato de que enquanto a primeira aceita que uma pessoa que não seja parte na ação originária individual possa ser representada na ação coletiva, a segunda não aceita que pessoas que não façam parte do grupo da ação coletiva sejam parte desta, bem como considera que cada membro do grupo é parte da mesma.⁴⁹ Ou seja, para identificar à qual modelo pertence o IRDR previsto no projeto do novo CPC, assim como as implicações que essa escolha acarreta, deve-se analisar a legitimidade para a propositura dessa demanda.

Apesar de o ordenamento brasileiro ser fundamentado em tradições romano-germânicas, o IRDR tem que ser localizado sob a perspectiva da *class action* americana, assim como os demais instrumentos de tutela coletiva inseridos pelo legislador brasileiro. A ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação de improbidade, a ação coletiva sobre direito do consumidor e o mandado de injunção, todos foram construídos para exercer a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva dos direitos individuais através da substituição processual. Dessa forma, além de permitir a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos por meio da substituição processual exercida por associações ou entidades representativas de classe, que agem autonomamente em nome do substituído; o ordenamento pátrio também possibilita a legitimidade ativa da tutela de direitos coletivos, em sentido amplo, às associações e outras entidades representativas.⁵⁰

Por sua vez, a observação da influência do *common law* no ordenamento brasileiro mostra-se importante para se entender os fundamentos que levam, atualmente, o Brasil a adotar procedimentos que valorizem jurisprudências e precedentes. O ordenamento pátrio, apesar de estar fundamentado no *civil law*, que coloca a lei como principal fonte do direito, tem absorvido, de forma reiterada, nos seus novos procedimentos a idéia da *common law*, que atribui maior importância à jurisprudência como fonte.

No Brasil, a partir de 1963, com a criação da Súmula de Jurisprudência Predominante do STF, embora sem possuir ainda efeito vinculativo, verificou-se a intenção de

⁴⁹ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁵⁰ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

minimizar a sobrecarga de trabalho naquela corte, representando um guia para discussão nos julgamentos.⁵¹ O IRDR é mais um desses sistemas que, apesar de não colocar a jurisprudência como fonte principal do direito como o direito norte-americano, tem atribuído grande importância à mesma em procedimentos que tutelam demandas coletivas.

Essa mudança observada no Brasil deve-se a uma política de obtenção de resultados mais efetivos no processo como forma de garantir o acesso à justiça em sentido amplo. Ela demonstra uma tendência a simplificar a atuação do Poder Judiciário, racionalizando o seu trabalho; a retirar do processo formalidades desnecessárias e temerosas, que possam induzir a dispersão da jurisprudência; e a filtrar recursos a partir da valorização dos precedentes.

Identificado o modelo que rege o IRDR, bem como os motivos que levam o ordenamento brasileiro a valorizar o *common law*, resta agora identificar o modelo estrangeiro seguido pela comissão de juristas para a criação do IRDR.

3.3 Musterverfahren

Contrariando o próprio modelo de tutela coletiva que segue, bem como enfrentando grande preconceito, a Europa tem se destacado na criação de instrumentos de tutela coletiva, devido à atual aproximação com o modelo da *class action* americana, justificando o seu uso na possibilidade de tutelar ilícito de massa de um elevado número de pessoas que sem esses instrumentos sucumbiriam passivamente aos efeitos maléficos dessas demandas, ocasionando a litigiosidade contida.⁵² Na frente dessa nova metodologia, apesar de ainda bastante relutantes e tímidas, destacam-se a Itália, a Inglaterra e a Alemanha.

Na Itália destacou-se o art. 140-bis do Código de Consumo que prevê a tutela coletiva ressarcitória e restitutória, mas que apresenta pontos distantes em relação ao previsto para o incidente brasileiro, como a restrição de hipóteses de cabimento desse instrumento e a necessidade do indivíduo ter ingressado formalmente na demanda coletiva para poder se valer da decisão.⁵³

⁵¹ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

⁵² ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁵³ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

Na Inglaterra, apesar de existirem outros instrumentos que tratam da tutela de direitos coletivos, o *group litigation order* (GLO) é o que apresenta maior semelhança com o IRDR. O GLO permite o tribunal administrar coletivamente processos com questões de direito ou de fatos comuns relacionados. Entretanto, aqui, assim como na Itália, há algumas características que o distanciam do IRDR, como a necessidade de o indivíduo ter ingressado formalmente na demanda coletiva para poder se valer da decisão, o que possibilita a criação de mais de um GLO sobre o mesmo assunto.⁵⁴

Na Alemanha, por fim, há o instrumento que mais se assemelha ao incidente previsto no PLS n. 166/2010, o *Musterverfahren*. Apesar de o país bávaro apresentar notoriamente uma preferência pelas ações associativas européias como a *Verbandsklage*, bem como o próprio Ministério da Justiça ter afirmado que o *Musterverfahren* não se tratava de uma *class action* americana, a necessidade de buscar outros mecanismos de solução das controvérsias em massa no mercado de capitais inspirou o legislador alemão a criar a lei *Musterverfahrensgesetz*, na qual está inserido o seu instrumento.⁵⁵

Confirmando a ligação entre o *Musterverfahren* e o IRDR a própria comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do novo CPC já ratificou que o incidente previsto no novo ordenamento brasileiro teve o instrumento alemão como principal inspiração.⁵⁶ Ao analisar os fatores que condicionaram a criação do *Musterverfahren* pode-se facilmente identificar semelhanças entre os instrumentos em questão. Assim como na Alemanha, o Brasil busca solucionar de forma idêntica e vinculante questões controversas em causas paralelas através de uma decisão que sirva de modelo em face de problemas como a confiança tanto de investidores estrangeiros como dos jurisdicionados brasileiros no Poder Judiciário, além de promover a proteção ao direito de duração razoável do processo.⁵⁷

Apesar de o procedimento germânico diferenciar-se do IRDR ao estabelecer a necessidade de existência de litispendência dos processos individuais no momento da decisão do tribunal, a doutrina bávara já se encontra mais propensa a reconhecer a extensão da coisa julgada, com algumas peculiaridades.⁵⁸

⁵⁴ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁵⁵ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

⁵⁶ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 21.

⁵⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁵⁸ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9 ed. revista, ampliada e atual. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 41-45.

Deve-se ressaltar por último que o *Musterverfahren* está restrito às demandas que tratam da tutela coletiva de direitos relacionados ao mercado de capitais e que se tratava de um procedimento experimental que perdurou até novembro de 2010.⁵⁹

4 APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Ampliando a técnica prevista no art. 476 do CPC de 1973⁶⁰, o IRDR visa à fixação de tese jurídica a ser aplicada às causas que tratem do mesmo direito discutido, repetitivas. No entanto, para compreender como se atinge tal finalidade, é necessário compreender as regras procedimentais extraídas dos dispositivos que o regulam.

Para esse exame, torna-se salutar adotar uma classificação que torne mais didática a compreensão da futura aplicação do IRDR na jurisdição brasileira. Para tanto, adotar-se-á o sistema apresentado por Leonardo José Carneiro da Cunha⁶¹, que é dividido entre o momento de instauração; a legitimidade para postular a instauração do incidente; a divulgação e publicidade do incidente; o contraditório; a competência para admitir, processar e julgar o incidente; o procedimento e julgamento do incidente; os recursos no incidente; e as consequências do julgamento do incidente.

