



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE PORTELLA NEVES

**O CONTROLE JUDICIAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS: REFLEXOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E UM NOVO
PADRÃO DE RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO DO SÉCULO XXI**

BELÉM-PA

2017

FELIPE PORTELLA NEVES

**O CONTROLE JUDICIAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS: REFLEXOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E UM NOVO
PADRÃO DE RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO DO SÉCULO XXI**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará.

Linha de pesquisa: Direito, políticas públicas e direitos humanos.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo.

BELÉM-PA

2017

FELIPE PORTELLA NEVES

**O CONTROLE JUDICIAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS: REFLEXOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E UM NOVO
PADRÃO DE RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO CONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO DO SÉCULO XXI**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará.

Data da defesa: 25/08/2017.

Banca Examinadora

Avaliação: _____

_____ – Examinadora
Prof. Gisele Santos Fernandes Góes
Doutora em Direito Processual Civil
Universidade Federal do Estado do Pará

_____ – Examinador
Prof. Jean Carlos Dias
Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais
Centro Universitário do Estado do Pará

_____ – Orientador
Prof. José Henrique Mouta Araújo
Doutor em Direito
Centro Universitário do Estado do Pará

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, Márcia, Camila e Luiz, por ter sempre propiciado todo o suporte necessário a esta longa caminhada, bem como pelo apoio e incentivo na busca deste sonho.

À minha querida noiva, com quem divido minhas angústias e preocupações diárias, pelo carinho e compreensão dedicados.

Ao professor e orientador José Henrique Mouta Araújo, pelos ensinamentos e orientações que foram fundamentais para a construção deste trabalho, dividindo todo o seu conhecimento.

À banca de qualificação, formada pelos professores Jean Carlos Dias e Ana Christina Darwich Borges Leal, que deram todo o direcionamento a esta pesquisa, apontando críticas e sugerindo modificações pertinentes para elucidar ainda mais este trabalho.

Ao Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa), instituição que fomentou minha formação acadêmica desde a graduação, fornecendo ainda os subsídios necessários para este estudo.

À Faculdade Metropolitana da Amazônia (Famaz), na figura da professora Adriana Letícia, que sempre apoiou o seguimento deste trabalho, incentivando meu crescimento profissional e acadêmico.

E a todos os professores e colegas de turma, que colaboraram de maneira grandiosa para o meu conhecimento e formação.

“Seja você quem for, seja qual for a posição social que você tenha na vida, a mais alta ou a mais baixa, tenha sempre como meta muita força, muita determinação e sempre faça tudo com muito amor e com muita fé em Deus, que um dia você chega lá. De alguma maneira você chega lá.”

(AYRTON SENNA)

RESUMO

O presente estudo propõe analisar a influência da decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), criado pelo Código de Processo Civil de 2015, sobre a administração pública, mais especificamente sobre os entes, órgãos e agências reguladoras que serão atingidos pela formação da tese jurídica a ser fixada no respectivo incidente, por força do art. 985, § 2º do CPC/2015. Com a ineficiência do Estado em cumprir suas funções, há perceptível crescimento da judicialização, e questões cada vez mais relevantes estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, sobretudo quando o Legislativo e o Executivo deixam de atuar ou atuam indevidamente. Por outro lado, o efeito da judicialização acarretou a massificação dos conflitos, o que gerou a necessidade de reconhecer direitos com dimensão predominantemente coletiva para contribuir sobretudo no tratamento da disseminação de direitos individualizados, que possuem traços de homogeneidade entre si. Entretanto, este trabalho demonstrará que os mecanismos coletivos criados pelas legislações foram insuficientes para combater os litígios de massa de caráter homogêneo, não conseguindo conter a multiplicação das ações promovidas no Judiciário, principalmente daquelas originadas pela mesma questão fático-jurídica. Portanto, foi preciso criar, com base nas legislações estrangeiras (Alemanha e Inglaterra), por meio do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para propiciar o processamento e julgamento de demandas de massa de forma adequada. Esse instrumento processual, no entanto, por possuir forte caráter vinculante perante o Judiciário e a administração pública, tem sido objeto de questionamento quanto a possível violação do princípio da separação dos poderes. Em que pese pairar dúvida sobre a constitucionalidade desse instrumento, este trabalho demonstrará que o incidente busca quebrar o paradigma tradicional da separação dos poderes, calcado nas premissas de Montesquieu, na medida em que propõe realizar uma integração entre os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) por meio da conciliação¹, comunicação e cooperação.

