

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

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

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hiroshi Iocohama, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-199-9

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A jurisdição é um dos eixos centrais no desenvolvimento das sociedades, especialmente em países que ainda buscam concretizar os mais elementares direitos fundamentais, bem como materializar princípios constitucionais, como é o caso do Brasil.

Baseado em valores fundantes de nosso Estado - dispostos de modo marcante em nossa constituição - o processo judicial contemporâneo busca ser inclusivo, efetivo, célere, plural e, dentro de suas limitações naturais, auxiliar na construção de uma sociedade de fato democrática.

Para tanto, esse processo enfrenta desafios e experimenta também sensíveis ganhos. Se o ativismo judicial desafia os limites da separação de poderes e, por vezes, oferece o espectro do que Jean-Jacques Rousseau chamava de "ditadura dos juízes", o novo Código de Processo Civil parece oferecer horizontes renovados na prestação jurisdicional, incorporando mudanças e procurando trazer uma concepção contemporânea de processo, procedimento e prestação jurisdicional de um modo geral.

Na oportunidade do XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília, DF, o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III congregou a apresentação de pesquisas dos mais diversos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do país, proporcionando o (re)pensar acadêmico em discussões que certamente proporcionaram muitas outras reflexões. Foram 22 (vinte e duas) apresentações, assim distribuídas:

1. O trabalho intitulado “O instituto do amicus curiae e o Direito brasileiro”, de Eduardo Martins de Lima, traz uma revisão sobre o chamado amigo da corte, analisando a sua posição atual no sistema processual brasileiro.

2. Já no trabalho “O amicus curiae no novo Código de Processo Civil: no caminho da democratização do poder judiciário por meio de uma sociedade aberta dos intérpretes da legislação”, de Marina Eugênia Costa Ferreira e Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, os autores analisam como a novel legislação processual pátria dá espaço para a participação de atores estranhos ao processo, no intuito de auxiliar o julgador na resolução de uma lide, trazendo pontos de vista que potencializam o pluralismo e a abertura da jurisdição.

3. O artigo “O juiz como ator social e o ativismo judicial: riscos e ganhos no desempenho contemporâneo do judiciário brasileiro”, de Antonio Celso Baeta Minhoto e Cristiane Vieira De Mello e Silva, aborda importante tema relacionado ao Poder Judiciário e o seu desafio de buscar a fronteira entre a aplicação do direito e a sua criação, em razão de posturas ativistas.

4. O artigo de Tiago Antonio Paulosso Anibal e Juvêncio Borges Silva, intitulado “Fosfoetanolamina sintética: análise de um caso controverso de judicialização do fornecimento de medicamento sem comprovação científica”, analisa uma questão de grande repercussão social relacionada à busca de um tratamento eficaz para o câncer por meio da via judicial.

5. O artigo “A dinamização do ônus da prova como instrumento assecuratório de acesso à justiça”, de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, aborda relevante tema relacionado aos direitos fundamentais, a saber, a problemática da necessidade de provar o direito e, a partir daí, ter-se uma justiça plena. Afinal, de nada adiantaria obter o acesso formal à justiça, negligenciando questões imbrincadas relacionadas ao ônus probatório como forma de realização da própria justiça.

6. O trabalho “Desigualdades processuais: o caso da Administração Pública em juízo”, de Jacques Henrique Gomes da Silva e Janaina Soares Noletto Castelo Branco, retoma antiga discussão relacionada à falta de paridade de armas entre Poder Público e particulares, quando atuam em juízo.

7. Interessante estudo pode ser visto no artigo “Alguns aspectos do inventário e partilha no novo código de processo civil”, de Anne Lacerda de Brito, ao analisar, de maneira geral, a nova legislação processual em vigor desde março do corrente ano, pontuando aspectos relacionados às questões que, tradicionalmente, guardavam morada no âmbito do Direito Civil: inventário e partilha.

8. O artigo “A eficiência judicial da Justiça Comum Estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA”, de Martinho Martins Botelho, inova ao inserir elementos como estatística e avaliação objetiva, itens pouco comuns no campo do direito e que permitem uma visão diferenciada do campo jurídico.

9. Nomeado por suas autoras, Laura Campolina Monti e Thaís Campos Maria, como “O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o solipsismo nas decisões do Supremo

Tribunal Federal”, este artigo explora as idiossincrasias existentes nos julgamentos do Supremo e até que ponto isso afeta sua atuação institucional. O dito “cada ministro é um STF” é real ou não? .

10. “A defesa coletiva do direito do consumidor e o veto ao incidente de coletivização no Novo Código de Processo Civil”, de Roberto de Oliveira Almeida e Thais Emília de Sousa Viegas, é um texto bem estruturado que busca refletir sobre o tratamento dado e os limites impostos à coletivização das ações no Novo CPC, bem como reflete acerca da influência que isso tem ou pode ter sobre a prestação jurisdicional em geral.

11. Interessante reflexão, de Vanessa Sousa Vieira e Fabiane Cristina de Almeida, traz o artigo “A comparticipação como pressuposto de efetividade das medidas estruturantes deferidas liminarmente”, contextualizando e problematizando o papel do juiz e das partes na estruturação processual, notadamente quando ela se dá no início da ação (initio litis) .

12. O artigo “A (im)penhorabilidade do Bem de Família e a tutela jurisdicional executiva no Novo Código de Processo Civil”, de autoria de Gustavo Lyrio Julião, parte de um instituto bem conhecido, o bem de família, para tratá-lo no bojo de uma lei vem recente e importante, o Novo CPC, refletindo sobre o novo enquadramento que a nova lei processual poderá imprimir a tal instituto.

13. Pesquisa interessante, de Eduardo Casseb Lois e Juliana Provedel Cardoso, traz o texto “O princípio da legalidade e a teoria dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015”, contrapondo um princípio tradicionalíssimo do direito, o da legalidade, frente a um instituto relativamente novo, a teoria dos precedentes, à luz especialmente do que vem disposto no Novo CPC.

14. No artigo, de autoria de Fabiano Gosi de Aquino, “O sistema de precedentes judiciais no novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas como técnica de padronização decisória”, encontramos sensível e profunda reflexão sobre o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e como ele se inter-relaciona com o contexto do processo civil contemporâneo e com o Novo CPC.