4.1 Momento de instauração

De acordo com o previsto no caput do artigo 930 do PLS nº 166/2010, o IRDR será admissível “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”.

Da interpretação gramatical da norma, pode-se observar que a lei estipula que o incidente deverá ser instaurado de forma preventiva, ou seja, antes da existência de decisões díspares, ao contrário do que já previsto com outros instrumentos existentes no ordenamento

⁵⁹ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁶⁰ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

⁶¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 274-292.

pátrio, que visam à uniformização das decisões após a existência de decisões díspares, como no caso do recurso extraordinário e do recurso especial, previstos respectivamente nos arts. 543-B e 543-C do CPC; e do pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais. Isto se deve essencialmente, como observado na exposição de motivos do anteprojeto, à urgente necessidade da sociedade brasileira de ter garantido o acesso à justiça.⁶²

Conforme estipula o parágrafo 2º do art. 930 do PLS nº 166/2010, deve-se ainda ressaltar que o ofício ou a petição utilizados para solicitar a instauração do incidente devem estar instruídos “com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente”, ou seja, as alegações devem estar pautadas em prova documental, da mesma forma que o *Musterverfahren*.⁶³

Do estudo da exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC também se pode extrair outra importante característica da instauração do IRDR, que é a limitação ao pedido de instauração às causas que estejam no primeiro grau de jurisdição, uma vez que já existem procedimentos apropriados a realizar essa tutela coletiva no segundo grau de jurisdição.⁶⁴

4.2 Legitimidade para postular

Previsto nos incisos I e II do parágrafo 1º do art. 930 do PLS nº 166/2010, o rol de legítimos para postular o IRDR inclui o juiz de uma das causas repetitivas, o relator de um recurso interposto em uma das causas repetitivas, o Ministério Público e a Defensoria Pública e as partes de uma demanda repetitiva. Todos devem direcionar seus pedidos de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal.

Quanto à possibilidade do juiz instaurar o incidente, esta encontra apoio também no ordenamento inglês observado acima, o GLO, que também concede ao juiz essa possibilidade de instauração de ofício.⁶⁵

O Ministério Público pode pedir a instauração do incidente em face da pertinência com as suas funções, bem como de sua legitimidade para a propositura de ação civil pública, a

⁶² BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 13-14.

⁶³ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁶⁴ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 21.

⁶⁵ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

qual, inclusive, poderia ser suscitada no lugar do IRDR para resolução coletiva de questão, desde que vise defender direitos difusos e coletivos. Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1994 *apud* CUNHA, 2011, p. 278) assinala que essa legitimidade deve-se, principalmente, à sua independência e à sua especialização no trato dos direitos difusos e coletivos, garantidas pela Constituição Federal de 1988.⁶⁶

Entretanto, a questão não está pacificada, havendo vasta discussão doutrinária quanto à possibilidade do Ministério Público defender direitos individuais homogêneos. Enquanto alguns entendem que a legitimidade do Ministério Público é ampla e irrestrita, outros afirmam que o Ministério Público não tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos por falta de previsão legal no art. 129, III da CF de 1988. Há ainda quem admita a existência dessa legitimidade quando os direitos individuais e homogêneos sejam indisponíveis, bem como outra posição que entende que o Ministério Público só teria legitimidade para defender esses direitos quando presente um relevante interesse social, variando a sua percepção de acordo com o caso concreto. Este é o entendimento que tem predominado como o mais razoável, devendo ser aplicado para o caso do IRDR.⁶⁷

É necessário, por fim, ressaltar a obrigação de o Ministério Público intervir no incidente segundo o art. 930, parágrafo 3º, PLS nº 166/2010, quando o mesmo não é titular, podendo ainda assumir a sua titularidade em caso de desistência ou de abandono pelo suscitante e nenhum legitimado assumir tal posição.

Quanto à Defensoria Pública, sabe-se que a sua função é orientar juridicamente e defender, em todos os graus, os necessitados como forma de garantir o acesso formal à justiça, previsto no art.5º, LXXIV da CF de 1988, mas no presente caso há dúvida se a legitimidade do defensor está restrita às causas que tenham pessoas carentes financeiramente como partes ou se abrange todos os casos em que a questão jurídica interesse aos necessitados. Leonardo da Cunha entende que a legitimidade do defensor constitui mais uma hipótese de função típica atribuída pelo ordenamento jurídico, necessitando ainda que o caso envolva interesses de necessitados ou trate de tema que esteja a eles relacionado, cumprindo, dessa forma, sua função típica.⁶⁸

⁶⁶ CAPPELLETTI, 1994 *apud* CUNHA, 2011, p. 278.

⁶⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 279.

⁶⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 280.

Nesse sentido, entende-se que o Tribunal não deve rejeitar de ofício o incidente se o suscitante não for legítimo para pedi-lo, devendo proporcionar prazo e oportunidade para que o requerente inadequado seja substituído por outro, adequado.⁶⁹

4.3 Publicidade

O art. 931, caput, do PLS nº 166/2010, trata da divulgação e publicidade que deve ser conferida ao pedido de instauração do incidente e ao seu julgamento por meio do registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Essa publicidade visa permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado de tais incidentes, permitindo, inclusive, durante o processamento e julgamento do IRDR, a intervenção de interessados e de *amicus curiae*, que queiram contribuir com a discussão através de elementos técnicos e argumentos para a formação do precedente a ser aplicado nas demais causas repetitivas.

O parágrafo único do art. 931 do PLS nº 166/2010 prevê ainda que, para garantir a divulgação e a publicidade, os tribunais devem promover a formação e a atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, devendo comunicar, imediatamente, ao CNJ para inclusão no cadastro.

4.4 Contraditório

O princípio do contraditório, também conhecido como princípio da audiência bilateral, prevista no brocardo romano *audiatur et altera pars*, indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça.⁷⁰ Apesar de não estar expressamente previsto na CF de 1988 para o processo civil, a doutrina moderna o considera inerente à própria noção de processo.

⁶⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. São Paulo: RT, v. 108, out./dez. 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016416>. Acesso em: 23. out. 2011, p. 9.

⁷⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. op. cit., 2003, p. 53.

Pode ser observado a partir da análise do devido processo legal e é encontrado nos arts. 935 e 936, do PLS nº 166/2010 para o IRDR.

Como regra, o contraditório deve ser observado para as partes do processo a partir do qual foi instaurado o incidente, como estipulam o art. 935 e o art. 936, parágrafo 1º, PLS nº 166/2010. Enquanto aquele estipula que o Relator deve ouvir as partes antes do julgamento, podendo as mesmas requererem a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; este dá a palavra ao autor e ao réu do processo originário após a exposição do incidente pelo relator no julgamento do IRDR.

Entretanto, o legislador prevê também no art. 935 e no art. 936, parágrafo 2º, PLS nº 166/2010, a possibilidade de interferência do assistente litisconsorcial e do *amicus curiae* no contraditório. Enquanto aquele artigo estipula que o Relator ouvirá os demais interessados, assistente litisconsorcial e *amicus curiae*, antes do julgamento, podendo os mesmos requererem a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; o 2º parágrafo do art. 936 possibilita a manifestação dos demais interessados no julgamento do incidente.

