

Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015

GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES
VICTOR BARBOSA DUTRA

Resumo: O presente artigo analisa o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Código de Processo Civil. O objetivo do estudo é realizar uma análise comparativa entre o novo instituto e os mecanismos aparentemente semelhantes da Alemanha e do Reino Unido, de modo a avaliar os possíveis impactos para as garantias constitucionais já consagradas, com destaque para o contraditório.

Palavras-chave: CPC de 2015. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Litigância repetitiva. Devido processo legal.

1. Introdução

Nas últimas décadas, o direito processual civil, assim como todo o Direito, tem passado por inúmeras transformações que decorrem em grande parte das exigências de uma sociedade pós-moderna, na qual o jurisdicionado não se contenta em saber *como* ou *de quê* o direito se constitui, mas também *para quê* ele serve (BOBBIO, 1977, p. 217).

Com efeito, o processo civil individual, em sua estrutura tradicional, começou a demonstrar sinais de fragilidade para atender a determinados fenômenos sociais, a exemplo da reparação de danos capazes de atingir um amplo espectro de cidadãos (fenômeno não raro nessa fase pós-moderna do capitalismo).

Nesse novo contexto social e paradigmático, a massificação das relações jurídicas é um dos fenômenos que mais desafiam o direito processual em termos práticos e teóricos, instando-o a reinventar o modo de prestação jurisdicional.

Recebido em 6/7/15
Aprovado em 23/8/15

Nos idos de 1989, Barbosa Moreira (MOREIRA, 1991, p. 187) já ressaltava que as características da vida contemporânea produziam uma série de situações em que, longe de estar em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, começavam a formar-se conflitos nos quais grandes massas estavam envolvidas. Já se falava de produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e – indagava o autor – por que não processo de massa?

O fenômeno das demandas repetitivas (plúrimas, seriais etc.) é, pois, relativamente recente na história processual. Decorre, em grande parte, do amplo acesso à justiça garantido com a Constituição de 1988, da universalização de determinados serviços básicos (v.g. telefonia e energia elétrica) ou da ampliação do acesso ao crédito, fatos que colocaram em litígio, de um lado, inúmeros cidadãos e, de outro, instituições financeiras, empresas ou o próprio Estado – seja diretamente, como quando não honra seus compromissos junto a servidores públicos, seja indiretamente, quando intervém na vida social por meio de planos econômicos. Tais demandas repetitivas, em sua grande maioria, não costumam albergar pretensões jurídicas complexas, nem demandam profunda instrução probatória, mas desafiam o Judiciário, em virtude do seu poder exponencial de replicação, que coloca em xeque velhas estruturas e procedimentos.

Essas alterações quantitativas e qualitativas no perfil de litigância resultaram, na prática, numa avalanche de demandas idênticas ou similares, fato para o qual o Judiciário não estava preparado. Por tal motivo, diversos institutos jurídicos foram cunhados nas últimas duas décadas na tentativa de enfrentá-lo. Muitos deles foram orientados por uma inequívoca tendência de padronização das decisões, a exemplo das técnicas de julgamento liminar (art. 285-A

do CPC/1973), das súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal) e persuasivas (art. 518, § 1º, do CPC/1973), da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A do CPC/1973) e do julgamento por amostragem dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C do CPC/1973), nominados como representativos da controvérsia.

A tentativa mais recente de enfrentamento desse fenômeno é a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), instituído pela Lei nº 13.105/2015, cujo principal objetivo é proporcionar segurança jurídica, uniformidade no entendimento dos tribunais e, por conseguinte, celeridade, por meio da fixação de teses sobre questões de direito repetidas na prática forense, quando puderem causar risco ao sistema.

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto do CPC/2015 reputou necessária a instituição dessa nova forma de controle dos processos massificados.