15. Preocupados com a consolidação de entendimentos interpretativos, Felipe Rodrigues Xavier e Lucas Jonas Fernandes apresentam o artigo intitulado “Os direitos coletivos e individuais homogêneos no nCPC: riscos à jurisprudência brasileira”, com importantes reflexões sobre os caminhos a serem seguidos, diante da evolução que o tratamento dos direitos coletivos e individuais homogêneos alcançou.

16. Indicando a importância da construção de instrumentos voltados à proteção dos direitos diante da segurança jurídica no exercício da tutela jurisdicional, o IRDR é objeto de análise pelo trabalho “Os mecanismos de controle processual e o novo panorama do incidente de resolução de demanda repetitiva instalado pela Lei 13.105/2015”, exposto por Ana Luíza Zakur Ayers.

17. Analisando o “Protesto de sentença judicial”, Luiza Oliveira Guedes discorre o estudo sobre a importância desta alternativa para a coercibilidade estatal, indicando sua contribuição para o sistema de efetivação dos direitos.

18. Com o trabalho “Crítica retórica à definição do conceito de stare decisis na jurisdição brasileira”, Tainá Aguiar Junquilha e Elias Canal Freitas se propõem a analisar, de forma crítica decorrente da filosofia convencionalista, o sistema de precedentes, com destaque ao elemento que busca conferir estabilidade às decisões das Cortes Superiores.

19. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro e Michelle Fernanda Martins demonstram sua preocupação com a forma de aplicação do sistema de inquirição de testemunhas e sua harmonização com o Estado Democrático de Direito, com o seu trabalho “Tribunais, autorreferência e evolução do sistema do direito: o art. 212 do código de processo penal e os tribunais”

20. Atenta à garantia de acessibilidade ao processo eletrônico, o artigo “Todos iguais: o objetivo do artigo 198 do Código de Processo Civil”, de Luciane Mara Correa Gomes, busca analisar a política de igualdade esperada com a instalação de espaço físico, assistência presencial e equipamentos, junto ao Poder Judiciário, indicando as desigualdades que o sistema eletrônico pode provocar.

21. Luiz Manoel Borges do Vale traz sua contribuição para com o estudo do sistema prisional brasileiro com o estudo “Sobre ativismos e discricionariedades: STF e o estado de coisas inconstitucional”, analisando a inspiração da Corte Constitucional da Colômbia e as ações do Supremo Tribunal Federal diante dos direitos fundamentais dos presos e a falência do sistema prisional brasileiro.

22. Com o estudo “O modelo cooperativo do novo sistema processual civil brasileiro”, Janete Ricken Lopes de Barros aborda a participação dos sujeitos do processo como protagonistas desse modelo democrático, com a contextualização de princípios e mecanismos para um processo justo.

Parabéns a todos os participantes e ao CONPEDI pela realização desse fundamental espaço de compartilhamento para a contínua e necessária reflexão acadêmica.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo.

Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Pisa (com bolsa CAPES). Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Banco Central na Procuradoria Regional para a 5a. Região, em Pernambuco.

Prof. Dr. Antonio Ceso Baeta Minhoto

Doutor em Direito Público e Direitos Fundamentais pela ITE-Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, São Paulo; Bacharel em Direito pela Unifmu, São Paulo; Coordenador da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Unicsul, sistema EAD; Professor Titular na área de Direito Público na Universidade Municipal de São Caetano do Sul; Professor da Universidade Zumbi dos Palmares, São Paulo

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUCSP; Doutor em Educação pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela UEL. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CPC: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO TÉCNICA DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA

THE JUDICIAL PRECEDENT SYSTEM IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: THE PROCEDURE FOR ADJUDICATIONS OF REPETITIVE CLAIMS SUCH AS TECHNICAL STANDARIZATION DECISIONS

Fabiano Gosi De Aquino ¹

Resumo

O presente trabalho pretende analisar o sistema de precedentes previsto pelo Novo Código de Processo Civil, em confronto com o modelo proposto pela tradição da common law. O estudo desenvolve temas importantes como a estabilidade e uniformidade das decisões judiciais, enfrentando a questão da atividade interpretativa do juiz, além da criação, aplicação e superação dos precedentes. Por fim, o trabalho estabelece os problemas encontrados no incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de padronização decisória. A análise comparativa de mecanismos similares em outros ordenamentos, especialmente no direito alemão, inglês, espanhol e português, auxilia a compreensão do incidente.

Palavras-chave: Precedentes, Judiciário, Decisão judicial, Demandas, Repetitivas

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper intend to analyze the judicial precedents system envisaged in the new Code of Civil Procedure, in comparison with the proposed model by the common law. The research develops important issues such as stability e uniformity of the judicial decisions, facing the issues such as judicial interpretative activity, in addiction the creation, implementation and overcoming of the precedents. Finally, the paper establishes the main problems encountered in the procedure for adjudications of repetitive claims as technical standardization decisions. The comparative analysis of similar instruments in the other legal systems helps understanding about the incident.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedents, Judiciary, Judicial decision, Claims, Repetitive

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estácio de Sá.

1) INTRODUÇÃO

O novo CPC traz em seu texto alguns mecanismos de padronização decisória ou, como referido por alguns, o julgamento por amostragem. Na esteira dos movimentos de ampliação do sistema de precedentes judiciais, a Lei 13.105 de 2015 refina alguns institutos previstos no Código revogado, como o de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos e, por outro lado, insere mecanismos novos de padronização como o incidente de assunção de competência¹.

O fato que se destaca é que o primeiro código de processo civil criado sob um regime democrático, visto que os anteriores foram instituídos dentro de regimes ditatoriais, mantém o caráter de protagonismo judicial, relegando, às partes, desígnios de coadjuvantes numa obra que, embora instituída por e em favor delas, conserva os holofotes na figura do magistrado.