Assim, o IRDR, semelhante à proclamação de inconstitucionalidade, provoca um julgamento abstrato da questão jurídica submetida ao tribunal, devendo sua decisão ser aplicada para todos os demais casos identificados que envolvam a mesma questão de direito e não apenas para o caso concreto que lhe originou. Nesse sentido, a divulgação e a publicidade previstas no tópico anterior são de fundamental importância para permitir a intervenção de qualquer interessado, assistente litisconsorcial ou *amicus curiae*. Vale ressaltar por fim que o art. 935 e o art. 936, parágrafo 1º, PLS nº 166/2010 preveem ainda a manifestação do Ministério Público antes do julgamento e no momento do mesmo.

A seguir, tem-se uma visão detalhada dos dois interessados que podem surgir, excepcionalmente, no IRDR, bem como do Ministério Público, a quem é incumbido o dever de interferir diretamente no contraditório do processo.

4.4.1 Assistente litisconsorcial

As partes de cada um dos respectivos processos suspensos ante a instauração do incidente poderão intervir no mesmo como assistentes litisconsorciais, contribuindo com o

convencimento do tribunal. As partes ficam assim caracterizadas por terem interesse jurídico no resultado do julgamento do IRDR, já que o incidente representa a controvérsia da questão de direito sobre a qual todas as demais demandas se fundam.

Nesse sentido Mauro Bove (2009 *apud* CUNHA, 2011, p. 283) entende que a todo sujeito interessado em determinada decisão jurisdicional deve ser concedida a possibilidade de participar no processo de sua formação, sendo-lhe reconhecido o direito de ser ouvido, a fim de poder influenciar o julgador e ajudá-lo na elaboração do conteúdo da decisão.⁷¹

4.4.2 *Amicus curiae*

Presente no ordenamento pátrio desde 1978 com a Lei 6.616, o *amicus curiae* possui grande destaque no Brasil, como na Lei 8.884/1994, que regula a defesa da concorrência, e na Lei 10.259/2001, que instituiu o Juizado Especial Federal.⁷²

O *amicus curiae* não se confunde com os assistentes litisconsorciais, uma vez que estes trazem sua visão pessoal acerca do direito discutido, defendendo seus interesses jurídicos, enquanto aqueles, como auxiliares do juízo, contribuem com argumentos, dados e elementos extraídos de sua experiência ou atividade relacionada com o direito discutido.

A figura do *amicus curiae* surge no âmbito das ações de controle de constitucionalidade como característica de uma realidade pluralista, que visa ampliar o círculo de intérpretes como decorrência natural da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. Assim como nas ações objetivas de controle de constitucionalidade, o uso do *amicus curiae* será cabível no IRDR, a título que este também é uma manifestação de uma realidade pluralista, que necessita ampliar o número de intérpretes para integrar a realidade no processo de interpretação.⁷³

O *amicus curiae*, tido como auxiliar do Juízo por uns e como amigo da parte por outros, pode ser qualquer entidade que desempenhe atividades relacionadas com o tema examinado pelo tribunal no incidente, fornecendo dados, argumentos ou elementos que contribuam para a decisão. Ele tem interesse institucional de contribuir com a decisão acerca do precedente a ser adotado pelo Tribunal, seja porque sua atividade está relacionada com o

⁷¹ BOVE, 2009 *apud* CUNHA, 2011, p. 283.

⁷² BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. out. 2011.

⁷³ *Ibid.*, Acesso em: 23. out. 2011.

tema ou desenvolve estudos sobre o assunto.⁷⁴ Vale ressaltar, por fim, que a publicidade prevista por meio da formação de banco de dados no CNJ das informações dos tribunais do país facilitaria ainda mais a presença do *amicus curiae* nesses incidentes.⁷⁵

4.4.3 Ministério Público

Como já observado no tópico acerca da legitimidade para postular, o Ministério Público pode ser requerente, quando terá o contraditório regido de acordo com o art. 935 e o art. 936, parágrafo 1º, PLS nº 166/2010, ou pode ser um interveniente no incidente, conforme o art. 930, parágrafo 3º, PLS nº 166/2010. Nesta hipótese, ele não será titular da demanda, devendo manifestar-se durante o contraditório primeiramente antes do julgamento, logo após as partes e os demais interessados terem sido ouvidos pelo Relator, e durante o julgamento após a manifestação do autor e do réu, de acordo com o art. 935 e o art. 936, parágrafo 1º, PLS nº 166/2010.

4.5 Competência para admitir, processar e julgar

Conforme estipula o art. 933, caput, PLS nº 166/2010, ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial, competirá o juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente, retirando do juízo de origem a tarefa de fixar a questão controvertida a qual o Tribunal fica vinculado, assim como o exame da presença dos requisitos de admissibilidade. No caso do *Musterverfahren* ambos são de competência do juiz de origem.⁷⁶ Entretanto, como será analisado no capítulo seguinte, em tópico próprio, a parte dessa norma que estabelece o órgão interno do tribunal que deve realizar o julgamento do IRDR é inconstitucional.

Dessa forma, pode-se compreender da análise da parte constitucional do artigo supracitado, juntamente ao parágrafo 1º do art. 930 do mesmo projeto, que a competência

⁷⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 283.

⁷⁵ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

⁷⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

para admitir, processar e julgar o IRDR será do tribunal imediatamente “superior” a que se encontra vinculado o juízo de primeiro grau, uma vez que competirá sempre, segundo o parágrafo primeiro do art. 930 da PLS nº 166/2010, a um Presidente de Tribunal a análise da admissibilidade do pedido de instauração do incidente.

4.6 Procedimento e julgamento

Uma vez suscitado, nos termos do art. 930, do PLS nº 166/2010, o incidente, de acordo com o art. 932 desse mesmo projeto, será distribuído a um relator, que poderá requisitar, no prazo improrrogável de quinze dias, informações ao juízo em que era processada originalmente a demanda repetitiva. Findo esse prazo, seguindo o estipulado no art. 932 supracitado, será solicitada data para admissão do incidente e intimado o Ministério Público, que neste caso será interventor obrigatório do IRDR como previsto no art. 930, parágrafo 2º, do PLS nº 166/2010. O tribunal competente, da forma que dispuser seu regimento interno como explicado no tópico referente à competência, examinará sua admissibilidade considerando os requisitos do art. 930, PLS nº 166/2010, e a conveniência de se adotar decisão paradigmática, nos termos no parágrafo 1º do art. 933, do mesmo projeto.

Observando a necessidade de se identificar controvérsia fundada em mesma questão de direito com potencialidade de gerar demandas repetitivas e a possibilidade de existirem decisões conflitantes que causem grave insegurança jurídica, pode-se compreender que o novo instrumento visa apenas tutelar direitos individuais homogêneos e não direitos coletivos em sentido amplo, difusos e coletivos.⁷⁷

Caso o incidente seja rejeitado, o parágrafo 2º do art. 933 do PLS nº 166/2010 prevê que o curso dos processos será retomado no juízo em que estava sendo julgado.