Há dúvidas, no entanto, se o instrumento seria necessário, se o objetivo antes mencionado será atingido e a que custo. Primeiro, porque, a partir da instituição da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal tem decidido causas efetivamente importantes, cujos efeitos podem atingir além das partes da demanda, ao fixar uma tese jurídica de aplicação ampla no futuro. Segundo, porque o sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça tem, cada vez mais, fixado teses infraconstitucionais de grande alcance, também com efeitos futuros em outras causas. Terceiro, porque o Superior Tribunal de Justiça é a corte encarregada de uniformizar a interpretação do direito federal no País e tem-se verificado grande atuação do

STJ nesse intento. Quarto, porque os tribunais de segundo grau, que serão os destinatários do IRDR, não estão ainda preparados para decidir as inúmeras teses jurídicas que lhes serão submetidas e em tempo hábil, levando à suspensão indefinida das demandas em primeiro e segundo grau por prazo não razoável. No entanto, são conjecturas e questionamentos necessários ao debate, tendo em vista a criação do incidente pelo legislador.

2. O incidente no CPC/2015

Prevê-se o incidente de resolução de demandas repetitivas nos artigos 976 a 987 da Lei nº 13.105/2015 e enquadra-se como mecanismo que a doutrina convencionou denominar de *instrumento de molecularização* (PINTO, 2010, p. 185) de demandas atomizadas.

Em outras palavras, como as demandas repetitivas têm uma origem comum, buscou-se um instrumento jurídico que pudesse uniformizar, em menos tempo que no procedimento atual, o entendimento do Judiciário acerca de determinada questão de direito, de modo a prover uma solução uniforme para diversos casos.

Dispõe o art. 976 do CPC/2015 que, havendo simultaneamente risco à isonomia e à segurança jurídica em razão da *efetiva repetição de processos*, o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser suscitado junto ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Regional Federal, no intuito de que a tese jurídica firmada seja aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição da respectiva corte.

Conforme reconhecido pela própria Comissão responsável pelo Anteprojeto, o incidente inspirou-se em instituto do direito alemão conhecido como *Musterverfahren*¹; mas, ao longo da tramitação na Câmara dos Deputados, acabou distanciando-se dele em alguns aspectos. É bom registrar que na Alemanha, antes mesmo da criação do *Musterverfahren*, já existia instituto similar no processo judicial-administrativo (*Musterprozess*, previsto no art. 93a da *Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*) (KAI-SER, 2010, p. 171), mas não foi ele o inspirador do legislador de 2015.

O *Musterverfahren* foi introduzido no ordenamento alemão em 16/8/2005, com vigência até 2010, por meio da Lei do Processo-Modelo

¹ Conforme apresentado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta” (BRASIL, 2010).

dos Investidores de Capital (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMuG*). O prazo de vigência da lei foi estendido por dois anos; porém, em 19/10/2012, foi promulgada nova lei, com vigência de 1º/11/2012 até 1º/11/2020.

Tal lei foi editada para regular uma situação fática específica e já existente, dada a impossibilidade de o sistema jurídico alemão solucionar o problema da insatisfação de 17.000 investidores com informações falsas do mercado de capitais na oferta pública inicial de ações da *Deutsche Telekom* feita em 1999 e 2001. A indenização pedida era de cerca de 150 milhões de euros, com atuação de aproximadamente 900 escritórios de advocacia (STADLER, 2010, p. 100).

Conforme se demonstrará, o incidente, no seu arcabouço jurídico, suscita uma série de dúvidas que merecem reflexão pela doutrina.

3. Questionamentos preliminares acerca do incidente

Ante a estrutura atual do incidente de resolução de demandas repetitivas, um dos primeiros questionamentos suscitados diz respeito ao momento adequado para manejá-lo. Tal dúvida pode parecer de menor relevância ou de um excessivo rigor formal, mas não o é. O momento está ligado ao tempo, de forma que se questiona quando, ou melhor, até quando o incidente pode ser deduzido. A lei não prevê prazo – o que não permite dizer, porém, que ele não exista.

