

**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

OS DIREITOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO NCPC: RISCOS À JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

THE COLLECTIVE AND INDIVIDUAL HOMOGENEOUS RIGHTS IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: HAZARDS TO THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Felipe Rodrigues Xavier ¹
Lucas Jonas Fernandes

Resumo

O artigo pretende a análise crítica ao NCPC nas inovações que este traz quanto aos direitos coletivos e individuais homogêneos. Assim, após uma introdução histórica onde o NCPC é o último elo de uma cadeia de reformas processuais que apostam na vinculação da jurisprudência dos tribunais superiores, terão vez o Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e os riscos que este último traz à jurisprudência nacional, que passa a ter força de lei, tais como o engessamento e a vinculação de decisões a partir de lide única.

Palavras-chave: Novo código de processo civil brasileiro, Direitos coletivos, Direitos individuais homogêneos, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims the critical analysis of the new Brazilian Code of Civil Procedure (NBCCP) on the innovations that it brings on collective and individual homogeneous rights. After a historical introduction where the NBCCP is the last procedural reform which bets in bidding the jurisprudence of the higher courts, it will be turn of the Conversion Incident of the Individual Action in Collective Action and the Resolution Incident of Repetitive Demands (RIRD), and the risks this last one brings to national jurisprudence, which shall have the force of law, such as immobilization and decisions bounded from a single deal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New brazilian code of civil procedure, Collective rights, Individual homogeneous rights, Jurisprudence

¹ Poeta. Advogado. Mestrando em Direito na UNESP.

INTRODUÇÃO

O tema central do artigo são os institutos constantes do NCPC (Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15) diretamente relacionados aos direitos (ou interesses) coletivos e individuais homogêneos. Para tanto, proceder-se-á, como requisito necessário para a análise e crítica dos institutos em questão, a um breve panorama histórico-legislativo das últimas reformas processuais brasileiras no que elas trouxeram de novidades relevantes quanto aos direitos coletivos e individuais homogêneos, tendo-se como ponto de partida o significado do Estado Democrático de Direito instituído por nossa Constituição Federal de 1988 para o tema. Esta é a matéria da primeira seção.

Em seguida terá vez o Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva, instituto este que, constante na redação definitiva do NCPC, recebeu veto da Presidência da República seguindo parecer da AGU (Advocacia Geral da União) e as pressões da OAB e das associações representativas do Ministério Público. O incidente torna-se importante na medida em que demonstra os objetivos e os paradigmas utilizados pelas reformas processuais brasileiras para a solução de nossos problemas judiciais, tais como insegurança jurídica e multiplicação de processos, de uma maneira bastante explícita. Além disto, serve como uma espécie de introdução para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Por sua vez, este incidente representa o núcleo do artigo e é a ele que se dedica a terceira seção. Primeiramente serão analisadas as suas disposições positivadas no NCPC, para que se possa compreender as intenções deste instituto e, a partir daí, traçar linhas sobre seu alcance e significado para o processo brasileiro. Mais que isto: verificar, juntamente com a segunda parte desta seção dedicada ao *Musterverfahren* alemão e ao *Group Litigation Order* britânico, referências para a criação do incidente, sua adequação constitucional e suas possibilidades para a solução (ou diminuição) de nossos problemas judiciais.

O objetivo primordial do artigo é, portanto, a análise e crítica de tais institutos do ponto de vista constitucional (como não poderia deixar de sê-lo) e sua força legislativa para a abrandamento dos riscos da insegurança jurídica, multiplicação dos processos e uniformização das decisões judiciais.

Estando delimitado o tema ao NCPC e, mais especificadamente, no que este traz (ou traria) de inovações importantes quanto ao acesso e pacificação das lides que envolvam direitos coletivos ou individuais homogêneos ao Judiciário, quais sejam o Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva e o Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas (IRDR), utilizar-se-à o método dedutivo, o monográfico (análise dos sobreditos incidentes) e o método histórico (as reformas processuais recentes no referente aos direitos coletivos e individuais homogêneos, onde o NCPC é a última palavra).