Admitido, o art. 934, caput, PLS nº 166/2010, define que o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição, resguardando-se a possibilidade de concessão de medidas de urgência no juízo de origem nos termos no parágrafo único do supracitado artigo.

Deve-se ainda aqui entender, assim como o *Musterverfahren* prevê, que todos os titulares de pretensões derivadas da questão de direito em discussão que decidam demandar

⁷⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

em juízo antes ou na pendência da decisão sobre o incidente tornam-se, automaticamente, partes nesse, independentemente de sua vontade.⁷⁸ Entretanto, vale ressaltar que, no instrumento brasileiro, fica evidente que esse efeito deve abranger apenas a competência territorial subordinada ao tribunal responsável pelo julgamento do IRDR.

No prazo comum de quinze dias, o art. 935, do PLS nº 166/2010, estabelece que o relator deverá ouvir as partes e os demais interessados, assistentes litisconsorciais e *amicus curiae*, sendo concedido, logo depois, igual prazo para o Ministério Público se manifestar.

Concluídas as diligências, o art. 936, do PLS nº 166/210, prevê que o relator deverá determinar o dia para o julgamento do incidente. Nos termos dos parágrafos 1º e 2º do supracitado artigo, no dia do julgamento, o relator deverá expor o incidente para que depois o presidente dê a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público para sustentarem suas razões pelo prazo de trinta minutos para cada. Em seguida, os demais interessados, assistentes litisconsorciais e *amicus curiae*, desde que inscritos com quarenta e oito horas de antecedência, poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos.

O art. 939, *caput*, do PLS nº 166/2010, prevê ainda prazo de seis meses para o julgamento do incidente, com preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. Ultrapassado esse prazo, o parágrafo 1º do supracitado artigo determina o fim da eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

4.7 Recursos

Apesar de o PLS nº 166/2010 prever expressamente apenas os recursos especial e extraordinário no julgamento do IRDR, Leonardo da Cunha entende que o agravo interno e os embargos de declaração também podem ser interpostos durante o julgamento do IRDR.⁷⁹

Quanto aos embargos de declaração esse entendimento é pacífico, uma vez que, apesar de não estar previsto no capítulo que trata do IRDR, os embargos de declaração fazem parte do corpo do projeto do novo CPC, PLS nº 166/2010, nos artigos 976 a 980, permitindo

⁷⁸ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁷⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 286-291.

sua utilização contra qualquer decisão monocrática ou colegiada para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material.

O agravo interno também é outro recurso que, apesar de não estar expresso no capítulo que trata do IRDR, encontra previsão no projeto do novo CPC (PLS n. 166) no artigo 975, que viabiliza a interposição de recurso contra as decisões proferidas pelo relator. Este instrumento será cabível contra a decisão do relator no curso do processo do IRDR que, por exemplo, rejeite a intervenção de interessados, assistentes litisconsorciais e *amicus curiae*, a fim de que o tribunal possa avaliar a conveniência e a oportunidade da intervenção. Logo, o agravo interno poderá ser interposto por qualquer um dos legitimados a suscitar o IRDR, assim como quem atuou ou poderia atuar como interveniente no incidente.

Deve-se também ressaltar a possibilidade de interposição de embargos de divergência⁸⁰, que estão previstos nos arts. 997 e 998 do PLS nº 166/2010, e são passíveis em recursos especiais e extraordinários em alguns casos em que haja divergência do julgamento de outra turma, de seção ou de órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao mérito ou ao juízo de admissibilidade ou em uma questão em que haja decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso embora tenha apreciado a controvérsia, bem como nas hipóteses de causa de competência originária em que ocorra divergência do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial, podendo, ainda, serem confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

Quanto aos recursos especial e extraordinário, o capítulo que trata do IRDR regula o uso dos mesmos como forma de recorrer do acórdão que julgar o incidente, garantindo a segurança jurídica. O recurso será o especial quando a matéria for de âmbito infraconstitucional, devendo ser dirigido ao STJ, enquanto que o recurso será extraordinário quando a matéria for de índole constitucional, devendo ser dirigido ao STF. O art. 937, *caput*, do PLS nº 166/2010, estabelece as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública como o rol de legitimados que podem requerer ao tribunal competente a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial. O parágrafo único desse artigo estende ainda a legitimidade acima para todos que forem parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente, independentemente dos limites da competência territorial, possibilitando a concentração de toda a discussão no recurso interposto.

⁸⁰ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 22.

Ao *amicus curiae* também será legítima a interposição de recursos, uma vez que quem possui interesse na causa, já tendo sido admitido, debatendo questões e argumentos pertinentes, merecem utilizar a extensão da demanda que o recurso é.⁸¹

O art. 940, *caput*, do PLS nº 166/2010, soluciona o problema da exigência da repercussão geral para conhecimento de recurso especial ou extraordinário, quando presume a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, sem necessidade de demonstração da sua presença. Aqui, deve-se notar um grande avanço em relação ao *Musterverfahren* do direito alemão, o qual incumbe ao recorrente demonstrar a “significação fundamental” do recurso, requisito similar à repercussão geral prevista no ordenamento brasileiro⁸², inibindo as partes de se manifestarem contra as decisões prolatadas. A norma em questão também determina ainda que os referidos recursos serão dotados de efeito suspensivo, diferentemente do *caput* do art. 937 do PLS nº 166/2010, que torna possível a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. O parágrafo único do artigo supracitado estabelece também que, interpostos o recurso especial ou o recurso extraordinário, os autos devem ser remetidos ao tribunal competente sem a realização de juízo de admissibilidade na origem.

É importante salientar que, conforme estipula o parágrafo único, do art. 938, do PLS nº 166/2010, a tese jurídica firmada em acórdão que decida recurso especial ou extraordinário interposto contra decisão que julgou IRDR será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional. Entretanto, no capítulo seguinte, será desenhada importante crítica em relação a esse parágrafo único, no âmbito da competência, que opera de forma inconstitucional ao estipular o plenário do STF e a corte especial do STJ para julgar, respectivamente, recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão que julgou IRDR, atribuição privativa do regimento interno de cada tribunal.

Por fim, nota-se aqui, mais uma vez, a necessidade da ampla publicidade e da específica divulgação junto ao CNJ, observado no art. 931 do PLS nº 166/2010, uma vez que estas possibilitam que qualquer interessado, cuja causa esteja sujeita à competência de outro tribunal possa requerer ao STF ou ao STJ a suspensão de todos os processos que tramitem no território nacional, em cujo âmbito haja discussão a respeito da questão jurídica posta a julgamento.

⁸¹ BRANCO NETO, op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

⁸² CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., 2011, p. 45.