Palavras-chave: Judicialização. Massificação dos conflitos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Separação de poderes. Constitucionalidade. Conciliação, comunicação e cooperação.

¹ É importante ressaltar que a expressão conciliação vem do verbo comum, no sentido de agregar e unir os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), ou seja, de haver uma junção de forças entre eles.

ABSTRACT

This research intends to analyze the influence of the decision of the Group Order Litigation, created by the Civil Litigation Code of 2015, over the public administration, more specifically over the administrative bodies, organs and regulatory agencies that are affected by the formation of the legal thesis fixated in the respective incident, according to article 985, paragraph two of the Civil Litigation Code of 2015. With the inefficiency of the State to fulfill the functions incumbent on it, there is a perceptible increase in the judicialization, in which increasingly important issues are being decided by the Judiciary, especially when the legislature and executive cease to act or act unduly. On the other hand, the effect of the judicialization has generated the massification of conflicts, which generated the need to recognize rights with a predominantly collective dimension to contribute mainly to the treatment of the dissemination of individualized rights, which have homogeneity traits among them. However, the work will demonstrate that the collective mechanisms created by the legislations were insufficient to combat mass litigation of a homogeneous nature, failing to contain the multiplication of actions promoted in the judiciary, especially those originated by the same legal-factual question. Therefore, it was necessary, under the laws of Germany and England, to create, through the Civil Procedure Code (Law no. 13.105 / 15), the Incident of Resolution of Repetitive Demands to facilitate the processing and judgment of mass demands properly. This procedural instrument, however, because it has a strong binding character, before the judiciary and the public administration, has been questioned about the possible violation of the principle of separation of powers. In spite of doubts about its constitutionality, the present work will demonstrate that the incident seeks to break the traditional paradigm of separation of powers, based on the premises of Montesquieu, in as much as it proposes to achieve an integration between the powers (Legislative, Executive and Judiciary), through conciliation, communication and cooperation.

Keywords: Judicialization. Mass litigation. Group Litigation Order. Separation of powers. Constitutionality. Conciliation, communication and cooperation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP –	Ação Civil Pública
ADI –	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF –	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANA –	Agência Nacional de Águas
Anac –	Agência Nacional de Aviação Civil
Anatel –	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel –	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS –	Agência Reguladora de Planos de Saúde do Brasil
Antaq –	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT –	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Anvisa –	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art. –	Artigo
BVerfG –	Corte Constitucional Alemã
Cebepej –	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
CEF –	Caixa Econômica Federal
CF –	Constituição Federal
CNJ –	Conselho Nacional de Justiça
CPC –	Código de Processo Civil
CPR –	<i>Rules of Civil Procedure</i>
Cree –	Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais
DF –	Distrito Federal
EC –	Emenda Constitucional
Enfam –	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FGC –	Fundo Garantidor de Crédito
GAP –	Gratificação de Atividade Policial
GHPM –	Gratificação de Habilitação Policial Militar
GLO –	<i>Group Litigation Order</i>
IAC –	Incidente de Assunção de Competência
ICMS –	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
Inc. –	Inciso
IRDR –	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

KapMuG – *Kapitalanleger-mesterverfahrensgesetz* (Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para Investidores em Mercado de Capitais)

n^o – número

Nugep – Núcleo de Gerenciamento de Precedentes

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

p. – página

PA – Pará

PE – Pernambuco

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

SGG – Lei dos Tribunais Sociais

STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Tusd – Tarifa de uso do sistema de distribuição de energia

Tust – Tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão

VwGO – Código da Justiça Administrativa

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A CRISE DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	14
3	DA MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS JUDICIAIS E DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS	19
3.1	INSTRUMENTOS DE DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	21
3.2	A INSUFICIÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DE MASSA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA	24
3.3	TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA O TRATO DA LITIGIOSIDADE DE MASSA: MODELOS ALEMÃO E INGLÊS	29
3.3.1	Do Procedimento-Modelo (<i>Musterverfahren</i>)	29
3.3.1.1	Evolução Histórica	29
3.3.1.2	Do Procedimento do <i>Musterverfahren</i> no âmbito das controvérsias do Mercado de Capitais (KapMuG)	31
3.3.2	Da Ordem de Litígio em Grupo (<i>Group Litigation Order – GLO</i>)	33
3.3.2.1	Evolução	33
3.3.2.2	Do Procedimento do <i>Group Litigation Order</i> (GLO)	35
3.4	ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM BUSCA DO APERFEIÇOAMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS DE MASSA	37
3.4.1	A inaptidão dos meios tradicionais	37
3.4.2	Mudanças na legislação brasileira frente às necessidades de uniformização no julgamento das demandas de massa	41
3.4.2.1	As reformas processuais	41
3.4.3	O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)	45
4	O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015 E O INCIDENTE DE	

	RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	50
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	50
4.2	IRDR: UMA ENGENHARIA BRASILEIRA	51
4.3	NATUREZA JURÍDICA	53
4.4	PROCEDIMENTOS DO IRDR	57
4.4.1	Disposições gerais	57
4.4.2	Dos efeitos da decisão e sua extensão	60
4.5	O IRDR E SUA REPERCUSSÃO PRÁTICA	66
5	O IRDR E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	76
5.1	INCIDÊNCIA DA DECISÃO DO IRDR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	77
5.1.1	Premissas	77
5.1.2	A prestação indireta dos serviços públicos e sua relação com as agências reguladoras: surgimento e função	86
5.2	A SEPARAÇÃO DE PODERES	89
5.2.1	A visão tradicional do princípio da separação de poderes	89
5.2.2	A separação de poderes na Constituição Federal	93
5.2.3	A reestruturação da separação dos poderes frente às novas perspectivas do Estado Contemporâneo	94
5.2.4	A constitucionalidade do IRDR frente ao princípio da separação dos poderes	98
5.2.5	Da conciliação, cooperação e comunicação entre os poderes estatais	104
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
	REFERÊNCIAS	125
	ANEXO A	133

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo principal analisar o controle judicial realizado pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), criado pelo Código de Processo Civil de 2015, sob a administração pública, mais especificamente junto aos entes, órgãos e agências reguladoras que serão atingidos pela formação da tese jurídica a ser fixada no respectivo incidente, por força do art. 985, § 2º do CPC/2015.

A obrigatoriedade de que entes, órgãos e agências tenham que seguir os precedentes fixados no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem gerado discussão sobre a possível violação ao princípio da separação de poderes esculpido na norma constitucional.

Isto porque se trata de um instrumento jurídico processual que supostamente estaria invadindo a competência do Executivo, na medida em que tem o condão de emitir norma que vincula obrigatoriamente a administração pública. Em outras palavras, a administração pública estaria recebendo ordens que não são do próprio Poder Executivo.

Essa questão levou esta dissertação a investigar o seguinte problema: ao decidir questões relativas ao mérito administrativo, o Judiciário estaria se imiscuindo na atividade regulatória, numa flagrante violação ao princípio da separação de poderes, ou essa intervenção representa um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI?

Para tanto, é essencial analisar as decisões produzidas a partir do julgamento do IRDR que impactam o mérito da administração pública e se o Judiciário estaria se imiscuindo na atividade regulatória, numa violação ao princípio da separação de poderes, ou se essa intervenção representaria um novo padrão de relação entre os poderes, calcado na comunicação, conciliação e cooperação.

A dissertação está dividida em seis seções, assim distribuídas:

Após as considerações introdutórias do trabalho, no segundo capítulo buscou-se analisar se o Estado vem conseguindo cumprir com o exercício das suas funções (legislar, executar e administrar) ou se as exigências em nível do Estado Contemporâneo apontam uma crise funcional, provocada, inevitavelmente, pela inoperância estatal e pela perda da centralidade do poder.

Isso indica que a ineficiência estatal frente às problemáticas do novo tempo vem ocasionando maior atuação dos tribunais na tentativa de suprir essa lacuna, provocando o aumento da pujança do Poder Judiciário, com maior participação de juízes e tribunais.

Há, assim, perceptível crescimento da judicialização, na qual questões cada vez mais relevantes estão sendo levadas à decisão do Poder Judiciário. Essa sensível percepção de que o Judiciário tem atuado e se destacado em relação aos demais poderes tem estimulado um novo olhar em relação ao princípio da separação de poderes.

Portanto, no terceiro capítulo destaca-se o surgimento dos conflitos de massa em nosso país, que pode ser apontado como uma das grandes consequências da judicialização e que se tornou uma problemática da sociedade contemporânea.

Várias foram as tentativas de conter a pulverização dos conflitos de massa, destacando-se a implementação de diversos mecanismos de proteção coletiva, tais como a Ação Civil Pública em 1985 e o Código de Defesa do Consumidor em 1990, que compõem um verdadeiro microssistema coletivo. Ocorre, porém, que tais instrumentos se mostraram insuficientes para o trato das demandas de massa no país.