1. PROLOGÔMENOS AO NCPC EM SUAS DISPOSIÇÕES QUANTO AOS DIREITOS COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

1.1 Estado Democrático de Direito e os Direitos Coletivos e Individuais Homogêneos

Antes de propriamente adentrar no NCPC e estudá-lo em seus institutos que mais concernem aos direitos coletivos e individuais homogêneos, faz-se necessário primeiramente uma breve introdução histórica. Nos próximos parágrafos tentaremos brevemente estabelecer as relações entre a emergência do nosso novel Código de Processo Civil, tais direitos coletivos e individuais homogêneos (direitos em sua maioria de segunda e terceira gerações ou dimensões que causam, em sua repetitividade, o congestionamento do Judiciário) e o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

O chamado Estado Social ficou por realizar-se no Brasil, de modo que o nosso país e demais nações ditas “em desenvolvimento” podem ser consideradas como de *modernidade tardia*. Isto significa que o Estado interventor na sociedade e na economia com o fito de desenvolvimento político, econômico e social da nação e de seus cidadãos, ou seja, a própria efetivação dos direitos fundamentais de segunda ou terceira gerações (ou dimensões), se existiu, o fora circunscrito às elites¹. O Estado brasileiro, assim, não cumpre no momento adequado (a modernidade do século XX) suas funções precípua de regulamentação e desenvolvimento.

É neste contexto que se deve entender a prolixidade da Constituição Federal de 1988: trata-se de uma espécie de confissão tácita do próprio Estado brasileiro: os objetivos sociais ainda não foram cumpridos, estão em atraso para a maior parte da população brasileira, e por isso completa-se a Constituição com inúmeros direitos e garantias, princípios os mais diversos e mecanismos processuais que visam a efetivação destes em juízo (ação popular, ação

¹ “Sendo o Estado Social a expressão política por excelências da sociedade industrial e do mesmo a passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o Estado Social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes” (BONAVIDES, 1996, p. 435).

civil pública, mandados de segurança e mandados de injunção). Eis o caráter dirigente do Texto Maior apontado para as realizações das promessas incumpridas.

Por consequência, a Constituição Federal de 1988 vai muito além dos aspectos organizacionais e de *balanço* das conquistas alcançadas. Passa a ser compromisso para o resgat e efetivação dos direitos sociais improclamados, inexistentes ou negligenciados à época de nosso Estado Social. O Estado Democrático de Direito instaurado pela CF/88 é, assim, evolução da forma anterior de Estado (DÍAZ, 1975, p. 131) quando demanda para o direito um caráter transformador e efetivador de seus desideratos.

Todo este desenrolar político-constitucional causa ao processo civil a questão de como se relacionar com a tramitação das chamadas ações de massa, ações que procuram, individualmente, efetivar para seu autor aquele mesmo direito inexistente durante o Estado Social brasileiro e que agora, com a CF/88, passa a lhe ser garantido e perseguível em juízo.

1.2 Breve Panorama Histórico-Legislativo

O Processo Civil Brasileiro, como de resto todo o direito de nosso país, estando umbilicalmente ligado às tradições romano-germânicas, tradições eminentemente individualistas, historicamente pouco pôde conceber quanto a tutela processual dos direitos coletivos e individuais homogêneos. Trata-se de um “movimento” (evitando-se a palavra “processo”) de cerca de apenas trinta anos, conduzente que foi e ainda é da discussão de diversos projetos de lei setorizados, mais ou menos abrangentes. Tal situação já está gerando, presentemente, o intuito compartilhado por muitos de reformular e unificar esta esparsa regulação da tutela processual coletiva.

Assim, no decorrer da evolução histórica do processo civil brasileiro quanto à tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, a década de 1980 marcará os primeiros esforços legislativos que desembocarão na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e nas seguintes Lei nº 7.853, que regulamenta a ação civil pública no interesse e tutela dos direitos coletivos dos deficientes físicos e mentais e Lei nº 7.913/89, que cuida da ação civil pública quanto a danos causados por investidores dos mercados de valores mobiliários.

A CF/88, como citado acima, regulamenta a matéria dos direitos transindividuais através de vários mecanismos, como a ação civil pública, a ação popular e as espécies coletivas do mandado de segurança e do mandado de injunção (este último, importantíssimo justamente pela secular e persistente mora de nossas Casas Legislativas em regulamentar e tornar efetivos,

ao menos no plano legal, os direitos de segunda e terceira gerações os quais a própria Constituição é recheada).

A partir destas tentativas legislativas pioneiras e, principalmente, com o advento da CF/88, o que se conheceu foi um fortalecimento progressivo do processo civil na tutela dos interesses transindividuais. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) alterou diversos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e ainda regulamentou inteiramente nos seus arts. 91 a 100 a Ação Coletiva.