Quanto à possibilidade de interposição de recurso da decisão que admite o incidente, o IRDR não prevê nenhuma norma que indique se há algum tipo de recurso sobre essa questão, enquanto o *Musterverfahren*, de forma expressa, não admite.⁸³

Vale ressaltar ainda que o IRDR, comparado ao GLO, apresenta-se à frente no que se refere à existência de remédio para as partes escaparem dos efeitos da decisão no caso de má gestão processual do *lead solicitor*, representante eleito para assumir a função principal de conduzir o julgado relativo ao GLO. O art. 55 do CPC de 1973, já previa essa possibilidade, apresentando uma hipótese de remédio, e o projeto do novo CPC foi muito feliz ao preservar essa hipótese no art. 313 do PLS nº 166/2010 até então com mudanças que não atingem o propósito do remédio.⁸⁴ Nesse sentido, o *Musterverfahren* também se destaca ao tornar possível os intervenientes escaparem da decisão do incidente⁸⁵, bastando que demonstrem a má gestão processual voluntária ou por culpa grave do representante da parte que não fez uso dos meios de ataque e de defesa quando tais meios eram ignorados pelos intervenientes. Os intervenientes também podem escapar da decisão do *Musterverfahren* quando demonstrarem que não puderam fazer uso de meios de ataque e defesa em face da situação avançada em que se encontrava o processo.

4.8 Consequências

Transitado em julgado a decisão sobre o IRDR, o acórdão que julga a questão de direito será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência nos termos do art. 933, parágrafo 2º, PLS nº 166/2010, caracterizando-se pelo efeito vinculante e não pela coisa julgada, que é adotada no *Musterverfahren*.⁸⁶

O art. 938, parágrafo único, PLS n. 166, determina também que, se houver recurso especial ou extraordinário, e se o STJ ou o STF apreciarem a matéria em seu mérito, a tese jurídica firmada deverá ser aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo território nacional. Neste sentido também pode ser observado o GLO do ordenamento inglês que, assim como o IRDR, decide a questão individual sem

⁸³ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁸⁴ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

⁸⁵ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

⁸⁶ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

implicar que as demandas individuais tenham o mesmo desfecho, pois decidido o ponto controverso passa-se à análise da questão individual.⁸⁷

Subentende-se do art. 933, parágrafo 2º, e do art. 938, caput, do PLS n. 166, que, proposta alguma demanda cujo fundamento contrarie tese jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do incidente, o juiz deverá julgar o pedido liminarmente improcedente, como ocorre atualmente no art. 285-A do CPC de 1973, independentemente da citação do réu e desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor. Segundo Leonardo da Cunha, essa sentença, assim como outras que se apoiem na tese jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do IRDR, não estará sujeita ao reexame necessário, mesmo que proferida contra a Fazenda Pública.⁸⁸

Conclui ainda o supracitado autor que na hipótese de execução provisória, a caução será dispensada quando a sentença houver sido proferida com base em acórdão firmado em IRDR.⁸⁹ Leonardo, também coloca que os julgamentos nos tribunais poderão ser proferidos isoladamente pelo relator quando nega seguimento a recurso fundado em argumento contrário à tese afirmada no incidente relacionado ou quando dá provimento imediato a recurso fundado na mesma tese jurídica firmada no precedente do IRDR relacionado à demanda.⁹⁰

Uma vez firmada o precedente de um incidente, este deverá ser aplicado por todos os juízes nos casos de mesma questão de direito, excepcionado nos casos de *overruling*, *distinguishing* e *overriding*. Caso a tese adotada pela decisão proferida no incidente não seja observada, caberá reclamação para o tribunal competente, conforme descreve o art. 941, caput, do PLS nº 166/2010, diferentemente da hipótese do art. 140-bis do Código de Consumo Italiano, que atribuía ao indivíduo lesado que não aderisse à demanda coletiva o ônus, na ação individual, de comprovar todos os fatos constitutivos do seu direito sem invocar a demanda coletiva para o seu apoio.⁹¹

⁸⁷ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁸⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 291.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 291.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 291-292.

⁹¹ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

5 CRÍTICAS AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Por fim, apesar de o incidente de resolução de demandas repetitivas ainda não ter sido aplicado na jurisdição brasileira, o que revelaria concretamente suas reais dificuldades em realizar a tutela dos direitos individuais coletivizados, é importante traçar linhas críticas sobre a aplicação desse instituto tal como está previsto. Não se pretende aqui indicar soluções definitivas aos problemas levantados, mas apenas, a partir da conjugação dos diferentes instrumentos de tutela dos direitos coletivos, pátrios e estrangeiros, e dos conflitos aparentes de normas, apontar as possíveis falhas já premeditadas pela doutrina que podem inviabilizar a efetiva aplicação do IRDR, bem como os pontos em que o legislador ainda pode incrementar o projeto do novo CPC que poderiam assegurar uma melhor aplicação do mesmo.

Deve-se ressaltar também que o projeto no qual o incidente está inserido encontra-se atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados. Logo, críticas apontadas sobre a aplicação do IRDR podem também induzir a mudanças nas normas que o estabelecem, demonstrando a atenção que o legislador deve dispensar aos possíveis problemas frutos da criação de novos procedimentos no ordenamento brasileiro.

Para que se atinja um melhor conhecimento sobre esse tema, revela-se, mais uma vez, oportuno a classificação do objeto de estudo em tópicos, segundo o propósito defendido nos mesmos. Dessa forma, a classificação proposta apresenta as críticas quanto aos requisitos para a instauração da demanda, à competência, ao contraditório, ao procedimento, às consequências e às inconstitucionalidades percebidas no atual texto do projeto.

5.1 Requisitos para a instauração

Primeiramente, quanto aos requisitos para a instauração, há importante crítica em relação ao caráter preventivo do IRDR, que, inclusive, é a característica que o diferencia de outros instrumentos previstos no ordenamento brasileiro. De acordo com essa análise, a ausência de sentenças antagônicas sobre o assunto implicaria na ausência de controvérsia suficiente para se proferir a melhor decisão acerca da questão de direito controvertido, implicando na necessidade de se estabelecer como requisito para a instauração do incidente a

existência de prévia controvérsia sobre o assunto.⁹² Assim, o caráter preventivo do IRDR impossibilitaria o desenvolvimento satisfatório de todos os pontos de vista sobre a causa e, conseqüentemente, restringiria a produção do maior número possível de argumentos, o que acarretaria a reabertura da discussão sobre a questão de direito controvertida em novas demandas, já que não houve o amadurecimento e a ampla discussão acerca da causa repetitiva.

Nesse sentido, Leonardo da Cunha fundamenta sua censura com a posição de Ronald Dworkin (2002 *apud* Cunha, p. 276), que adverte que o problema está na incerteza acerca do conhecimento suficiente sobre os assuntos em discussão para que seja proferida uma decisão judicial e da apreciação quanto à probabilidade de a decisão judicial diminuir ou eliminar novos dissensos.⁹³ Entretanto, essa crítica não merece prosperar diante da impossibilidade de se identificar o esgotamento dos argumentos possíveis. No próprio texto de Dworkin, que o supracitado autor usa para motivar sua crítica, pode-se identificar facilmente a fragilidade de sua propositura uma vez que, como ressalta, o problema é saber se os assuntos estão maduros para uma decisão judicial e se esta resolveria esses assuntos, eliminando ou diminuindo a probabilidade de novos dissensos.

Ora, se o homem não pode prever o futuro, o problema questionado não poderá ser solucionado nunca, uma vez que a certeza sobre determinado assunto muda de acordo com o conhecimento existente e predominante em determinada época como no caso do adultério, que hoje não é mais considerado crime. É notório que uma decisão pautada no maior número de sentenças diferentes e argumentos diversos deverá produzir uma solução mais adequada para diminuir ou erradicar novos dissensos, mas qual será o momento ideal para pôr fim a essa espera.