Sobretudo em razão da massificação das relações sociais e da explosão dos naturais conflitos contendo relações jurídicas homogêneas, o Judiciário viu-se contingenciado a fornecer, cada vez mais, respostas aos anseios. No entanto, tem-se questionado os propósitos do julgamento por amostragem, encarados num primeiro momento como uma solução para o excessivo número de demandas ajuizadas no país. É preciso, todavia, entender o fenômeno de maneira mais abrangente, compreendendo os fatores sociais, econômicos, políticos e culturais para essa intensa litigiosidade no cenário nacional. (ROQUE, 2016)

Importante destacar que a utilização de métodos de julgamento único extensível aos demais feitos em situações similares não é novo, podendo ser percebido em institutos como o litisconsórcio, a conexão, as ações coletivas, entre outros. No entanto, o novo Código de Processo Civil, avança mais com a utilização da técnica de precedentes, estabelecendo um caráter vinculante a ser observado pelos juízes, que deverão utilizar os referenciais decisórios dos Tribunais².

¹ Art. 947 do Novo Código de Processo Civil

² Registre-se a crítica apresentada acerca do caráter vinculante, sobretudo em razão da ausência de previsão constitucional acerca da vinculação dos juízos singulares em relação às decisões dos tribunais superiores. O efeito das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal decorre de expressa previsão no texto constitucional no art. 103-A caput CRFB ao passo que o efeito vinculante das decisões proferidas no IRDR decorrem apenas do texto legal, violando a independência funcional dos magistrados e a independência entre os poderes.

Retrocedendo na formação do Estado brasileiro é possível perceber a evolução da utilização do sistema de precedentes que, embora incipiente sua regulação, serviam de referencial decisório em determinadas situações.

A Constituição do Império e a constituição de 1891 atribuíam à jurisprudência um papel de mera autoridade doutrinária ou moral. Forte, portanto, a presença do direito positivo, sendo a jurisprudência considerada somente se houvesse congruência com as leis vigentes. Representava apenas um fator de referência, sem qualquer força cogente.

Todavia, ainda no período do Brasil Império, passou-se a considerar, de certa forma, critérios unitários de jurisprudência com a instituição dos assentos³. Para tanto, vale destacar a citação feita por Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Visto que o Brasil Colônia estava integrado ao Reino Unido de Portugal e Algarves, compreende-se que, mesmo proclamada nossa independência política (1822), aqui continuassem a projetar efeitos as Ordenações Filipinas e, juntamente com elas, os Assentos da Casa da Suplicação, conforme aliás o autorizava um Decreto de 20.10.1823; e isso sem embargo de que a sobrevinda Constituição do Império (1824) não fizesse referência expressa às ordenações, nem aos Assentos da Casa da Suplicação. Estes últimos viriam a ser recepcionados formalmente no direito pátrio pelo Decreto Legislativo 2.684, de 30.10.1875, o qual, sobre dar força de lei, no Brasil, àqueles Assentos da Casa da Suplicação (art. 1º), autorizava o Superior Tribunal de Justiça a levá-los na devida conta, ‘para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada’. Tais assentos, assim incorporados ao direito pátrio, se tinham por ‘obrigatórios provisoriamente, até que derogados pelo Poder Legislativo’ (MANCUSO, 2001, pag. 212)

O Decreto 6142 de 10/03/1876⁴ estabelecia a competência do Supremo Tribunal de Justiça para firmar assentos objetivando a interpretação de leis quando existissem dúvidas surgidas por conta de julgamentos divergentes no mesmo tribunal, nas relações e dos juízes de primeira instância.

Mas, certamente, a referência mais objetiva, no período, quanto à adoção de precedentes no ordenamento brasileiro deu-se com o Decreto 848 de 11/10/1890 que permitia

³ No Direito Português procurou-se realizar a ideia de uniformizar a jurisprudência, através do instituto do ‘assento’, que era um ato do Poder Judiciário que objetivava dar à lei uma interpretação autêntica. Pelo assento, não se julgava um caso concreto, mas determinava-se o entendimento da lei, quando a seu respeito ocorriam divergências nas sentenças judiciais.”

⁴ Regula o modo por que devem ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça.

a aplicação subsidiária da jurisprudência dos povos cultos inclusive os casos do *common law*.⁵ É, sem dúvida, dispositivo que reconhece no sistema de precedentes relevante fator de contribuição para o ordenamento jurídico.

O cenário atual, diante do reconhecimento de direitos sociais e da necessidade de sua efetivação, além do aumento das relações humanas e o crescimento do consumo houve o aumento nas relações sociais e nos conflitos naturais. No entanto, os mecanismos de julgamento coletivo, tais como a ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, habeas data coletivo, não foram suficientes para alcançar a plena satisfação material e às múltiplas demandas existentes contendo homogeneidade de questões jurídicas.

Importante destacar que, além do aumento da consciência emancipatória dos indivíduos acerca de direitos subjetivos violados, há outro fator igualmente importante para o diagnóstico da intensa litigiosidade consistente na chamada cultura do conflito que se evidencia, ainda mais, com a crença ilusória de que apenas as decisões judiciais são dotadas de autoridade e aptidão para gerar os melhores resultados (MAUS, 2010).

A metodologia adotada consistiu na revisão de literatura sobre o tema, investigando-se os mecanismos similares no direito alemão, inglês, espanhol e português.

2) OS PRECEDENTES NO NOVO CENÁRIO PROCESSUAL

Se é verdadeira a afirmativa de que o sistema de precedentes respeita a estabilidade e a uniformidade das decisões judiciais também é verdade o receio de engessamento dos julgados. As decisões surgem como resultado de uma experiência momentânea, pautada em experiências prévias, mas que repercutirão para o futuro. O juiz ficará vinculado às decisões provenientes de Tribunais hierarquicamente superiores e limitado às decisões anteriores, prospectando para um caso presente os efeitos de uma decisão proferida há tempos atrás. No dizer de Frederick Schauer:

⁵ “Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.” <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acesso em: 11/04/2016.

“Entretanto, de uma maneira igualmente se não mais importante, uma argumentação por precedente se projeta também para o futuro, pedindo-nos para olhar as decisões de hoje como um precedente para os julgadores do amanhã. Hoje não é apenas o futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá.” (SCHAUER, 2015, pag. 51)

Ainda na esteira da crítica acerca do envelhecimento da jurisprudência Jose María Salgado defende a tese de que a tradição civilista de países como o Brasil pode dificultar a adequada aplicação de instrumentos de revisão dos precedentes. Segundo o autor:

“Este planteo, para no quedar sesgado, debe abordar otras cuestiones álgidas involucradas, a saber: que la tradición jurídica civilista o continental parece no ser tributaria de la idea de seguimiento de los precedentes; que la adecuación indiscriminada a los precedentes produce el ‘envejecimiento’ de las decisiones, regidas por lo dicho por otros jueces en otro tiempo y otras circunstancias; que se cercena la libertad de juzgamiento del juez del caso.”(SALGADO, 2015, pag. 123)

Dessa forma, os Tribunais devem estar preocupados com as possibilidades de superação do precedente, diante de um novo quadro fático, respeitando-se, portanto, um novo contexto social. Pensar o sistema de precedentes apenas como uma alternativa para a redução da sobrecarga do Judiciário é um erro de concepção.