Prosseguindo na evolução legislativa, logo após o CDC é editada a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) que conferiu mais poderes e possibilidades ao Ministério Público de apurar tais desvios e punir agente políticos ou quaisquer outros que travaram relações ilícitas com o erário público; Lei nº 8.884/94, ou Lei Antitruste, combatente das infrações contra a ordem econômica; o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) que também regulamenta quanto às ações civis públicas destinadas para a defesa dos direitos daqueles maiores de 60 anos; a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) que contempla a tutela coletiva em seus arts. 26, II e 37; por fim, a Lei nº 12.016/09

...que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, regulamentando, em apenas dois artigos, a previsão constitucional do art. 5º, LXIX e LXX. O novo estatuto dispôs, em termos de mandado de segurança coletivo, apenas sobre legitimação, objeto e linhas gerais em termos de coisa julgada, litispendência e necessidade de audiência prévia do representante judicial da pessoa jurídica de direito público antes da concessão de liminar, sendo que o legislador ordinário limitou o objeto de proteção pelo mandado de segurança coletivo apenas aos direitos coletivos em sentido estrito e aos individuais homogêneos, sem que houvesse tal previsão no texto constitucional. (PINHO, 2016, p. 9)

Em 2009 fora apresentado o Projeto de Lei nº 5.139 que, fruto daquele intuito de reformulação e unificação de todos os subsistemas esparsos concernentes à ação civil pública e a tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, pretendia substituir a Lei nº 7.347/85, remodelando institutos e criando outros a serem aplicados à ação civil pública. Era proposta advinda das conclusões do II Pacto Republicado publicado no mesmo ano, sendo uma de suas metas:

[...] revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa. (PINHO, 2016, p. 10)

Tal proposta não vingou.

Por fim, a Lei nº 12.966/14 trouxe como alterações substantivas na Lei da Ação Civil Pública a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (inserção do inciso VII ao art. 1º da sobredita lei).

2. INCIDENTE DE CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA

O Instituto da Conversão da Ação Individual em Coletiva encontrava-se no art. 334 das fases iniciais do Projeto e restou como art. 333 na redação final, intitulado o capítulo IV do título I da Parte Especial. O incidente vinha disposto topograficamente logo após o Projeto tratar da petição inicial no procedimento comum. O magistrado, recebendo a petição inicial, poderia:

- a) aplicar a improcedência liminar do pedido;
- b) converter a ação individual em coletiva;
- c) designar a audiência preliminar

Note-se que o instituto da Conversão da Ação Individual em Coletiva ocorreria antes da cientificação do réu.

Por sua vez, este instituto foi acrescido durante as fases de evolução do Projeto, não constando nem em sua redação original, e nem na versão publicada no Diário Oficial da União, já que fora vetado.

Sophia Salerno Peres, em comentário ao artigo de Humberto Dalla Bernardina Pinho (que, de resto, além da repercussão, objetive também peso para o veto final do incidente de ação de conversão da ação individual em ação coletiva, isto junto a outras *doctoris opinio* e, principalmente, aos pareceres contrários da AGU e OAB), constroi uma resumida tabela de fácil visualização do incidente tal como era projetado e os correspondentes comentários do autor (PERES, 2016):

Texto Legal – CPC Projetado	Comentário do Autor
Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:	Impede a instauração do incidente <i>ex officio</i> pelo magistrado. Legitimidade primária: MP e DP.

<p>I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;</p>	<p>Uso exagerado de conceitos jurídicos indeterminados, restando claro, apenas, que o objeto da demanda deve coincidir com as definições de direito difuso ou de direito coletivo adotadas pelo CDC.</p>
<p>II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.</p>	
<p>§ 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.</p>	<p>Legitimidade secundária.</p>
<p>§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.</p>	<p>Limitação objetiva.</p>
<p>§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou</p>	<p>O legislador assume a possibilidade (e o risco) de uma grande transformação no procedimento, mesmo após o despacho saneador, fixação das provas a serem produzidas e, eventualmente, quando já produzidas as provas documental e pericial, o que não me parece razoável. Talvez fosse mais acertado usar o limite do Despacho Saneador, salvo hipóteses excepcionais e devidamente fundamentadas pelo magistrado.</p>

<p>II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou</p>	<p>A restrição do inciso II parece bem razoável, embora incompleta. De fato não deve ser autorizada a conversão se já existe uma ação coletiva, mas seria de bom alvitre ao menos tentar reunir as ações, individuais e coletivas sobre um mesmo assunto.</p>
<p>III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.</p>	<p>O inciso III vai ter aplicação bem variável de acordo com a organização judiciária de cada estado. Por exemplo, no Rio de Janeiro, uma ação individual sobre matéria de consumo é direcionada ou ao JEC ou à Vara Cível, dependendo do valor da causa. Já uma ação coletiva, sobre a mesma matéria é distribuída a uma das Varas Empresariais, por expressa disposição do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado (CODJERJ).</p>
<p>§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.</p>	<p>Apresentado o requerimento de conversão, deverá o juiz decidi-lo incidentalmente. Contudo, deverá antes, em homenagem ao contraditório, ouvir as partes.</p>
<p>§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.</p>	<p>Deferimento = Decisão atacável por Agravo de Instrumento (art. 1028, inciso XIV). Autor e réu são legitimados. Indeferimento = Decisão irrecorrível, cabendo ao interessado ingressar com a demanda coletiva.</p>
<p>§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.</p>	<p>Apesar do texto do referido § 6º, tenho para mim que o autor original pode, simplesmente, requerer seu desligamento da demanda, o que vai acontecer ou pela</p>