Essa percepção não ocorreu somente no Brasil, mas também em diversos países, com destaque para a Alemanha e Inglaterra, que foram impulsionadas a criar um novo mecanismo para lidar com as demandas de massa, chamado de *Musterverfahren* e *Group Litigation Order*.

Aqui, mesmo com diversas mudanças operadas ao longo dos anos, foi somente em 2009, com a criação da comissão de juristas para o desenvolvimento do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, que se iniciaram os debates sobre o surgimento e implantação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que será objeto de análise no presente estudo.

Embora o incidente tenha sofrido influência das legislações estrangeiras no intuito de uniformizar as decisões judiciais, prometendo maior previsibilidade e segurança jurídica, foi criado como verdadeira engenharia brasileira, já que possui contornos próprios, não vislumbrados nas legislações estrangeiras.

Assim, no quarto capítulo são feitas considerações relacionadas ao CPC/2015, que criou um verdadeiro microssistema coletivizado, prestigiando a força vinculante do incidente, que detém seguimento obrigatório perante o Judiciário e, o que vem causando grande controvérsia, também perante a administração pública.

Dessa forma, o quinto capítulo se dispõe a discutir a problemática central da presente dissertação, que envolve o controle judicial e a vinculação da decisão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) perante a administração pública.

A questão, além de envolver os tradicionais conceitos de separação de poderes, provocando grandes reflexões, sob o enfoque do constitucionalismo brasileiro do século XXI, levanta ainda alguns dos principais questionamentos sobre o impacto causado pela decisão do IRDR na administração pública, buscando responder se o controle judicial feito pelo IRDR representa uma violação ao princípio da separação dos poderes ou um novo padrão de relação entre eles.

Para subsidiar esta pesquisa, utilizou-se como base metodológica a produção acadêmica pertinente ao tema analisado neste estudo, com predominância de livros e artigos científicos publicados nos últimos cinco anos, normas jurídicas, jurisprudências, entre outros que se fizeram necessários. Pretende-se, ainda, ao pesquisar tema tão relevante, contribuir com a comunidade jurídica brasileira.

2 A CRISE DAS FUNÇÕES ESTATAIS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A realidade do Estado Contemporâneo não possui mais correspondência com aquele tipo de organização que se vivenciou nos períodos passados. O Estado Contemporâneo constitui um modo específico de organização e estruturação, em especial pelo processo de globalização.

Esse fenômeno indica o aumento da complexidade das relações sociais, bem como uma constante transformação, decorrente de profunda mudança da sociedade.

Por conta dessas alterações que vêm sendo introduzidas no tempo, o Estado vem sendo pressionado a alinhar sua estrutura de maneira radical e, por isso, entra em crise.

O Estado vem perdendo *status*, mostrando-se frágil e, nas palavras de Ribeiro (2016, p. 6), “subproeminente”. Afirmar ainda o autor (RIBEIRO, 2016, p. 6) que “o Estado perdeu espaço no que tange ao conceito de nacionalidade, no que tange a ser considerado como centro do poder político, bem como quanto ao conceito de soberania, além das outras características que são modificadas de forma acentuada”.

Isso demonstra verdadeira fragilidade estatal, principalmente no que diz respeito à ineficiência de cumprir, em nível de exigência do Estado Contemporâneo, as funções que lhe incumbem. Essa crise funcional alcança as funções do Estado, importando, segundo Morais (2002, p. 50), na “perda de centralidade e de exclusividade”.

Afirmar ainda Morais (2002, p. 50-53) que há também um processo de invasão de poderes, em que cada uma das funções começa a se imiscuir na função do outro, invadindo, de certa forma, esfera de competência diversa.

É essa crise funcional que “põe em xeque” o princípio da separação de poderes na sociedade contemporânea. Isto porque é comum o Judiciário ser acionado a resolver questões cada vez mais relevantes do ponto de vista social, econômico e político do país. Há crescente atuação do Judiciário nesses discursos, principalmente aqueles voltados a temas controvertidos, que têm ocupado espaço relevante no cenário brasileiro.

Essa crise funcional abrange as omissões e ineficiências do poder público, principalmente aquelas ligadas ao Legislativo ou Executivo, as quais acabam por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa, de caráter supletivo no exercício de sua função, anotando suposta invasão na esfera institucional de competências.