Ainda na correta compreensão do sistema de precedentes, destaca-se a vantagem da previsibilidade e da uniformidade decisória.

Contudo é importante observar que a previsibilidade das decisões judiciais apresenta um aspecto positivo por permitir o melhor planejamento das vidas dos indivíduos e das operações das empresas, todavia, surge como o lado oposto e negativo da moeda a redução das possibilidades de uma decisão melhor e mais ajustada aos fatos e realidades atuais.

Por outro lado, a previsibilidade ou uniformidade decisória apresenta-se como uma das vantagens dos precedentes em razão da coerência decisória para os casos semelhantes. O problema reside em se definir o que são casos semelhantes. Destacando, novamente, a preocupação de Frederick Schauer:

“O problema, assim, não é a questão estéril de tratar casos semelhantes semelhantemente. É, em vez disso, a questão mais complicada de se devermos basear nossa norma decisória em categorias relativamente abrangentes de semelhança, ou por contraste, deixar o julgador de certo

modo livre para considerar qualquer meio possível no qual este conjunto particular de eventos possa ser único. A restrição puramente formal de tratar casos semelhantes semelhantemente não se relaciona com essa questão. Embora a primeira destas alternativas descreva um sistema de precedentes; a segunda descreve um sistema no qual a restrição do precedente é, em termos práticos, ausente.” (SCHAUER, 2015, pag. 77).

Para a justa aplicação do sistema de precedentes é preciso, portanto, a identidade das questões que influenciaram o julgamento do caso passado e as causas da nova causa posta para julgamento. É fundamental identificar aquilo que a tradição da *common law* refere-se como sendo a *ratio decidendi*. Trata-se de conceito cuja definição é complexa, inclusive para os juristas dos países que seguem a tradição anglo-saxônica. Para ilustrar retomamos o trabalho de Jose María Salgado – *Precedentes y control de constitucionalidad em Argentina* – em que o autor afirma que alguns teóricos chegam a citar sessenta e quatro técnicas diferentes para distinguir e identificar a *ratio decidendi*. (SALGADO, 2015, pag. 128)

Em Luiz Guilherme Marinoni é possível perceber a defesa de que a *ratio decidendi* deve ser extraída de elementos como a fundamentação, o dispositivo e o relatório, ou seja, as reais razões que levaram o julgador a decidir de determinada maneira. Seria indicativo o elemento que, uma vez ausente, levaria o juiz a decidir de outra maneira. Para o referido autor:

“O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo.” (MARINONI, 2013)

Atrelado a esse aspecto, outro ponto merece igual cuidado do estudioso, já que o sistema de precedentes não ensaja, ao menos é o desejável, uma aplicação mecânica dos provimentos vinculantes. Em outros termos, do juiz não se retira a função interpretativa consistente, basicamente, em um exercício hermenêutico de compatibilidade. Como destacam Lenio Streck e Georges Abboud:

“Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes não há nesse ponto uma proibição de interpretar. Quem pensa isso parece estar ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade do positivismo da *common law* equiparável ao positivismo exegético francês e ao pandectismo alemão. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas

decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.” (STRECK e ABOUD, 2015, pag. 177)

Desse modo, é importante destacar que o novo cenário jurídico brasileiro conduz a uma perspectiva de mudança acerca do sistema de precedentes, merecendo uma análise adequada dos institutos que ora se apropria. Caso contrário cairemos no equívoco de achar que os precedentes apresentarão respostas para todas as relações humanas conflituosas, como já se chegou a pensar no caso da lei.

Ademais, ao juiz deve ser assegurado o poder hermenêutico para aferir a compatibilidade entre o precedente o caso atual. Deve o magistrado valer-se de um processo dedutivo-subsumtivo para a aplicação coerente do precedente.

3) O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DAMANDAS REPETITIVAS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA

Diante da crescente busca por soluções judiciais decorrentes de situações jurídicas similares, diversos ordenamentos jurídicos⁶, inclusive o Brasil, passaram a adotar técnicas de julgamento de causas valendo-se de feitos paradigmas ou causas-piloto em que há a escolha de processos representativos da controvérsia que seguirão a marcha processual prevista na lei, enquanto que, as demais causas que versam sobre a mesma matéria, terão seu curso suspenso, devendo aguardar o julgamento daquelas causas paradigmas.

A prática de padronização decisória no Brasil, como afirmado, não será inovadora no presente Código de Processo Civil, já que é possível perceber, em diversos institutos vigentes no ordenamento jurídico, o julgamento de situações homogêneas partindo-se das soluções tomadas no julgamento de causas que servem de referencial de decisão⁷.

⁶ O *Group litigation order* na Inglaterra e o *Musterverfahren* na Alemanha são exemplos de mecanismos de solução de questões a partir de causas modelos.

⁷ Têm-se como exemplos o Pedido de Uniformização de Jurisprudência (art. 14 da L. 10259/01 e arts. 18 ao art. 20 da L. 12.153/09), repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102 § 3º CRFB e art. 543-B CPC), julgamento dos recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC)

Contudo, inspirado no modelo alemão – *Musterverfahren*^{8 9} – o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no novo CPC, permite o julgamento de questões de Direito¹⁰, em bloco de causas que contenham as mesmas causas de pedir e os mesmos pedidos, através da fixação de uma tese jurídica adotada nas causas pilotos e que deverá repercutir sobre todos os demais processos sobrestados, formando, dessa maneira, um julgamento conjunto homogeneizado, bem como será aplicado aos casos futuros¹¹. Trata-se de medida que igualmente converge no sentido de conferir isonomia e celeridade na prestação jurisdicional já que pretende adotar igual solução às relações jurídicas idênticas, respeitando um prazo adequado para a prestação jurisdicional.