Antes de tudo, é necessário saber sobre o que controvertem as partes, de modo que a coisa se torna litigiosa apenas após a citação, quando também se saberá se há resistência à pretensão posta na petição inicial e em que medida. Dessa forma, apenas após a contestação ou o seu decurso de prazo é que se pode admitir o incidente.

O *dies ad quem*, por outro lado, é a data da divulgação do resultado do julgamento em segundo grau, pressupondo a inexistência de trânsito em julgado da sentença. Se o julgamento do incidente é feito pelo segundo grau de jurisdição, em nada influencia o advento da sentença recorrida. Embora fosse recomendável a dedução do incidente antes de proferida a sentença, para evitar perda de tempo do julgador de primeiro grau, em alguns casos pode ser que os pressupostos para o seu cabimento estejam presentes somente após a chegada dos autos ao tribunal. Daí ser viável a formulação do incidente até a finalização do julgamento do recurso, o que se dá com a proclamação do resultado.

O legislador brasileiro, diferentemente do de outros ordenamentos jurídicos, não se preocupou muito com o momento de formalização do incidente, mas sim com o seu cabimento, valendo-se de uma expressão

aberta para indicar seus requisitos: “a efetiva repetição de processos que represente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (BRASIL, 2015a).

Por “efetiva repetição de processos” pode-se compreender um vasto leque de situações que podem variar desde um punhado de ações (individuais ou coletivas), no entendimento de alguns, até a exigência de dezenas ou centenas de ações, para se configurar o requisito legal. No entendimento do legislador, dada a absoluta falta de controle do número e do local de ajuizamento, essas demandas poderiam acarretar burla da isonomia e da segurança jurídica. Em virtude disso, busca-se, por meio do incidente, evitar decisões conflitantes, tendo por base o mesmo fundamento jurídico.

No *Musterverfahren*, ao contrário, o legislador germânico estabeleceu critérios mais objetivos. Explica Astrid Stadler (STADLER, 2010, p. 101) que: (i) deve ser feito um requerimento em uma das ações individuais ajuizadas de submissão ao processo-modelo, que é anunciado em edital; (ii) nos quatro meses seguintes devem ser formulados outros nove requerimentos de submissão, totalizando dez ao todo; (iii) os pedidos são submetidos ao Tribunal Regional, que escolhe um autor-modelo, suspendendo-se os outros processos; (iv) os autores dos processos pendentes são “partes convidadas”, o acórdão-modelo reveste-se de autoridade da coisa julgada e as outras causas continuam no primeiro grau de jurisdição, terminando com acordo ou sendo sentenciadas.

No caso brasileiro, ante a ausência de critérios, corre-se o risco de haver o manejo precoce do incidente, sem que outros jurisdicionados tragam ao Judiciário novas perspectivas para a mesma questão e sem que uma diversidade mínima de juízes se tenha posicionado sobre a matéria, o que pode desencadear um dissenso, um pluralismo e um movimento salutar de

debate, e culminar em decisões-modelo desconectadas da amplitude das realidades fáticas.

Incorrer-se-ia naquilo que Ronald Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 337) aponta ser um ponto importantíssimo para a efetividade das decisões judiciais: saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de modo a diminuir a probabilidade de novos dissensos.

Pontua Dierle Nunes (2012) que:

os padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate.

Em termos pragmáticos, também é importante delimitar critérios mais claros para o manejo do instituto, pois uma decisão prematura pode vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou ser questionada pela via da reclamação (art. 985, § 1º, do CPC/2015), a ponto de esvaziar a própria utilidade do instituto e estimular a litigiosidade.

No mesmo sentido, aponta Leonardo Carneiro da Cunha, ao afirmar que, em qualquer assunto, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e

fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. Tolerar o dissenso por algum tempo, na visão do autor, seria uma maneira de permitir que o debate continue até que se alcance maior clareza sobre o assunto (CUNHA, 2011, p. 258).