Este entendimento, assim como previsto na exposição de motivos do anteprojeto, busca concretizar o anseio da terceira fase da evolução científica do direito processual e do neoconstitucionalismo quanto à necessidade urgente de se garantir o acesso à justiça na jurisdição brasileira. Esse acesso, de forma ampla, visa proteger os direitos que atualmente não se encontram devidamente tutelados, como a isonomia, a segurança jurídica, a razoável duração do processo, a moralidade, a boa-fé objetiva e a liberdade. Essa é a idéia que deve ser observada e contraposta à crítica formulada por Leonardo da Cunha, os motivos que levaram a criação do incidente de forma preventiva, atualmente, devem ser privilegiados mesmo que

⁹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. op. cit., 2011, p. 275-276.

⁹³ DWORKIN, 2002 *apud* CUNHA, 2011, p. 276.

seja alta a probabilidade de surgir um novo entendimento que supere a decisão inicial acerca das demandas repetitivas.

Contudo, a doutrina e o legislador já se encontram preparados para solucionar esse problema. A possibilidade de utilização do *amicus curiae*, prevista no art. 935 do PLS nº 166/2010, consiste em importante forma que o legislador procurou assegurar o esgotamento de argumentos quando da decisão do incidente. Ressalte-se ainda que a doutrina encontra em instrumentos como o *overruling*, o *distinguishing* e o *overriding* meios com aptidão para que se busque a superação das decisões que pareçam inapropriadas ao caso concreto, possibilitando uma nova decisão acerca das causas repetitivas que tratem do assunto.

O primeiro refere-se à ocorrência de novas circunstâncias que tornam os precedentes não mais utilizáveis, como modificações sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Já o segundo trata da comparação de precedentes em que seja percebida uma circunstância que os diferencie, ou seja, analisa as peculiaridades do caso concreto para que não seja engessado o direito em questão. Por fim, o terceiro ocorre quando o tribunal reduz o âmbito de aplicação de entendimento jurisprudencial anteriormente estabelecido em face de regra ou princípio legal que surgiu posteriormente, revogando-se parcialmente um precedente para que tenha sua aplicação restringida diante de uma norma especial que justifique tal mudança. Tudo isso comprova como a doutrina que estuda o direito processual está desenvolvida e acompanha a dinâmica dos precedentes, mostrando-se excessiva a preocupação demonstrada acerca da ausência de decisões díspares sobre a questão antes de seu julgamento.

O uso da modulação também enaltece essa fundamentação, uma vez que a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC ressaltou na exposição de motivos do anteprojeto ser possível a modulação dos efeitos da jurisprudência oriunda de julgamentos de casos repetitivos em respeito ao interesse social e à segurança jurídica, possibilitando a proteção de sentenças transitadas em julgado baseadas na orientação abandonada pelo tribunal, além de ter estipulado prazo decadencial de um ano para propositura de ação rescisória como forma de reafirmar a possibilidade do uso do IRDR com seu caráter preventivo.⁹⁴

Outra crítica quanto aos requisitos para a propositura refere-se à falta de parâmetros objetivos estipulados pelo legislador para o cabimento do IRDR. As normas que regulam o incidente, na verdade, submetem à análise pessoal de quem pretende instaurar o

⁹⁴ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 19.

pedido a potencialidade do conflito em questão gerar relevante multiplicação de processos. Sabe-se que, pela experiência profissional, advogados, juizes, Ministério Público e Defensoria Pública, podem identificar facilmente uma demanda que possa gerar conflito, entretanto, quando errarem ou quando o utilizarem de forma incorreta, vão ocasionar um mau uso do Poder Judiciário, que vai resultar em gasto desnecessário de tempo e de dinheiro até que seja apurada a ausência desse requisito como justificativa para a devida instauração do incidente. Aqui o legislador poderia ter se prevenido de tal abuso ao adotar critérios fixos para caracterizar esses conflitos como assim o fez o *Musterverfahren*, previsto no Direito alemão, o qual permite sua instauração apenas quando houver, no mínimo, dez pedidos relativos à mesma questão dentro dos quatro meses posteriores ao seu requerimento.⁹⁵

Dessa maneira, diferentemente do *Musterverfahren*, o incidente brasileiro, adotando critérios subjetivos como a conveniência, pode fazer com que o instrumento nasça morto, assim como a uniformização de jurisprudência, previsto no art. 476 do atual CPC, que, face à interpretação que lhe foi conferida pelos tribunais, teve sua adoção entendida como mera faculdade.⁹⁶

Em relação aos requisitos para a instauração do IRDR, também há crítica referente à restrição de atuação do incidente apenas para questões de direito. Enquanto que o incidente brasileiro, da forma que ficou estipulado no PLS nº 166/2010, abrange somente situações em que haja conflito de questões de direito, o *Musterverfahren*, previsto no direito alemão, vai mais além e também tutela situações de fato controvertidas. Diante disso, pode-se perceber que o legislador, até o momento, perdeu uma grande chance de dar maior espaço ao IRDR em sua futura aplicação, uma vez que os processos isomórficos não se restringem às questões de direito. Entretanto, essa crítica não é admitida uniformemente na doutrina brasileira, uma vez que parte dela entende como adequada a previsão de dirimir apenas questões de direito no incidente como no caso do art. 285-A, pois, dessa forma, evitar-se-ia o risco de a decisão não refletir a exata questão de fato discutida pelos litigantes.⁹⁷

⁹⁵ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁹⁶ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

⁹⁷ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

5.2 Competência

No que se refere à competência, a crítica em relação ao incidente brasileiro ocorre a partir do confronto com o instrumento inglês denominado GLO, semelhante ao IRDR. Segundo essa comparação, o Brasil poderia, assim como a Inglaterra, ter estipulado previsão no projeto do novo CPC sobre a divisão de tarefas no julgamento do IRDR. No GLO, por exemplo, questões de mérito são decididas pelo juízo responsável pelo julgamento, enquanto que questões processuais e referentes às custas podem ser delegadas, otimizando o trabalho do Poder Judiciário.⁹⁸

5.3 Contraditório

Como crítica ao contraditório, aponta-se o combate ao entendimento retirado a partir da leitura do art. 935 e do art. 936, § 1º, do PLS n. 166, que estabelece que as partes da demanda individual que resultou no IRDR devem ser as partes que representam as demais interessadas, contrariando o entendimento tanto do GLO do Direito inglês como do *Musterverfahren* do Direito germânico, que preveem, respectivamente, a eleição de um *lead solicitor*⁹⁹ e a designação pelo Tribunal, de ofício, de um líder¹⁰⁰ para representar as partes no julgamento da demanda coletiva. Ora, se uma das motivações para a criação do IRDR reside justamente em possibilitar que os menos favorecidos economicamente possam ter pleno acesso à justiça, evitando-se a litigiosidade contida, as previsões dos arts. 935 e 936 do projeto do novo código vão de encontro justamente a essa finalidade, uma vez que, ao limitar a representação das partes no IRDR àqueles que requereram o incidente em sua demanda individual, possibilitam que essa representação seja encargo de pessoas que não tenham conhecimento ou condições financeiras suficientes para melhor gerir essa demanda, submetendo seu acesso à justiça a existência do requerimento de instauração do incidente por outro.