	<p>desistência direta ou pelo simples abandono. A grande questão é se ele resolver ingressar com nova ação individual.</p> <p>Haveria ofensa ao Princípio Constitucional do Acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, CF) na medida em que um jurisdicionado será impedido de prosseguir com sua demanda, da forma como concebeu, sendo forçado a vê-la convertida a uma demanda coletiva?</p>
<p>§ 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.</p>	<p>O autor originário, como uma espécie de "prêmio de consolação", fica desonerado do pagamento de qualquer despesa processual decorrente da conversão. Nada se fala quanto às despesas dos atos solicitados por ele na condição de litisconsorte ou das providências requeridas pelo "novo autor" ratificadas pelo "autor original".</p> <p>Quem vai compensar o autor original pelas despesas já desembolsadas, incluindo custas e honorários pagos a seu advogado, na hipótese de ele não querer prosseguir na "nova demanda" na condição de litisconsorte? Ele ficará isento do pagamento de custas se resolver desistir dessa ação, ou se simplesmente abandoná-la e intentar nova demanda?</p>
<p>§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.</p>	<p>Essencialmente: Lei nº 7.347/85 e Lei nº 8.078/90</p>
<p>§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza</p>	<p>Apesar do silêncio do dispositivo, quer parecer que nos autos apartados a</p>

<p>estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.</p>	<p>legitimidade permanece exclusiva do autor original, e este será responsável pela condução dos atos processuais e também pelo pagamento das eventuais despesas decorrentes desses autos.</p> <p>O réu será o mesmo em ambos os processos e, apesar da omissão, quer nos parecer que os autos devem correr em conjunto, até mesmo porque o primeiro pedido, que agora é objeto da ação convertida, pode ter relação de prejudicialidade com o segundo (que corre em apartado) ou as provas a serem produzidas podem ser, eventualmente, as mesmas para ambos os feitos.</p>
<p>§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no <i>caput</i>, salvo quando ele próprio o houver formulado.</p>	<p>Isto porque, após a conversão serão observadas as regras do processo coletivo (basicamente as Leis nº 7.347/85 e 8.078/90).</p>

Embora pesasse a tentativa bem intencionada de solucionar com um simples mecanismo as intrincadas questões de multiplicação de lides semelhantes, burocracia estatal, sobrecarga do judiciário, economia de recursos financeiros e humanos, talvez por isto mesmo a proposta tenha fracassado. E ainda bem, já que seria, no vocabulário popular, “um salto maior do que as pernas”: problemas históricos e complexos como os demonstrados acima não serão simples e facilmente erradicados com novos artigos de lei, por melhor que sejam. Caía-se novamente na nossa tradição jurídica secular de ficcionar a realidade por meio do direito ou de fazer deste o meio mais idôneo e eficaz possível para a modificação daquela.

A boa intenção ou, novamente, *passar-por-cima-da-Constituição-para-melhorar-o-Judiciário* talvez descomplicasse um pouco alguns problemas e traria muitos outros, desconfigurando o processo civil brasileiro.

Aliás, a mesma Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (a que institui o Código de Processo Civil) traz instituto interessante que ataca as mesmas questões almejadas pelo

incidente de conversão da ação individual em coletiva de maneira muito mais factível. Trata-se do art. 139, inciso X:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Ou seja, é ferramenta que incumbe o juiz (não somente lhe “facultando”) a oficiar os chefes do Ministério Público e Defensoria Pública competentes quando do recebimento de repetitivas demandas individuais. Esta norma insere-se nas funções gerenciais do juiz, incumbindo-o de notificar os principais legitimados para o ajuizamento da ação civil pública quando reparar o crescimento exponencial de demandas repetitivas.

Retomando as críticas ao Incidente de Conversão da Ação Individual em Coletiva e fazendo referência às possibilidades já previstas no ordenamento brasileiro para o ajuizamento de ações coletivas (art. 5º da Lei nº 7.347/85 e art. 82 do CDC, os mesmos citados no inciso X do art. 139 do NCPC), Humberto Dalla Bernardina de Pinho aduz:

E mais, se já há a possibilidade de ajuizamento de demandas coletivas, em regime de legitimidade autônoma e disjuntiva, por todas as entidades elencadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 e no art. 82 do C.D.C., por que motivo criar um novo instituto que vai trazer celeuma a uma ação individual em tramitação?