No direito inglês, o Código de Processo Civil vigente a partir de 1999¹²⁻¹³, faz previsão de solução para as demandas repetitivas, cabendo ao Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, uma vez constatando a potencial ou real multiplicidade de ações, instaurar o incidente identificando as questões relevantes para o julgamento dos processos.

No modelo inglês não há número mínimo de feitos ou de litigantes, cabendo ao Tribunal verificar a real ou potencial multiplicidade de demandas. Ademais, cabe registrar o caráter residual do *Group Litigation Order (GLO)* uma vez que há prevalência pela utilização das regras das ações coletivas e do litisconsórcio. Portanto, somente será aplicado o GLO quando não for apropriada, ao caso, a utilização das *representative actions*.

“Portanto, a GLO somente deverá ser concedida, subsidiariamente, na hipótese de o Tribunal competente entender que as regras relativas ao ‘litígio consolidado’ ou às ações coletivas não são as mais apropriadas para a resolução do litígio coletivo sob exame. Há, portanto, uma preferência natural pela utilização das ações coletivas e das regras sobre litisconsórcio.” (CAVALCANTI, 2015. Pag. 360)

8 Como prevê expressamente a exposição de motivos disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> acesso em 22/12/2005

⁹ Para Marcos de Araújo Cavalcanti na obra Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas o instituto previsto pelo novo CPC em nada se aproxima do *musterverfahren* alemão como afirma “Por essa razão, não é correto dizer que o IRDR configura mera cópia do *Musterverfahren* do direito alemão. É difícil, até mesmo, acreditar que o IRDR teve inspiração no referido procedimento-modelo alemão.” (CAVALCANTI, 2015)

¹⁰ A expressão “questões de direito” deve ser interpretada da maneira a abranger questões de direito material ou processual envolvendo temas como direito do consumidor, previdenciário, trabalhista, eleitoral, entre outros. Nesse aspecto surge uma primeira diferença em relação ao instituto tedesco que inspirou o modelo brasileiro, pois naquele a aplicação do *Musterverfahren* está previsto para questões previdenciárias, administrativas e de mercado de capitais. Op. Cit. pag. 332.

¹¹ Conforme se depreende do art. 985 do NCPC

¹² Disponível em <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19/pd_part19b> Acesso em 11/04/210

¹³ Vale destacar que não constava da redação original a previsão do julgamento de múltiplas demanda. Somente através da *Amendment rules 221* entrou em vigor, em maio de 2000, o instituto da *Group Litigation Order (GLO)*

No GLO o efeito da decisão alcançará todos os envolvidos originariamente, bem como aqueles que optaram por ingressar no processo (*opt-in*) dentro do prazo legal. Após o referido prazo, deverá ser ajuizada ação individual cujo efeito da decisão também alcançará tais feitos. Será escolhida a ação-modelo (*test claim*) que será julgada servindo de referencial decisório para as demais demandas que versem sobre o mesmo tema.

Na Espanha, buscando-se conferir celeridade e isonomia às situações jurídicas idênticas, a Lei 29 de 13 de julho de 1998 instituiu dois mecanismos de solução de demandas de massa. Um deles consistente na possibilidade de extensão dos efeitos das sentenças em fase de execução àqueles indivíduos em idêntica situação jurídica e o outro mecanismo denominado processo exemplar.

No primeiro caso, o indivíduo pode pleitear a extensão dos efeitos da decisão já em fase de execução desde que se encontre na mesma situação jurídica daquele que figurou como parte no processo julgado. Além de outros requisitos, o artigo 110 da Lei 29/1998¹⁴ estabelece como pressuposto a inexistência de coisa julgada no processo em que se pretende obter a

¹⁴ “**Artículo 110.**

1. *En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:*

- a) *Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.*
- b) *Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.*
- c) *Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste.*

2. *La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos.*

3. *La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo.*

4. *Antes de resolver, en los veinte días siguientes, el Secretario judicial recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, el Juez o Tribunal resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.*

5. *El incidente se desestimará, en todo caso, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *Si existiera cosa juzgada.*
- b) *Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99.*
- c) *Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.*

6. *Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso.*

7. *El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80.”*
Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&lang=gl>> Acesso em 28/12/2015

extensão dos efeitos. Seria, em síntese, a apropriação dos efeitos da coisa julgada de processo em que o requerente não tenha figurado como parte, mas, por estar em idêntica situação jurídica, poderia valer-se da decisão e de seus efeitos.

Na hipótese do processo exemplar, a lei 29/1998 em seus artigos 37 e 111¹⁵ estabeleceu a possibilidade do órgão jurisdicional competente, no caso de pendência simultânea de processos idênticos, determinar a suspensão de todos os feitos enquanto se decide um ou mais processos-teste. Importante destacar que os autores dos processos que foram suspensos podem requerer o prosseguimento do feito, a desistência ou a extensão dos efeitos da decisão ao seu caso.

A opção conferida ao autor do processo suspenso parece acertada, pois evita que o processo fique paralisado em um momento que não seria oportuno como, por exemplo, o momento em que se determina e se ultima a diligência citatória ou o início da realização de uma prova pericial. A paralisação, sem o devido cuidado de se perceber o momento processual pode causar prejuízos às partes dos processos. Segue a linha da opção de exclusão da sustação.

Por fim, no ordenamento português, igualmente, há previsão para o julgamento de demandas em massa no âmbito das questões administrativas, havendo, assim como no modelo alemão, certa limitação material para a utilização do incidente. Importante destacar que, embora contando com um modelo de Judiciário único, há um segmento para o julgamento das

¹⁵ “**Artículo 37.**

1. *Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.*

2. *Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros.*

3. *Una vez firme, el Secretario judicial llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111, la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso.*

Artículo 111.

Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el Secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el Juez o Tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta Ley.” Disponível em <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&lang=gl>> Acesso em 28/12/15

questões administrativas conforme estabelece a lei 13/2002 que em seu art. 8º elenca os órgãos integrantes da jurisdição administrativa e fiscal.