Logo, não de se considerar salutares os primeiros debates acerca de determinadas questões, pois esse dissenso inicial é importante para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito, por meio da jurisprudência que se criará. Ademais, o próprio inciso II do art. 976 do CPC/2015 exige a efetiva configuração de risco à isonomia e à segurança jurídica, o que denota um sentido muito mais profundo do que meras divergências iniciais.

Por outro lado, na mesma ideia de *efetividade* da decisão prolatada no procedimento-modelo, é de se perquirir a viabilidade na cisão entre questões de fato e questões de direito, tal como proposta pelo legislador. Isso porque, no CPC/2015, conferiu-se ao IRDR o objetivo de uniformizar questões unicamente “de direito”, como prevê o inciso I do art. 976.

Cumprir destacar que, durante a tramitação do projeto, havia sido deixada uma abertura para se empreender a análise de questões fáticas, conforme dispunha o § 9º do art. 988²: “O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato” (BRASIL, 2015b). Entretanto, o texto aprovado, sancionado e promulgado não encampou a ideia, de modo que o IRDR manteve seu âmbito de incidência restrito às questões de direito.

Tal situação provavelmente perpetuará uma defeituosa tradição brasileira de subdimensionar a importância dos fatos para o deslinde da controvérsia e empreender uma leitura “exegética” dos supostos precedentes (BAHIA, 2012, p. 366). Espera-se que não.

Antonio do Passo Cabral (2007, p. 133) aponta que no *Musterverfahren* não há cisão entre questões de fato e de direito, sobretudo porque, na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, de modo que a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão.

Muitos doutrinadores, aliás, têm alertado que essa cisão radical entre questões de direito e questões de fato é fantasiosa (ROSSI, 2012, p. 233), pois não há como interpretar um texto em abstrato, tendo em vista que o sentido normativo de um texto sempre pressupõe, no mínimo, uma ilustração da sua possibilidade de aplicação (SIMIONI, 2011).

No mesmo sentido é a lição de Ovídio Baptista da Silva (SILVA, 2009, p. 19), ao afirmar que os conflitos de interesse que justificam a

² Antiga numeração do atual art. 973.

existência do processo são conflitos que têm por fundamento os fatos da vida, do cotidiano, mas a doutrina processual predominante insiste em ignorar essa obviedade, direcionando todos os esforços e investimentos para o mundo do direito, o mundo das normas, o mundo das ficções jurídicas.

Tem-se alertado para os riscos de hiperintegrar o direito, aplicando-se uma decisão-modelo para além dos próprios fatos que justificaram a sua prolação e extrapolando-se, por conseguinte, os limites do seu campo gravitacional (RAMIRES, 2010).

Além disso, há quem entenda que essa fragmentação da cognição (v.g. questões de direito sendo apreciadas pelo tribunal e questões de fatos pelos juízes de primeiro grau) pode levar ao mesmo destino de outros institutos de pouca utilização na praxe forense, tais como o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479 do CPC/1973) e o incidente de declaração de inconstitucionalidade (arts. 480 a 482 do CPC/1973) (ROSSI, 2012).

Aliás, tem sido questionada essa tendência de atribuir aos tribunais a elaboração de normas cada vez mais gerais, função que fugiria ao papel do poder Judiciário, que é tradicionalmente o de individualizar o direito no caso concreto e com isso compor a lide (DERZI, 2013, p. 333).

Não se sabe ao certo como funcionará o IRDR em questões que demandem uma imbricada análise fática, mas já se acende o alerta, pois se percebe uma inequívoca tendência de elaboração de normas gerais e abstratas pelo Judiciário, cada vez mais distanciada das peculiaridades dos casos concretos.

No *Musterverfahren*, conforme mencionado, não há essa cisão estrita entre questões de fato e de direito. Antonio do Passo Cabral destaca que o objeto da cognição judicial nesse procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a

possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo (CABRAL, 2007, p. 132).