E por que, dentre outros problemas, atentar contra o Princípio Constitucional do Acesso à Justiça, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXV da Carta de 1988, na medida em que um jurisdicionado será impedido de prosseguir com sua demanda, da forma como concebeu, sendo forçado a vê-la convertida a uma demanda coletiva?

E como se isso não bastasse, quem vai compensar o autor original pelas despesas já desembolsadas, incluindo custas e honorários pagos a seu advogado, na hipótese de ele não querer prosseguir na "nova demanda" na condição de litisconsorte? Ele ficará isento do pagamento de custas se resolver desistir dessa ação, ou se simplesmente abandoná-la e intentar nova demanda? (PINHO, 2016, p. 13)

Conclui o autor (e tal crítica permanece válida, pois é independente do veto) que dever-se-ia estudar a possibilidade de uma “Lei Geral de Tutela Coletiva”, obviamente atualizada com o NCPC.

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) defendeu ardorosamente o artigo 333 durante todo o processo de discussão e confecção do NCPC e agora, com o veto, pretende

influir por sua derrubada no Congresso Nacional. Nas palavras de João Ricardo Costa, presidente da AMB:

O único dispositivo que era importante para coletivizar os litígios de danos massificados no primeiro grau foi vetado pela presidente da República. É lamentável porque era uma oportunidade de resolver esses litígios de forma integral na sociedade. O Judiciário vai continuar tratando de forma atomizada, um a um, esses litígios. Não é um Código bom para a sociedade brasileira no que diz à celeridade do Judiciário. (AJURIS, 2016)

A AMB, a AJUFE (Associação dos Juízes Federais) e a Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) encaminharam ao Palácio do Planalto dois pedidos de vetos ao texto final aprovado pelo Congresso Nacional.

O primeiro diz respeito a obediência (por essas associações consideradas rígidas demais) à ordem cronológica no julgamento dos processos.

Já o segundo procura o veto à obrigatoriedade de *responder e justificar, na sentença, todas as teses levantadas pelas partes*, sob pena de nulidade. Em comunicado divulgado pela internet e reproduzido pelo sítio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), a AMB assim se manifesta: “em tempos de surgimento de inúmeras teses jurídicas e de forma indiscriminada, tal exigência pode trazer maior atraso no julgamento das ações.”.

Somente por estas manifestações, é possível verificar latente o corporativismo dos juízes (claro, uma generalização) e sua pouca abertura para uma sociedade e Constituição democráticas que demandam justificações de seus juízes; ou seja, demandam das decisões um lastro democrático. A celeridade processual, além de obviamente não poder ser confundida com massificação de processos e decisões padronizadas (decisões-padrão, decisões-tipo), não é devida do Estado para com seus juízes, mas sim às partes em processo que são, antes disso, cidadãos respaldados pela Constituição Federal de 1988.

A Casa Civil, em mensagem dirigida ao Presidente do Senado Federal em 16 de março de 2015 (portanto, no dia anterior ao texto final publicado no Diário Oficial da União), veta, *por contrariedade ao interesse público*, sete dispositivos do Projeto de Lei nº 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados), entre eles o Incidente de Conversão da Ação Individual em Coletiva. Eis as razões do veto:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido

do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.²

Por fim, concluímos que na seara dos direitos difusos, seria a ação civil pública a mais adequada.

Por sua vez, para a tutela dos direitos individuais homogêneos, o NCPC traz o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, justamente aquele que iremos tratar em seguida.

3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

3.1. Objetivos e Hermenêutica Legal

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi inteiramente aprovado, tratando-se, portanto, do instituto constante do NCPC que mais tem relações com o tema dos Direitos Coletivos e Individuais Homogêneos.

São doze artigos (arts. 976 a 987) que constituem e titulam o capítulo VIII do Título I (“Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”) este, por sua vez, do Livro terceiro (“Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”).

O art. 976 diz ser cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, *ao mesmo tempo*, repetição de processos que tenham controvérsia sobre a mesma questão “*unicamente de direito*” (excluindo, naturalmente, as questões de fato: tal questão será retomada a seguir) e risco à segurança jurídica, ou seja, risco de julgamentos diversos para idênticas questões de direito. O incidente, conforme o art. 977, pode ser instaurado pelo juiz (*ex officio*) ou pelas partes, Ministério Público e Defensoria Pública por petição (não se exigindo custas processuais segundo o §5º do art. 976) endereçada ao “órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal” (art. 978).