No âmbito do contencioso administrativo há ainda a Lei 15/2002, que instituiu o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) onde, em seu art. 48¹⁶ elenca os requisitos para a instauração do incidente para o julgamento de demandas repetidas. Da análise do referido dispositivo é possível extrair conclusões como a necessidade de um número mínimo de 21 processos para a configuração da multiplicidade de causas. Ademais, haverá a escolha dos processos representativos da questão jurídica a ser decidida pelo órgão competente e a suspensão das demais causas repetidas.

Posteriormente houve a criação de um procedimento experimental que previa a agregação de causas que objetivava o julgamento de demandas repetitivas, descongestionando o Judiciário através do julgamento que servisse para abranger vários processos. O procedimento instituído pelo Decreto-Lei 108/2006 foi instituído em carácter experimental¹⁷, sendo revogado pelo Código de Processo Civil português de 2013¹⁸.

¹⁶ Art. 48 do CPTA- Processo em massa 1 - Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais. 2 - O tribunal pode igualmente determinar, ouvidas as partes, a suspensão dos processos que venham a ser intentados na pendência do processo seleccionado e que preencham os pressupostos previstos no número anterior. 3 - No exercício dos poderes conferidos nos números anteriores, o tribunal deve certificar-se de que no processo ou processos aos quais seja dado andamento prioritário a questão é debatida em todos os seus aspectos de facto e de direito e que a suspensão da tramitação dos demais processos não tem o alcance de limitar o âmbito da instrução, afastando a apreciação de factos ou a realização de diligências de prova necessárias para o completo apuramento da verdade. 4 - Ao processo ou processos seleccionados segundo o disposto no n.º 1 é aplicável o disposto neste Código para os processos urgentes e no seu julgamento intervêm todos os juizes do tribunal ou da secção. 5 - Quando no processo seleccionado seja emitida pronúncia transitada em julgado, as partes são imediatamente notificadas da sentença, podendo o autor optar por: a) Desistir do seu próprio processo; b) Requerer ao tribunal a extensão ao seu caso dos efeitos da sentença proferida, deduzindo qualquer das pretensões enunciadas nos nos. 3, 4 e 5 do artigo 176; c) Requerer a continuação do seu próprio processo; d) Recorrer da sentença, no prazo de 30 dias, no caso de ela ter sido proferida em primeira instância. 6 - Quando seja apresentado o requerimento a que se refere a alínea b) do número anterior, seguem-se os trâmites do processo de execução das sentenças de anulação de actos administrativos previstos nos artigos 177º a 179. 7 - Se o recurso previsto na alínea d) do n. 5 vier a ser julgado procedente, pode o autor exercer a faculdade prevista na alínea b) do mesmo número, sendo também neste caso aplicável o disposto no número anterior

¹⁷ Decreto-lei 108/2006 no seu art. 1º estabelecia: O presente decreto-lei aprova um regime processual experimental aplicável a acções declarativas cíveis a que não corresponda processo especial e a acções especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos.

¹⁸ Lei 41/2013 Artigo 4.º Norma revogatória São revogados:

d) O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho, que procedeu à aprovação do Regime Processual Civil Experimental;

Diante da breve análise é possível perceber a preocupação de diversos países acerca do tratamento judicial a ser dado às causas repetitivas, residindo a inquietação, ainda, na adequação entre ideais de Justiça como a celeridade e a isonomia decisória. O tema apresenta-se demasiadamente complexo, demandando uma análise mais aprofundada, o que transborda os limites do presente trabalho, razão pela qual optou-se por uma abordagem capaz de conferir os contornos iniciais dos institutos correlatos nos países citados.

4) O IRDR SOB UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nas proposições iniciais do novo CPC discutia-se a possibilidade de se admitir o IRDR quando demonstrada a potencialidade ou a evidência de multiplicidade de demandas versando sobre as mesmas questões jurídicas. Dessa forma, era nítido o intuito da comissão que elaborou o projeto do novo CPC a atribuição de um caráter preventivo e repressivo ao instituto.

Contudo, inúmeras foram as críticas da doutrina acerca da possibilidade de se instaurar o incidente em caráter preventivo, sobretudo ao argumento de que isso representaria um risco diante da ausência do esgotamento do debate, conforme destaca Dierle Nunes:

“No entanto, a atual sistemática do código reformado e do Projeto do novo CPC viabilizam a utilização de julgados com a finalidade preventiva toda vez que se perceber a possibilidade de profusão de demandas. Nestes termos, ao receber uma das primeiras demandas ou recursos, o Judiciário o afetaria como repetitivo e o julgaria com poucos argumentos, antes mesmo da ocorrência do salutar dissenso argumentativo.”¹⁹

Todavia, a tese da prematuridade do debate não parece ser a mais robusta no sentido de se admitir o IRDR diante de uma potencial multiplicidade de demandas, até porque o art. 983 do novo CPC estabelece mecanismos de amadurecimento do debate com a oitiva de *amicus curiae* diante da relevância da questão controvertida em debate.

Mais acertada, a nosso sentir, consiste a tese de inadmissibilidade do IRDR preventivo pelo fato de o novo CPC apresentar instituto específico com o fito de prevenir demandas repetitivas. O art. 947 da Lei 13.105/15 prevê o instrumento da assunção de

¹⁹ NUNES, 2012

competência, cabível sempre que o Tribunal, quando do julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, diante de relevância social apresentada pela questão de direito debatida no feito, sem multiplicidade de processos, possa fixar tese jurídica capaz de ser aplicada aos potenciais feitos futuros.

Para a redação final aprovada pelo Senado Federal será cabível o IRDR sempre que existir efetiva repetição de processos.

5) QUESTÕES FULCRAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DO IRDR

O fato de o legislador não ter fixado um número mínimo de demandas para a configuração da multiplicidade de processos, a exemplo do modelo português e nem a necessidade de um número “x” de requerimentos como o *musterverfahren* alemão²⁰ suscita algumas dúvidas acerca da aplicação do IRDR.

Diante da omissão do legislador, ficará a cargo do Tribunal competente a análise da existência ou não da multiplicidade hábil a ensejar o incidente²¹.

Tema igualmente importante acerca do cabimento do IRDR reside na abrangência acerca das questões fáticas das relações processuais repetidas. O novo CPC expressamente restringe a aplicação do incidente somente para a fixação de tese jurídica sobre questões de direito²², não se admitindo para a solução de questões fáticas²³. Eventuais questões de fato ficarão circunscritas aos processos individuais, devendo o magistrado, fixando a tese jurídica adotada quando do julgamento do incidente, individualizar os danos suportados por cada indivíduo nas ações indenizatórias, por exemplo. O *quantum debeatur* será avaliado em cada processo de per si.