⁹⁸ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

⁹⁹ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., 2011, p. 39.

É inegável que o déficit científico e financeiro pode interferir na resolução de demandas, principalmente em um país como o Brasil com baixo desenvolvimento do ensino e com grandes extensões territoriais. Dessa forma, a dificuldade intelectual, resultado de um ensino público de baixa qualidade, poderá interferir nas escolhas durante o processo, pormenorizando o contraditório, assim como a deficiência financeira poderá interferir até na interposição de recursos em face da elevada quantia pecuniária necessária para se locomover aos mais diversos tribunais em um território tão vasto como o brasileiro, além de interferir também na contratação de um advogado de qualidade, o que, mais uma vez, prejudica o contraditório e, conseqüentemente, o acesso a uma ordem jurídica justa. Sabe-se que o legislador pátrio prevê a existência do assistente listisconsorcial e do *amicus curiae*, bem como a intervenção do Ministério Público, com o objetivo de atenuar essa possibilidade de prejuízo do acesso à justiça, mas, observando os procedimentos inglês e alemão, entende-se que seria mais razoável o legislador ter previsto uma forma das partes escolherem seus representantes no IRDR, facilitando o aperfeiçoamento do contraditório.

5.4 Procedimento

Quanto ao procedimento, as críticas construídas reiteram a necessidade de instrumentalidade do mesmo. Diante do procedimento inglês conhecido como GLO, há a necessidade de ser apontada a ausência de previsão legal no incidente brasileiro que confira amplos poderes a quem o gerencia como forma de garantir a efetividade do processo. O IRDR, assim como o GLO, deveria proporcionar a quem o gerencia a possibilidade de alterar as questões de direito contraditórias ou até mesmo extingui-las quando entendesse necessário, aproximando-se do *managing* do juiz na *class action* americana.¹⁰¹

A crítica às custas processuais também correspondem à questão procedimental do processo. É importante notar que, assim como na Alemanha, no Brasil há a regra de repartição do custo do processo de acordo com o princípio da causalidade, cabendo ao vencido pagar todas as despesas do processo em face da sucumbência. No entanto, como as causas coletivas remontam processos complexos com grandes danos, estes podem resultar em demasiado peso econômico para o vencido. O Direito alemão, prevendo esse elevado ônus, estabeleceu no

¹⁰¹ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

Musterverfahren uma divisão de custos mais justa, computando proporcionalmente os custos do incidente como despesas do processo de origem para depois dividi-lo em cotas-parte de acordo com a relação entre a grandeza das pretensões individuais e o total das exigências paralelas das partes intervenientes. Além disso, o ordenamento bávaro definiu ainda uma repartição de custos de acordo com o êxito e a participação efetiva de partes e intervenientes no procedimento recursal, a fim de dar maior equilíbrio nessa divisão de custas.¹⁰² Infelizmente, nesse ponto, o projeto do novo CPC não acompanhou o avanço supracitado do ordenamento alemão. O PLS nº 166/2010 não chegou, ao menos, a regular o assunto das custas no IRDR, o que futuramente, com sua aprovação, certamente irá ocasionar muitos transtornos no momento da divisão desse ônus nos Juízos que vão determinar esse valor.

Outra crítica que se faz em relação ao procedimento é quanto à necessidade de se requerer a suspensão de todas as ações, uma vez que o comprometimento dos realizadores do processo com o julgamento uniforme para questões de mesma tese jurídica deveria implicar, necessariamente, na natural suspensão de todas as demandas, já que se referem a um processo objetivo, sem partes, mas com discussão apenas acerca da tese que deve prevalecer em casos iguais.¹⁰³

Por fim, vale ressaltar a impropriedade quanto ao prazo previsto de seis meses no *caput* do art. 939 do PLS nº 166/2010, pois não há previsão de meios coercitivos para que tal prazo seja obedecido pelos tribunais, nem hierarquia dentro do Poder Judiciário ou entre Poderes capaz de determinar a obediência ao supracitado prazo.

5.5 Consequências

No que toca às consequências do julgamento do IRDR, há um ponto que ficou obscuro em face da falta de previsão legal sobre o assunto. É o problema envolvendo a possível situação em que haja mais de um tribunal julgando as mesmas questões de direito controversas nos seus respectivos incidentes. Da leitura dos artigos que preveem sua aplicação no PLS nº 166/2010, entende-se que é possível que ocorra simultaneamente o julgamento de incidentes que tratem dos mesmos problemas em tribunais diferentes, podendo trazer soluções díspares. E mais, poderia ocorrer ainda o julgamento de um incidente em um determinado

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., 2011, p. 45-46.

¹⁰³ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

tribunal, enquanto ocorreria simultaneamente a análise de uma demanda individual em local fora da competência do tribunal que está julgando o IRDR, mas que trata das mesmas questões controversas discutidas neste, podendo ainda, ocorrer o que dispõe o parágrafo único do art. 937 do PLS nº 166/2010, segundo o qual, “aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial” para, nos termos do caput do art. 937, “requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”. Logo, haveria a possibilidade de existir mais de uma decisão acerca da mesma questão de direito controvertida no país, quando não fosse interposto recurso na situação exposta acima, indo de encontro a um dos propósitos de criação desse instrumento, que é assegurar a segurança jurídica por meio de decisões iguais para questões iguais.

Nesse sentido, o legislador teria sido muito mais prudente se tivesse observado a regra constante do ordenamento alemão que regula o *Musterverfahren*. Tal norma prevê que, existindo mais de um tribunal interessado na causa, a questão deve ser remetida a um tribunal superior ou, mediante acordo ou convênio, ser escolhido um tribunal, que ficará responsável pelo julgamento da demanda.¹⁰⁴ Entretanto, como observado na exposição de motivos constante no anteprojeto do novo CPC, “a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, Ministério Público ou Defensoria Pública”.¹⁰⁵

Outra crítica quanto às consequências do julgamento do IRDR, parte da constatação de que esse incidente adota o efeito vinculante. Dessa conclusão, deve-se questionar o que é vinculante no precedente, bem como saber se a tese adotada na decisão será aplicada a todos os processos, incluindo novas demandas eventualmente propostas após a decisão, ou apenas aos processos suspensos por conta da admissibilidade da questão no Tribunal. O art. 938 do PLS nº 166/2010 é vago para ser usado na definição do modelo adotado no Brasil. Não se sabe se deve ser adotado como uma súmula vinculante emitida por órgão judicial que não o STF ou se deve prevalecer a vinculação aos processos suspensos

¹⁰⁴ CABRAL, Antonio do Passo. op. cit., 2011, p. 39.