O art. 979, ao preocupar-se com a publicidade, diz ser devida a ampla divulgação da instauração e julgamento do incidente em análise, mas somente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Como veremos em ordenamentos que possuem

² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 09. 06. 15.

mecanismo semelhante a este, a forma da divulgação assume relevo em todos eles e a brasileira pode ser considerada não muito satisfatória em comparação com a alemã, por exemplo.

Quanto ao prazo do incidente, este é de um ano (art. 979) e terá preferência sobre os demais processos, exceção feita aos que envolvam réu preso e aos pedidos de *Habeas Corpus*. Passado este prazo, cessa a suspensão dos processos, a não ser por decisão fundamentada do relator em sentido contrário. Além da suspensão dos processos, o relator, quando da admissão do incidente pelo tribunal, pode requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 dias, e a intimação do Ministério Público para que, querendo, manifeste-se no mesmo prazo.

Partes e demais interessados (órgãos, entidades e associações interessadas) terão o prazo *comum* de 15 dias para requerer juntada de documentos e diligências, em seguida manifestando-se o Ministério Público. Também as partes originais e o Ministério Público terão 30 minutos para sustentar suas razões no julgamento do incidente. Todavia, os demais interessados terão o mesmo limite de tempo de 30 minutos, não importando sua quantidade (o § 1º do art. 984 diz que o prazo pode ser aumentado, mas não diz quanto, o que naturalmente desembocará no alvitre do juiz).

Os efeitos propriamente ditos do julgamento do incidente estão dispostos no art. 985:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Esta revisão, segundo o artigo citado, será realizada pelo mesmo tribunal *ex officio* ou por requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Por fim, o julgamento de mérito do incidente reclamará recurso especial ou extraordinário e, em todo caso, tem efeito suspensivo, também presumindo-se a repercussão geral da questão constitucionalmente controvertida.

Explicitamente o objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é conferir um julgamento célere a questões de massa que possuam a mesma controvérsia quanto ao *direito* e não propriamente quanto aos *fatos*. Procura-se resolver por meio dele milhares de processos que apresentam a mesma estrutura paradigmática através de uma única decisão,

suspendendo os demais. Claramente o objetivo é então reduzir o número de demandas e recursos dos quais o Poder Judiciário nacional está abarrotado.

A palavra de ordem, portanto, passa a ser “efetividade”.

No entanto, o termo “efetividade” pode significar variadas situações, variados objetivos bastante diferentes entre si:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar posições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia. (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 18)

De qualquer maneira, a “efetividade” do processo deve ser compreendida como um dever do Estado para as partes em questão que são, antes disso, cidadãos respaldados pela Constituição Federal de 1988. A efetividade não pode ser confundida com celeridade do Judiciário. São institutos, ideias e objetivos diferentes e um não necessariamente espelha o outro, tampouco o exclui.

Após perpassarmos esta parte introdutória do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com sua hermenêutica legal e seus declarados intuitos, passaremos agora ao estudo de modelos existentes no direito comparado que se assemelham ao instituto ora em tela.

3.2 Referências no Direito Comparado

Como expressamente declarado pela Exposição de Motivos do NCPC³, a inspiração principal para a criação do IRDR é alemã, o *Musterverfahren*, ou procedimento-modelo prevista em lei que regula os investimentos no mercado de capitais.

³ “Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão¹⁸ excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asseio de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que

Quanto ao procedimento existem três diferenças básicas: primeiramente, o modelo alemão não admite instauração *ex officio*, apenas as partes é que podem dar ensejo ao início do incidente.

Em segundo lugar, e mais importante, o *Musterverfahren* admite questões de *fato e de direito*, ao contrário do modelo vigente no NCPC que apenas admite as últimas. Aqui é o momento certo para se fazer crítica a esta vetusta diferenciação que nosso diploma processual civil passará a adotar. O binômio questões de fato/questões de direito remete às glosas e interpolações realizadas pelos estudiosos medievais no Direito Romano que constituía então, no vazio estatal, o *ius gentium*. Tal binômio percorre os séculos e se fortifica ao longo do século XIX, justamente pelo reavivamento do Direito Romano para o estudo e suporte das nascentes codificações. Nosso direito assume a tradição principalmente por meio do Direito Civil. Mas seria ainda necessário, ou melhor, desejável, em tempos de Estado Democrático de Direito separar cirurgicamente questões de fato e questões de direito? E acaso seja, como fazê-lo? Como separar no processo, no caso específico, o que é fato e o que é direito? Trata-se de mais uma ficcionalização da realidade realizada pela dogmática jurídica:

No plano da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, em “suplicante” e “suplicado”, expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis mutandis*, isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Pode-se afirmar, desse modo, que ocorre

estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão,¹⁹ o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.²⁰ O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e 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, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de habeas corpus. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, interna corporis. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores” (COMISSÃO DE JURISTAS, 2016).

uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas. (STRECK, 2014, p. 378)

Em terceiro lugar, enquanto que o NCPC nada estabelece quanto à abrangência do incidente (apenas diz que será quanto às questões de direito), no direito alemão é incumbido à parte que provocou o incidente demarcar seus limites, tantos fáticos como jurídicos.