No direito processual brasileiro, todavia, costuma-se fazer a distinção entre questões de fato e questões de direito, embora seja difícil, como já se disse, aplicar o direito sem se ter ciência dos fatos. Entretanto, é possível construir a ideia do legislador e entender seu intuito, no sentido de que a controvérsia sobre a matéria de direito é aquela referente à norma jurídica aplicável e ao seu alcance, partindo de circunstâncias do caso sobre as quais as partes não dissitem – em outras palavras, o que a norma quer dizer em uma situação abstrata.

Outro fator que suscita preocupação em relação ao IRDR é quão vinculantes são as decisões-modelo em relação a terceiros que não o integrem, mas que tenham uma demanda semelhante. Isso porque, por expressa disposição legal, a tese jurídica do incidente será aplicada também aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise (art. 985, II, do CPC/2015). Tal dispositivo suscita inúmeras dúvidas e, por isso, deve-se levantar o debate no Brasil, tal como tem feito a doutrina alemã.

Na Alemanha, a legislação não tratou de forma clara a natureza dos institutos de que se valeu o legislador para estender aos processos individuais os efeitos e a vinculação do julgamento do *Musterverfahren*, limitando-se a dizer que a decisão de mérito no procedimento-modelo “vincula” os juízos de origem. Diante da imprecisão da lei, a doutrina discute se haveria (i) eficácia de coisa julgada; (ii)

efeito vinculante; ou (iii) a chamada eficácia da intervenção ligada à intervenção de terceiros (CABRAL, 2007, p. 133).

Discussões como essas, ainda incipientes no Brasil, são extremamente relevantes, pois, como se sabe, o efeito vinculante confere vinculação aos fundamentos da decisão, podendo ser aplicado aos casos futuros que tenham a mesma *ratio decidendi*, ao passo que a coisa julgada se restringe, em regra, ao dispositivo do julgado, não alcançando os motivos da decisão, a verdade dos fatos, nem mesmo a questão prejudicial decidida incidentalmente (art. 469 do CPC/1973). Nesse ponto, cumpre destacar que o *Musterverfahren* e o IRDR parecem ter trilhado caminhos diversos, dado que no instituto tedesco não há vinculação dos processos futuros, mas apenas daqueles processos individuais registrados no momento em que proferida a decisão do Tribunal. Tal característica tem levado a doutrina a rechaçar veementemente a existência de efeitos vinculantes da decisão-modelo prolatada no *Musterverfahren*.

No Brasil, por outro lado, por expressa disposição legal (art. 985, II, do CPC/2015), a tese jurídica será aplicada aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal. Entretanto, não cuidou o legislador de detalhar a natureza desse efeito sobre as demandas futuras.

Essa possível vinculação indiscriminada representa risco ao próprio contraditório substancial e à ampla defesa, previstos na parte geral do CPC/2015³, haja vista a pretensão do legislador de aplicar uma decisão-modelo “pronta” a diversos outros casos em que as partes não tiveram a chance de participar da formação do convencimento do julgador.

³ Com destaque para os artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015.

Tal constatação, aliás, parece estar na contramão da Parte Geral do novo Código, no que se refere à conformação do princípio do contraditório e da ampla defesa. O princípio do contraditório adquirirá maior importância, devendo ser uma efetiva garantia de simetria de posições subjetivas e não uma mera garantia formal de bilateralidade de audiência (PICARDI, 1998, p. 673). Ele passa a constituir uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 107).

Diversos dispositivos do CPC/2015 ditam essa tônica, quais sejam:

Art. 7º É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo *efetivo contraditório*.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes *sem que esta seja previamente ouvida* (grifos nossos).

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional *não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes*, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Em que pese a relevante carga axiológica que está sendo conferida ao princípio do contraditório na Parte Geral do CPC/2015, aparentemente o legislador preferiu uma solução simplista para um problema tão complexo como as demandas repetitivas. De fato, o insuficiente arcabouço legal do instituto parece colocar em risco inúmeros dogmas e princípios do direito processual.