É o caso, por exemplo, do reconhecimento da união homoafetiva pelo Judiciário a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta em 27 de fevereiro de 2008 pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, proposta em 22 de julho de 2009 pela Procuradoria-Geral da República, as quais visavam obter o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Outra questão importante analisada pelo Judiciário foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2012, sobre a descriminalização do ato de colocar fim à gravidez nos casos em que o feto não tem o cérebro. Passou-se a permitir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A questão, porém, levantou diversas discussões sobre a competência do Judiciário para analisar e julgar o caso, sob o pretexto de estar excedendo os limites constitucionais consagrados pelo princípio da separação dos poderes.

O ministro Enrique Ricardo Lewandowski, em seu voto, considerou a atuação do Poder Judiciário distorcida e invasiva, argumentando que o Judiciário não pode contrariar a vontade manifesta do legislador, e o Supremo só pode exercer o papel de legislador negativo, não podendo criar novas hipóteses legais.

Nesse sentido, afirmou o ministro que “não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais”. Acrescentou ainda que “não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”.

Em contrapartida, o ministro Luiz Fux fez críticas ao Legislativo, afirmando que o Supremo Tribunal Federal tem decidido questões por omissão do Congresso Nacional: “a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de reflexão, porquanto politicamente não assume as suas responsabilidades como representante do povo”.

As intervenções do Judiciário vão além. Em caso mais recente, o Judiciário interveio em decisão de âmbito administrativo, suspendendo liminarmente a possibilidade de as companhias aéreas cobrarem a mais dos passageiros que tiverem bagagens despachadas. Em suma, o juiz da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo entendeu que os passageiros de companhias aéreas não podem ser obrigados a pagar, além da passagem, pelo despacho de malas, já que não há cálculo que prove que não despachar bagagem reduz os custos do voo. Tal regra fora criada pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), no intuito de supostamente ofertar passagens aéreas mais baratas aos consumidores. A liminar conferida

acaba por interferir no mérito administrativo quando verificado, por exemplo, que tal medida fora tomada sem uma consulta pública prévia, de maneira desarrazoada e sem parâmetros legais.

Há uma crescente judicialização. Isto significa que questões relevantes estão sendo decididas pelo Judiciário, sobretudo quando o Legislativo e Executivo deixam de atuar ou atuam indevidamente, e o juiz se vê na necessidade de agir em substituição a esses poderes.

Afirma Vianna (*apud* RIBEIRO 2016, p. 75) que é possível encontrar diversos exemplos que confirmam essa judicialização, “caracterizando o Judiciário, então, como o guardião da prevenção de males maiores, no alargamento da atuação normativa do Estado”. Acrescenta ainda que “essa maior atuação do Judiciário decorre da ausência do Estado, em especial no que concerne à educação pública”.

O que vem ocorrendo é uma fraqueza e ineficiência organizacional do Estado, fazendo acentuar uma atuação supostamente distorcida e invasiva do Judiciário na esfera de competência dos outros poderes. Vive-se atualmente o desfecho de crises institucionais motivadas por reiterados conflitos entre os poderes da República.

Isso porque, segundo Ribeiro (2016, p. 77), “a ausência do Estado também faz derivar uma atuação dos tribunais nas relações sociais, na chamada judicialização dessas relações”.

Nessa mesma linha, propõe Vianna (*apud* RIBEIRO, 2016, p. 75):

Por conta dessa crise, o Legislativo abandona a iniciativa da legislação que passa ao Executivo que, a seu turno, abandona as funções de administração do bem-estar, alçando-se à condição de unidade tecnoburocrática, que apenas responde, de forma contingente e arbitrária, as variações da imediata conjuntura econômica, enquanto que o Judiciário surge, na ausência do Estado, das ideologias, da religião e das estruturas familiares e associativas, estas desorganizadas, identificando-se com o direito, com seus procedimentos e instituições, para possibilitar as promessas democráticas ainda não realizadas.

Trata-se aqui de uma verdadeira transferência de poder das instâncias tradicionais – Executivo e Legislativo – para juízes e tribunais. Para Habermas (2001. p. 451), isso representa uma espécie de “colonização jurídica do mundo da vida”.

É inegável que esses fatores vêm acontecendo no Brasil, onde o Judiciário aparece como poder de destaque, e que essa maior incidência de atuação decorre da flagrante ausência e ineficiência das funções estatais.