Quanto à publicidade e disponibilização, o *Musterverfahren* parece mais cuidadoso ao descentralizar a permanência eletrônica do incidente, sendo também disponível para qualquer cidadão:

Acolhido o incidente, este deverá ter ampla publicidade, com cadastro eletrônico e gratuito mantido eletronicamente, constantemente atualizado – o que, aliás, é também idealizado para o modelo brasileiro. Com a devida vênia, o modelo alemão parece mais preocupado com a acessibilidade ao próprio cadastro, ao deixá-lo disponível na internet a qualquer cidadão, enquanto o modelo brasileiro pretende centralizar tal disponibilização através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O incidente ficará no cadastro pelo prazo de quatro meses. Se, nesse período, houver pelo menos 10 pedidos relativos à mesma questão, será dada uma solução coletiva às demandas. O tribunal escolherá um “líder” entre os autores das ações e um “líder” entre os réus das ações, os quais serão os verdadeiros porta-vozes das causas repetitivas. (SILVA, 2016)

Já o modelo britânico advém de mudanças ocorridas em fins do século passado, quando é aprovado o Rules of Civil Procedure (Código de Processo Civil), evento historicamente raro para ordenamentos de *common law*. Sendo uma das principais preocupações do código o regulamentar o acesso ao Judiciário de enormes quantidades de pessoas cujos direitos foram afetados por origem comum, criou-se uma classificação especial, o Group Litigation Order. Segundo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

Um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo – Group Litigation Order (GLO) – sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (GLO issues). O incidente, assim como a previsão do projeto no Direito brasileiro, pode ser provocado de ofício ou a requerimento da parte. Para o pedido de instauração, o advogado deve consultar o Law Society’s Multi-Party Action Information Service, verificando se há outros casos com questões comuns ao mérito da demanda. (MENDES apud SILVA, 2016)

Percebe-se que aqui também não há diferenciação entre questões de fato e questões de direito, estando ambas inclusas no incidente.

Há um *group register*, como o nome diz um registro onde devem ser inscritos todos aqueles que desejam ser atingidos pela decisão do processo paradigma, a chamada ação-teste

(escolhida pelo tribunal britânico, ficando suspensas, como no caso brasileiro, as demais). As decisões tomadas na ação-teste são naturalmente obrigatórias para todos os casos inscritos no *group register*.

Dois pontos importantes são: em primeiro lugar, as partes originais do processo, naturalmente ligadas à decisão do tribunal, não têm contraditório no processo em andamento. Em segundo lugar, ao contrário do instituído no NCPC, a decisão não é automaticamente válida para os casos futuros (art. 985, incisos I e II que dizem sê-la obrigatória tanto para os casos passados, os suspensos, como para os futuros). A regra é a vinculação somente em relação aos casos já registrados no *group register*, valendo, portanto, para a contemporaneidade. Quanto aos casos futuros, o julgamento da ação-teste pode ser estendido dependendo de ordem expressa da corte competente, modulando e demarcando os efeitos da decisão.

CONCLUSÃO

A impressão é de que apenas um entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva restaria no NCPC. Por terem objetivos semelhantes, por apostarem igualmente na vinculação jurisprudencial através de um maior poder discricionário conferido ao Judiciário, por dotarem a jurisprudência de uma força (vinculativa) comparável a da lei e, principalmente, pelas questões de política e pressão exercidas pelas mais diversas entidades nos sucessivos momentos de elaboração do NCPC, escolheu-se aquele menos explícito, menos suscetível de gerar polêmicas constitucionais. O Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva é insustentável no atual quadro democrático-constitucional e muito de sua insustentabilidade já é previsível no título. As razões as expusemos no espaço destinado ao instituto e, no mais, demonstram os caminhos escolhidos pelas reformas processuais para a solução de nossos problemas judiciais.

Porém isto não significa que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não padeça das mesmas problemáticas (algumas ocultas), embora não tão gritantes.

Não concluímos pelo pertencimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na esfera dos mecanismos de acesso e tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos. Trata-se muito mais de um instituto desburocratizador, afeito que é à resolução mais célere (a celeridade tendo primazia à eficácia) das demandas massificadas.