Conforme afirma Júlio César Rossi, a pretexto de resolver a problemática da litigiosidade relevante e repetitiva (constitucional ou infraconstitucional), a técnica busca encarnar uma solução estatística e funcionalmente con-

veniente, em detrimento de decisões qualitativamente satisfatórias sob o ponto de vista de uma prestação jurisdicional absolutamente legítima e eficiente (ROSSI, 2012, p. 204).

Aliás, convém questionar se realmente seria necessário um instituto novo para lidar com as demandas repetitivas ou se o enfrentamento do fenômeno seria mais eficaz com medidas de gerenciamento de processos (*case management*). Parcela da doutrina entende que o incidente brasileiro poderia ter-se espelhado mais nas *group litigation orders* (GLO) do direito britânico e nas críticas que já foram sistematizadas ao instituto inglês, já que as GLO estão há mais tempo em funcionamento do que o *Musterverfahren*.⁴

Guilherme Rizzo Amaral (AMARAL, 2011, p. 251), por exemplo, critica a escolha do instituto alemão como inspiração do incidente brasileiro. O autor afirma que o *Musterverfahren* foi criado em caráter experimental e é muito recente, além de ser oriundo de país sem tradição na normatização de processos coletivos e na utilização dos precedentes, ao passo que os países tradicionalmente vinculados ao sistema de *common law* conhecem mais de quatro séculos de desenvolvimento da temática dos processos coletivos.

Para Daniel de Andrade Lévy, por sua vez, as GLO são, antes de tudo, um instituto de administração de causas, mais gerencial do que jurídico, cujo objetivo é possibilitar que uma estrutura enxuta do poder Judiciário possa

⁴ Isso porque, embora seja possível observar que naquele ordenamento as medidas para se enfrentarem as demandas repetitivas remontam ao século XIX, a partir de 1980 o Judiciário passou a tratar especificamente da questão, mesmo sem legislação específica sobre o procedimento a ser adotado. Em virtude das críticas tecidas aos poderes indefinidos dos magistrados, que causaram certa insegurança jurídica, no ano de 2000 foram acrescentadas às *Civil Procedure Rules* um capítulo criando as *Group Litigations Orders*, cujo objetivo é permitir que as cortes tenham verdadeiro poder gerencial sobre esses casos que envolvem um grande número de partes e um sem-número de questões procedimentais.

confrontar-se com uma quantidade enorme de demandas (LÉVY, 2011, p. 188).

Nessa perspectiva, enquanto o direito inglês privilegia a ideia de reunião de demandas apenas com base na facilitação do aspecto procedimental, a proposta do CPC/2015 funda-se, também, em uma suposta hierarquia qualitativa entre os órgãos julgadores, ao conferir aos tribunais a competência para exame de questões de direito.

Interessa destacar, aliás, que tanto no *Musterverfahren* como nas *group litigation orders*, a decisão faz coisa julgada para as *demandas registradas* no grupo até a data do julgamento e nas quais tenha havido a participação dos jurisdicionados atingidos. Está aí uma abissal diferença em relação ao projeto do IRDR, em que a tese jurídica da decisão incidente será aplicada, inclusive, aos casos futuros que versem sobre questão idêntica.

A preocupação do legislador parece vir antes com o desafogamento do Judiciário e, em seguida, com as partes envolvidas, ao passo que nos demais países a inquietação é antes com os indivíduos inseridos no grupo e, após, com o bom funcionamento do Judiciário. Vê-se, portanto, que, na ponderação entre os direitos fundamentais dos jurisdicionados e os benefícios operacionais de uma solução de massa, o CPC/2015 prestigiou o último, o que demanda reflexões.