Por fim, é importante destacar conteúdo de ordem prática e que decorre da interpretação sistemática extraída dos dispositivos que cuidam do incidente. Trata-se da

²⁰ No modelo alemão devem existir dez requerimento de instauração do incidente, embora a corte alemã já tenha entendido que basta um requerimento subscrito por dez litisconsortes.(CAVALCANTI, 2015. Pag. 339)

²¹ Aqui, no modelo brasileiro, basta um requerimento, podendo ser determinado de ofício pelo relator do recurso, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública.

²² As questões poderão ser de direito material ou processual conforme previsto expressamente pelo art. 928 parágrafo único do novo CPC “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

²³ Este é um traço distintivo importante em relação ao *musterverfahren* e o *group litigation order*.

necessidade da existência de, ao menos, uma causa em trâmite no Tribunal, seja por força da interposição de um recurso, remessa necessária ou causa da competência originária²⁴. Conforme exposto por Marcos de Araújo Cavalcanti:

“Como se verifica, o parágrafo único do art. 978 exige que algum recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal tenha dado origem ao IRDR (‘de onde se originou o incidente’). Além disso, o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária (‘julgará igualmente’).”(CAVALCANTI, 2015, pag. 431)

Contudo, o art. 977, I do NCPC confere poderes ao juiz para instaurar o incidente. Tal previsão decorre do fato de o juízo singular apresentar especial interesse em ver uma causa repetitiva solucionada, especialmente, pelo fato de a improcedência *prima facie* não ter mais como referencial uma decisão de improcedência do próprio juízo monocrático, somente podendo aplicar a improcedência liminar em razão de decisões tomadas pelos Tribunais em procedimentos de padronização decisória como o incidente de resolução de demandas repetitivas²⁵. Portanto, a possibilidade de instauração por juízo monocrático no sentido de obter a fixação da tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos em trâmite no órgão.

A questão da competência para o julgamento também merece uma análise mais detalhada, pois, conforme o novo CPC a competência será sempre de um Tribunal, cabendo a este, através do seu regimento interno, definir qual órgão será competente para julgar o incidente. Não se apresenta correto conferir ao pleno ou ao órgão especial tal atribuição, diante dos inconvenientes de ordem prática já que a composição do órgão pode apresentar integrantes não tão afetos à matéria em análise. De qualquer maneira essa é uma matéria a ser definida pelos respectivos regimentos internos.

Ainda sobre as providências a serem adotadas pelos Tribunais está a suspensão dos processos idênticos em toda área de competência do referido Tribunal, isto é, Estado ou Região. Questão tormentosa reside na possibilidade – ou não – de suspensão dos feitos em trâmite nos Juizados Especiais, sobretudo pelo fato de os processos da competência dos juizados não se submeterem à apreciação dos Tribunais de Justiça nem dos Tribunais Regionais Federais. Desse modo fica o questionamento acerca da possibilidade de extensão dos efeitos de uma decisão de um Tribunal aos juizados especiais cíveis.

²⁴ Além disso o enunciado 344 do Fórum permanente de processualistas civis estabelece que “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

²⁵ Art. 332 do Novo Código de Processo Civil.

Em que pese a previsão do art.982, I do NCPC não abordar expressamente os juizados, por uma interpretação lógico-sistemática, tal suspensão será necessária visto que a tese jurídica firmada pelo Tribunal será extensível aos processos em curso nos juizados conforme art. 985, I do NCPC. Essa foi a orientação adotada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis no enunciado n. 93 “Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.”²⁶

Outra questão que causa estranheza reside na regra prevista no art. 978 parágrafo único ao determinar que o órgão competente para o julgamento do incidente julgará igualmente o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária. Afirma-se isso por violar a regra do juízo natural, sendo mais apropriada a aplicação da regra da cisão funcional de competência a exemplo do que ocorre com o incidente de inconstitucionalidade.

No IRDR não cabe o requerimento de exclusão dos efeitos do julgamento referenciado (*opt-out*), sendo permitido apenas às partes requerer o cancelamento da suspensão do processo provando que seu caso é distinto daqueles que fizeram surgir o incidente.

A questão foi debatida quando da tramitação do Código de Processo Civil inglês estava em se definir qual seria o melhor sistema para o GLO, isto é, se seria adotado o sistema do *opt-in* ou do *opt-out*. Alguns estudos apontavam para as vantagens do regime do *opt-out*, afirmando que a decisão poderia abranger aquelas pessoas consideradas vulneráveis, respeitando, sobretudo, a ideia de acesso à justiça. Por outro lado, esse sistema viabiliza a melhor distribuição dos custos. Todavia, o CPR inglês adotou o sistema do *opt-in*, especialmente sob o argumento de que a inclusão desmedida de sujeitos no GLO acarretaria custos financeiros altíssimos aos réus, tornando-se inviável mensurar os possíveis gastos decorrentes de uma condenação.

No direito brasileiro tem-se como exemplo do sistema de *opt-in* na tutela coletiva já que o autor de ação individual poderá vincular o resultado de sua demanda ao resultado da demanda coletiva conforme prevê o art. 104 da Lei n.º 8078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) e art. 21 Lei n.º 7347/85.

²⁶ FUX, 2015.

Todavia, na regulamentação do incidente de resolução de demandas repetitivas há previsão de sustação do andamento de todos os feitos que versem sobre a mesma matéria sem a opção de exclusão da suspensão (*opt-out*), salvo de demonstrado que a suspensão foi irregular por conter discussão diversa.

A suspensão automática é questionada por, em tese, violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º XXXV da CRFB. A suspensão automática, sem viabilizar o direito de exclusão, violaria o direito de ação ao não permitir que o autor possa dar continuidade ao seu feito superando a suspensão imposta.