Quanto à legitimidade, as ações coletivas conferem-na a órgãos mais bem capacitados para os trâmites jurídico-processuais, a quem, supostamente, estaria melhor capacitado para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos. O Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas, por sua vez, paradigmaticamente determina o feito cuja *questão de direito* está sendo objeto de controvérsia em demandas massificadas (havendo também a questão da segurança jurídica, visto ser incompatível com o Estado Democrático de Direito e a racionalidade do senso comum causas idênticas serem decididas diferentemente) e, através dele, estende as teses jurídicas de seu julgamento para todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito tramitantes na área de jurisdição do tribunal (art. 985, inciso I) e também para os casos futuros (art. 985, inciso II).

Trata-se, diga-se de passagem, de mais uma diferença entre o Incidente ora estudado e as ações coletivas. Enquanto que no primeiro há uma espécie de “coisa julgada” nos fundamentos jurídicos utilizados na decisão do processo-paradigma, válidos para os casos semelhantes surgidos antes ou depois, sendo uma ação coletiva que visa a proteger direitos individuais homogêneos julgada procedente, os efeitos da coisa julgada, segundo o art. 103, III, do CDC, serão *erga omnes*.

A primeira crítica refere-se à tentativa de separação das *questões de fato* das *questões de direito*. Como já destacado, esta separação desusada (e impossível) reflete o abstracionismo da cultura jurídica brasileira. O feito a ser decidido não constará de fatos, mas simplesmente de teorias e legislações aplicáveis. Assim, o juiz não terá a realidade posta no processo, mas simplesmente abstrações jurídicas. A decisão por colocar somente *questões de direito* no âmbito de abrangência do Incidente é profundamente retrógrada e sintomática do estado de arte da hermenêutica e senso comum teórico (Warat) dos juristas.

A segunda crítica atinge a omissão do Novo CPC em oferecer mecanismos para que as partes possam alegar e comprovar que o processo em que estão lidando é juridicamente diverso daqueles outros em que fora determinada a suspensão, não a merecendo, portanto. *Afronta ao princípio de acesso à justiça*.

A derradeira crítica diz respeito a outra omissão do NCPC: além de não prever mecanismos que faculte às partes demonstrar a não necessidade de suspensão de seu processo (segunda crítica), também não há qualquer disposição no sentido de possibilitar às partes a discussão sobre a aplicabilidade das teses jurídicas utilizadas no processo-paradigma no seu processo em concreto. Há aqui, *afronta ao princípio do contraditório*, causada claramente pelo intuito legislativo-judiciário de resolução a mais célere possível das demandas de massa. Atropela-se, assim, o dito princípio. A tese jurídica será aplicada a todos os casos, indistintamente, e não há como combater tal entendimento emanado pelo tribunal. Tal complicação poderia ser facilmente evitada caso existisse um momento específico logo após a

prolatação da sentença do processo-paradigma para que as partes pudessem manifestar-se quanto à aplicabilidade ou não do julgamento do tribunal em seu caso específico.

Portanto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, segundo nossa compreensão deste instituto e de seus objetivos, deve ser entendido como um mecanismo desburocratizador com boas possibilidades de atingir seu objetivo primordial, qual seja a diminuição de demandas de massa. Porém a um custo alto. Aplicar-se-à *indistintamente e irrestritamente* a mesma decisão sobre *questão de direito* a todos os casos repetitivos com atropelo do contraditório e da ampla defesa por não permitir (pelo menos nesse primeiro momento) contestação sobre a aplicabilidade do mérito no caso concreto das partes. No mais, esta vinculação forçada da jurisprudência, que passa a ter forças de lei (pois abstrata), *engessa-a e forma-se exclusivamente a partir de uma só lide*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 18.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMISSÃO DE JURISTAS instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379/2009.

Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 04.03.16.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madrid: Edicusa, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. Rev. da Trad. Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUSTOSA, Luís Geraldo Soares. **Incidente de resolução de causas repetitivas**: perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil. 2012. 85 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=840>. Acesso em: 04.03.16.

PERES, Sophia Salerno. Comentário ao artigo “Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto” de Humberto Dalla Bernardina Pinho.

Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1186, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/286-artigos-out-2014/6813-comentario-ao-artigo-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto-de-humberto-dalla-bernardina-pinho>>. Acesso em: 04.03.16.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Incidente de conversão da ação individual em ação coletiva no CPC projetado: exame crítico do instituto. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, tri. 01/07/2014 a 30/09/2014. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-7-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 04.03.16.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: tutela coletiva ou padronização do processo? Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/285/261>. Acesso em: 04.03.16.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VETO ao novo CPC impede celeridade no Judiciário. **AJURIS** (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), Rio Grande do Sul, s.d. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/03/17/veto-ao-novo-cpc-impede-celeridade-judiciario/>>. Acesso em: 04. 03. 16.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.