É preciso ter em mente que a ampliação da função jurisdicional, como ora se almeja com o IRDR, deve-se pautar mais detidamente pelo contraditório, pois dita garantia é intimamente ligada ao exercício do poder, que a doutrina moderna o considera inerente à própria noção de processo (CINTRA, 2006, p. 61).

O contraditório, como leciona Aroldo Plínio Gonçalves, é a garantia de participação – em simétrica paridade – das partes, *daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença*, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles

sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor (GONÇALVES, 2001. p. 103).

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo, pelo aspecto substancial, como prevê a Parte Geral do CPC/2015. Caso inexista uma justificativa plausível para a mitigação do contraditório, pode-se suspeitar da constitucionalidade de tais normas, tendo em vista que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação; e, nas democracias, o poder é legitimado pela participação (MARINONI, 2006. p. 313).

Com efeito, a demanda, inclusive aquelas nas quais se visa fixar uma tese jurídica a respeito de determinada questão de direito, é sistema interacional, que se desenvolve dialeticamente. Assim, a garantia do contraditório concretiza-se por meio da participação das partes no processo e do diálogo que o órgão jurisdicional deve ter com as partes (MEDINA, 2011. p. 72).

Obviamente, não se pode transplantar para a realidade de um Código uma concepção utópica de contraditório e de ampla defesa, mas uma dimensão de participação que possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária.

Ocorre que não é preciso esforço para concluir que a vinculação de cidadãos que sequer ajuizaram suas demandas – e que, nessa perspectiva, sequer tiveram a chance de participar do convencimento do julgador que fixa a tese – promove uma restrição excessiva do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, a própria participação dos jurisdicionados que tiveram seus processos sobrestados não se encontra delimitada à altura da importância das garantias processuais consti-

tucionais, perpetuando-se, inclusive, equívocos já verificados na sistemática dos recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (OLIVEIRA, 2014. p. 663).

Certamente, hão de se reconhecer situações em que a limitação de tais princípios é necessária para permitir a efetividade do direito; afinal, conforme destaca Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 2001, p. 14), no momento em que uma ciência renuncia a continuar investigando seu objeto e as complexas relações a que pode ser submetido pela análise terá renunciado, antes, a si própria, como competência explicativa da realidade. Indaga-se, contudo, se os motivos justificadores para a instituição do IRDR se enquadrariam nessas situações em que a reinvenção dos limites do contraditório se justifica.

O legislador brasileiro pretende dar um passo à frente, inovando inclusive em relação às experiências de outros países, nos quais os institutos de resolução de massa foram introduzidos em caráter experimental (como na Alemanha) ou com base em longa evolução empírica (como no Reino Unido); tal inovação, contudo, não foi precedida por estudos aprofundados acerca do impacto sobre as garantias processuais de índole constitucional, o que urge ser feito.

4. Conclusões

O fenômeno das demandas de massa não comporta soluções simplistas que se limitem a alterações de ordem legislativo-processual. Para que se obtenha um resultado efetivo, é preciso que a introdução de novos institutos jurídicos seja acompanhada de medidas de cunho estrutural (v.g. organização do sistema judicial, adequação de espaços físicos, suporte para introdução de novas tecnologias) e de

⁵ Art. 1º c/c arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015.

medidas de gestão (v.g. adoção de uma visão estratégica, e não meramente burocrática, do processo; a padronização e disseminação das melhores práticas; a simplificação e a flexibilização de ritos; etc.) para atingir os objetivos aos quais se propõem.

Pôde-se perceber que o incidente de resolução de demandas repetitivas suscita uma série de questionamentos por parte dos estudiosos do Direito, sobretudo em relação aos pontos em que se distanciou dos instrumentos de molecularização de litígios atualmente vigentes na Europa. O instituto *promete* revolucionar o tratamento das demandas repetitivas, mas não foi acompanhado de medidas práticas (de cunho estrutural e gerencial) que viabilizem o seu potencial máximo, nem apresentou uma estrutura normativa à altura dos complexos fenômenos que pretende disciplinar.