Outro ponto a ser discutido reside no problema da prescrição, ou seja, determinada a suspensão dos processos individuais pela admissão do IRDR, aquele indivíduo que não ajuizou sua demanda poderá propô-la? Caso negativo, diante da suspensão dos processos já em curso, como fica a questão da prescrição? No modelo alemão existe a possibilidade de um indivíduo realizar o registro de uma pretensão, isto é, ele não propõe a ação, apenas deixa consignado seu interesse no resultado do *musterverfahren* que verse sobre mercado de capitais, suspendendo o curso da prescrição, até o julgamento da causa piloto. (CAVALCANTI, 2015, pag. 344)

No projeto do CPC que tramitou na Câmara dos Deputados havia o art. 990 § 5º que determinava a suspensão das prescrições das questões idênticas. Todavia o dispositivo foi suprimido não constando da redação final aprovada pelo Senado. Dessa forma, aquele indivíduo que possui uma pretensão já discutida em um IRDR, deverá ajuizar sua ação individual sob pena de prescrever sua pretensão. A manutenção do referido dispositivo poderia evitar inúmeras ações individuais, pois o autor poderia aguardar o término do incidente para ajuizar sua ação individual.

Dessa forma, aquele indivíduo que não tenha demandado seu pleito, deverá fazê-lo sob pena de ver sua pretensão alcançada pela prescrição. Assim sendo, torna-se inútil a intenção de prevenir novas demandas, merecendo críticas a supressão da hipótese de suspensão dos prazos prescricionais em razão da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Diante da aproximação, sob os aspectos de sua abrangência e efeitos, são devidos alguns questionamentos acerca das limitações da ação civil pública e do IRDR. Como já disposto expressamente no diploma de regência da ação civil pública existem limitações

materiais para a referida ferramenta da tutela coletiva, especialmente a impossibilidade de versar sobre questões tributárias, previdenciárias e sobre FGTS.

Embora o novel código de processo nada disponha a respeito é preciso aguardar uma posição dos Tribunais. Como destacado anteriormente, o instrumento inspirador do IRDR – o *musterverfahren* – possui limitações temáticas que não foram previstas expressamente para o processo exemplar brasileiro.

Ainda na esteira comparativa citada, há limitação quanto à impossibilidade de se suscitar a inconstitucionalidade de lei como questão principal da ação civil pública, não havendo restrição para seu conhecimento como questão incidental. Caso o IRDR seja instaurado para decidir questão de direito que diga respeito à inconstitucionalidade de lei, parece não existir limitação, sobretudo pelo fato de o novo CPC estabelecer o alcance da coisa julgada à questão prejudicial somente se aplica, dentre outros requisitos, se o órgão julgador tiver competência, em razão da matéria e da pessoa, para conhecer como questão principal. A decisão tomada pelo órgão competente do Tribunal apenas decidirá o feito como questão incidental não sendo, esta, alcançada pelos efeitos materiais da coisa julgada.

Eficácia *erga omnes*, mas limitada territorialmente das ações coletivas sofre alteração com o IRDR já que a decisão neste incidente terá caráter vinculante e mais abrangente já que o próprio NCPC prevê a observância obrigatória dos precedentes conforme art. 927, III NCPC.

Por fim, o engessamento dos precedentes, conforme suscitado anteriormente, é outro tema que merece reflexão. As técnicas de julgamento de causas através do procedimento das causas piloto pode gerar um engessamento da jurisprudência, pois não existem mecanismos amplos de revisão das teses firmadas.

Contudo, está previsto o *overruling* no art. 986 NCPC. O que se pode questionar é se há dificuldade de se promover a superação do entendimento visto que o dispositivo atribui legitimidade ao Ministério Público e à Defensoria Pública para requerer a superação do entendimento ou pelo próprio tribunal de ofício, não conferindo às partes a possibilidade de superação do precedente²⁷.

²⁷ Importante destacar neste aspecto que o legislador poderia ter incluído a OAB assim como fez o poder constituinte reformador ao conferir a legitimidade à instituição para requerer a revisão de súmula vinculante fixada pelo STF conforme se verifica no art. 103-A § 2º CRFB.

CONCLUSÃO

É possível extrair do presente trabalho muitas indagações acerca da correta aplicação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme afirmado no desenvolvimento, importar uma cultura como tábua de salvação para os problemas crônicos de sobrecarga do Judiciário é um equívoco que pode gerar altos custos aos jurisdicionados.

É preciso ter o cuidado para que haja a aplicação ajustada entre o precedente e o caso presente. A aferição que ficará a cargo do aplicador do precedente deverá levar em consideração as questões centrais (*ratio decidendi*) formadoras do precedente. Para tanto, a intensa atividade interpretativa deve localizar os pontos de semelhança entre as causas, sob pena de o sistema criar distorções e injustiças.

O incidente de resolução de demandas repetitivas surge no novo Código de Processo Civil como um dos mecanismos capazes de estabelecer referenciais decisórios aplicáveis aos casos futuros. Contudo, questões suscitadas carecem de um melhor debate para a estabilização do procedimento.

No imaginário do aplicador do precedente não deve sobrar lugar para concepções que possam induzir uma repetição, puramente, mecânica dos precedentes. Assim como, tradicionalmente, sempre fez o juiz ao interpretar a lei, deverá fazê-lo com igual zelo em relação ao precedente.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas. Salvador: Juspodivm. 2015.

FUX, Luiz. Novo CPC Comparado. São Paulo: Método. 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía e SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. *In*: Novas Tendências do Processo Civil (Estudos sobre o novo Código de Processo Civil). Organizadores Alexandre Freire e outros. Salvador: Juspodivm, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 212

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

MORAES, Vânia Cardoso André de. Demandas repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: hipóteses de solução e a necessidade de um direito processual público fundamento da Constituição, CJF, 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. Disponível em <www.marinoni.adv.br/artigos.php>. Acesso em 11/04/2016.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. *In*: Direito Jurisprudencial. Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2012, pag. 267

ROQUE, André Vasconcelos. Abracadabra?. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/abracadabra>> Acesso em: 11/04/2016

ROS, Luciano da. Difícil hierarquia: A avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. Revista Direito GV. São Paulo. Jan-jun/2013

SALGADO, Jose María. Precedente y control de constitucionalidad em Argentina. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: Nas sendas da linguagem. *In*: Novas Tendências do Processo Civil (Estudos sobre o novo Código de Processo Civil). Organizadores Alexandre Freire e outros. Salvador: Juspodivm, 2013.

STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.