¹⁰⁵ BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 22.

necessitando da existência de litispendência para o uso da coisa julgada.¹⁰⁶ Nesse sentido, há a proposta doutrinária de adoção da *certification* do Direito norte-americano, que estabelece uma coletivização das demandas individuais que preencham determinados requisitos. A idéia é coletivizar uma questão de uma demanda individual para que seja tutelada definitivamente a pretensão de toda uma classe de indivíduos por meio da representação ou da substituição processual. Desse modo, esse procedimento proporcionaria a vantagem de definir a situação dos envolvidos no processo e de todos os membros da classe representada em juízo.¹⁰⁷

5.6 Inconstitucionalidades

Há duas situações em que são questionadas a constitucionalidade das previsões dos artigos do PLS nº 166/2010, que trata do IRDR. Contudo, elas visam proteger a mesma matéria constitucional, qual seja, a competência privativa dos tribunais de elaborar seus regimentos internos e neles dispor sobre a competência e o funcionamento dos seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, prevista no art. 96 da CF de 1988.

A primeira pode ser identificada no art. 933 do PLS nº 166/2010, o qual estipula, de forma imprópria, o órgão interno do tribunal que deve julgar o IRDR, atribuição privativa do regimento interno de cada tribunal.¹⁰⁸ A segunda é observada no parágrafo único do art. 938 do PLS nº 166/2010, que mais uma vez estabelece, impropriamente, o órgão interno do tribunal que deve julgar o IRDR, agora no âmbito recursal.¹⁰⁹

Por fim, deve-se ressaltar ainda que a possibilidade de indicar o tribunal adequado para julgar o IRDR, respeitadas as regras de competência, seria viável. Entretanto, estabelecer o órgão interno do tribunal que deve realizar o julgamento do incidente é inconstitucional.

¹⁰⁶ ROSSONI, Igor Bimkowski. op. cit., Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Acesso em: 23 out. 2011.

¹⁰⁸ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Acesso em: 23. Out. 2011.

6 CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que o IRDR, da forma como está atualmente previsto no PLS nº 166/2010, busca atender à concepção constitucional a que o direito infraconstitucional está subordinado. Vale atentar que essa constitucionalização do direito é fruto das decorrências do novo Direito Constitucional, as quais atribuem uma nova forma de se assimilar os direitos infraconstitucionais a partir da metade do século passado. Esse processo pode ser exemplificado pelo art. 3º, inciso I da CF de 1988, que estabelece os valores jurídicos sociedade livre, justa e solidária, como objetivos que devem ser observados pelo Estado, e, assim também, por todo o ordenamento pátrio.

Contudo, essa inovação também revela o desenvolvimento metodológico produzido na ciência processual diante das novas relações sociais estabelecidas. No tocante ao IRDR, o sistema de produção e distribuição em série de bens conduziu e influenciou diretamente na sua elaboração, uma vez que, da insuficiência do Judiciário para atender ao número crescente de feitos que, majoritariamente, repetiam-se, resultou na tramitação de elevado número de ações coincidentes quanto ao objeto e à razão de ajuizamento.¹¹⁰ Sob essa nova perspectiva, a ampliação da tutela jurisdicional através da racionalização dos procedimentos foi o meio mais adequado que o Estado encontrou de atender os direitos oriundos dessas novas situações da sociedade contemporânea.

Essas mudanças foram mobilizadas em torno do principal escopo do Direito Processual encontrado na CF de 1988, o acesso à justiça, exemplificado no art. 5º, inciso XXXV desta Carta. Dessa norma é que se retira o direito fundamental a uma ordem jurídica justa, que, especificamente pelas proteções à segurança jurídica, à isonomia e à duração razoável do processo, fundamentaram a elaboração do IRDR.

As críticas oportunamente permitiram a observação da necessidade de serem aplicadas as ponderações¹¹¹ do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de equalizar o IRDR, tal como previsto no PLS nº 166/2010, com os objetivos constitucionais a que pretende dar concretude. A apreciação ponderada dos princípios colidentes nessas circunstâncias torna-se imperativa, notadamente, para justificar as restrições que o IRDR

¹¹⁰ BRANCO NETO, Ney Castelo. op. cit., Acesso em: 23. Out. 2011.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

determina ao princípio do livre convencimento do juiz, em atenção à finalidade de ser assegurada a racionalização do Judiciário, dando-se ênfase à segurança jurídica, à isonomia e à duração razoável do processo, além da moralidade, da boa-fé objetiva e da liberdade.¹¹² Dessa forma, o incidente exemplifica uma nova postura jurisdicional, na qual o juiz passa a buscar a própria legitimação não mais no Estado, mas na comunidade e em si mesmo, passando a atentar-se às necessidades e reclamações do “consumidor” da demanda, os jurisdicionados.¹¹³

A aplicação da máxima da proporcionalidade também se mostra indispensável para responder ao questionamento doutrinário sobre a viabilidade do caráter preventivo do IRDR. Como ficou demonstrado, apesar de não ser o ideal, pois nem sempre há discussão suficiente acerca do tema questionado, a necessidade de se garantir o direito fundamental a uma ordem jurídica justa supera os defeitos apontados. Os meios criados pela doutrina para atenuar a possível existência de falhas nos precedentes vêm balancear a opção adotada, e reforçar a prevalência do caráter preventivo do IRDR.

Não se deve, por sua vez, deixar de se dispensar especial atenção sobre as inconstitucionalidades apontadas, já que não se pode alterar as regras constitucionais. Contudo, tais vícios demonstram grande despreparo do legislador para realizar a sua função, pois como a força normativa está presente na CF de 1988 suas regras devem ser observadas em todos os aspectos pela sociedade, inclusive pelo Poder Legislativo, sendo impossível a superação de normas infraconstitucionais sobre as constitucionais.

Diante disso, compreende-se que o IRDR, de uma forma geral, apesar de falhas que podem ser superadas ainda no Congresso Nacional, pois que ainda pendente a aprovação do projeto na Câmara dos Deputados, cumpre seu dever constitucional, observando-se que a aparente colisão de princípios que se observa em sua fórmula, resolve-se mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, justificando e embasando o maior destaque concedido à tentativa de criar mecanismos que promovam o direito fundamental a uma ordem jurídica justa.

¹¹² BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011, p. 19-21.

¹¹³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. op. cit., 2003, p. 43.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 9, p. 1-41, mar/mai. 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 23 outubro 2011.

BASTOS, Antonio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque**. Salvador: Jus Podium, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 23. Out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Aprovado no Senado, novo CPC segue para a Câmara**. Apresenta informações sobre o trâmite do projeto do novo CPC. Disponível em: <<http://ibdp.jusbrasil.com.br/noticias/2510711/segue-para-a-camara-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 23. nov. 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas, In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9 ed. revista, ampliada e atual. Salvador: Jus Podium, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CICCO, Alceu. Evolução do direito processual. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 81, out./nov. 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_81/Artigos/PDF/Alceu_rev81.pdf>. Acesso em: 23 out. 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19 ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. **Valor econômico**. Disponível em: <http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>. Acesso em: 23. out. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil**: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque. Salvador: Jus Podium, 2011.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de processo**. São Paulo: RT, v. 108, out./dez. 2002. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016416. Acesso em: 23. out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Jurisdição, Ação e Processo à luz da processualística moderna. Para onde caminha o processo?. **Mundo jurídico**. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=278. Acesso em 10 de nov. de 2011.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do *Group Litigation* no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?. **Lex Magister**, Disponível em: <http://www.editoramagister.com>. Acesso em: 23 out. 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.