Nessa perspectiva, tendo em vista que o novo instituto passará a integrar o ordenamento jurídico brasileiro após o período de *vacatio legis* do CPC/2015, caberá à comunidade jurídica fomentar o debate acerca do seu arcabouço ideal. Isso poderá contribuir para que o incidente cumpra o seu papel de conferir um tratamento adequado às demandas de massa, promovendo uniformidade do entendimento dos tribunais e proporcionando segurança jurídica sem, contudo, colocar em xeque garantias constitucionais há muito conquistadas.

Sobre os autores

Gláucio Maciel Gonçalves é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2015-2016), em Freiburg, Alemanha. Professor de Processo Civil da UFMG. Juiz federal em Belo Horizonte (MG).
Email: gfm99@gmail.com

Victor Barbosa Dutra é mestrando em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela mesma instituição. Advogado e professor.
Email: victorbarbosadutra@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

NOTES ON THE NEW MECHANISM FOR JUDGMENT OF REPETITIVE LAWSUITS IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE (2015)

⁶Sem revisão do editor.

ABSTRACT: This article analyzes the mechanism for judgment of repetitive lawsuits provided in Brazilian civil procedure code. The purpose of the study is perform a comparative analysis between the new institute and similar experiences in Germany and United Kingdom in order to evaluate the possible impacts for constitutional guarantees, with special reference to the right to contradiction and full defense.

KEYWORDS: NEW CIVIL PROCEDURE CODE. MECHANISM FOR JUDGMENT OF REPETITIVE LAWSUITS. SERIAL LITIGATION. DUE PROCESS OF LAW.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de processo*, v. 36, n. 196, p. 237-275, jun. 2011.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de processo*, v. 36, n. 196, p. 167-200, jun. 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *Revista de processo*, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura all'á funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Ed. di Comunità, 1977.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, 2010.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015a.

_____. Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 166, de 2010, ao projeto de lei do Senado n. 166 de 2010. *Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso*, 23 set. 2015b.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de processo*, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. *Revista de processo*, v. 36, n. 199, p. 213-245, set. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45, de 8.12.2004 e com a Lei 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*. v. 36, n. 193, p. 255-279, mar. 2011.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver

precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FUX, Luiz (Org.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 333-362.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUX, Luiz (Org.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. 2 v.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Predicados da súmula vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. *Revista de processo*, v. 37, n. 207, p. 25-42, maio 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

KAISER, Anna Bettina. Die Prinzipien des Verwaltungsprozesses in Deutschland. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 163-176.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo Código de processo civil: exame à luz da Group Litigation Order britânica. *Revista de Processo*, v. 36, n. 196, p. 165-206, jun. 2011.

LIMA, Luiz Costa. *Teoria da cultura de massa*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. *Revista de processo*, v. 37, n. 204, p. 351-367, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. v. 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 27, p. 49-58, jun. 2005.

NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Consultor Jurídico*. 6 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>> Acesso em: 2 dez. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo. *Revista de processo*, v. 37, n. 203, p. 305-317, jan. 2012.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 663.

PICARDI, Nicola. II Principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 53, n. 3, p. 673-681, jul./set. 1998.

PINTO, Luis Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de processo*, v. 35, n. 185, p. 117-144, jul. 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*, v. 37, n. 208, p. 203-240, jun. 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SIMIONI, Rafael. Nem as súmulas vinculantes escapam da interpretação. *Consultor Jurídico*. 2 mar. 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mar-02/interpretar-exigencia-nao-interpretacao-sumulas-vinculantes> Acesso em: 2 dez. 2015.

STADLER, Astrid. 17.000 investidores contra a Deutsche Telekom: experiências com ações judiciais coletivas na Alemanha. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 100-103.

STURNER, Röf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do Processo Civil alemão. In: *Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 41-53.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de processo*, v. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.