A questão ganha capítulos à parte com a chegada do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), que introduz no ordenamento jurídico instrumentos que visam resolver, em bloco,

um número expressivo de ações, tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Recurso Especial Repetitivo e o Recurso Extraordinário Repetitivo.

Isso implica dizer que alguns mecanismos judiciais de resolução de conflitos de massa, tais como o Recurso Especial Repetitivo, o Recurso Extraordinário Repetitivo e o próprio Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), vêm ganhando força, podendo projetar suas decisões para um número bem maior de litigantes, ou seja, produzindo eficácia expansiva da decisão.

Especificamente em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), por força do art. 985, § 2º do CPC/2015, esse incidente processual tem o poder não só de projetar sua decisão no âmbito judicial, como também de estender seus efeitos perante a administração pública (órgãos, entes ou agências reguladoras)¹.

Esse instrumento judicial passa a exercer o controle e a regulação dos atos administrativos, em flagrante demonstração da crise funcional no atual Estado Contemporâneo. É essa crise que problematiza o ideal da separação dos poderes.

Dessa forma, aqui se buscará responder se, ao decidir questões relativas ao mérito administrativo, o Judiciário estaria se imiscuindo na atividade regulatória, numa flagrante violação ao princípio da separação de poderes², ou se essa intervenção representa um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI.

A teoria que hoje se emprega da separação dos poderes e dos sistemas de freios e contrapesos (*checks and balances*) não é mais suficiente para responder a tais questionamentos, sobretudo após o incremento das novas técnicas trazidas pelo CPC/2015.

É notório que a antiga percepção das funções estatais (legislar, julgar e administrar) mostra-se inapta aos novos tempos, em que o desenvolvimento social e as transformações do Estado contemporâneo avançam de forma extraordinariamente rápida.

Isso porque considerar o princípio da separação dos poderes por meio de uma visão mais estreita impossibilita recíprocas interferências e inviabiliza a comunicação (RIBEIRO, 2016, p. 4). De acordo com Ribeiro (2016, p. 4), “essa visão é muito reduzida e traz prejuízos ao funcionamento do Estado”.

¹ O efeito expansivo da decisão perante a administração pública também é evidenciado no Recurso Especial Repetitivo e Extraordinário Repetitivo, conforme prevê o art. 1.040, inc. IV do CPC/2015. Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

(...)

IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

² Aqui, entende-se por violação ao princípio da separação de poderes uma atuação desregrada, distorcida e invasiva de um poder sobre o outro, sem zelar pelo cumprimento da Constituição.

Nota-se, então, que o princípio da separação dos poderes precisa ser revisitado e sofrer uma nova leitura, e além disso essa transição precisa ser reconhecida pelas instâncias de poder frente à necessidade dos novos tempos.

Nesses termos, para responder ao problema da pesquisa, é necessário compreender, antes de mais nada, uma das grandes consequências da judicialização e como o IRDR vem sendo um instrumento processual de combate à pulverização dos processos.

3 DA MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS JUDICIAIS E DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS

A ascensão do Judiciário tem provocado maior acesso dos cidadãos à porta desse poder para resolver, com maior frequência, questões cotidianas da população. O Judiciário tem se tornado instrumento de fundamental importância para o resguardo de direitos fundamentais e da garantia da justiça social, consagrados pela Constituição. Conseqüentemente, tal percepção origina uma constante judicialização da vida cotidiana e a da massificação dos conflitos.

Esse fenômeno evidencia uma nova problemática da sociedade contemporânea: a massificação³ e homogeneização das relações jurídicas. Diariamente, são levadas diversas questões ao Judiciário, sem que este consiga resolvê-las adequadamente, não obedecendo aos primados da duração razoável do processo, da isonomia e da segurança jurídica.

A herança processualista brasileira, ainda marcada por uma sociedade individualista, característica do Código de Processo Civil de 1973, aos poucos vai dando lugar à atual sociedade contemporânea, caracterizada pela massificação dos conflitos, em que se percebe a formação de litígios multitudinários, decorrentes da propositura de ações individuais repetitivas ou seriais.

Mauro Cappelletti (1977, p. 130) acredita que:

Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais.

A partir daí, a sociedade reclama novos mecanismos jurídicos aptos a exercer a tutela processual diferente daquela tipicamente individual antes percebida. Isto é, o risco de produzir potenciais atos lesivos em massa trouxe a necessidade de ampliar a margem de proteção e o reconhecimento de outros direitos com dimensão predominantemente coletiva.

Vale ressaltar que, durante larga faixa da história recente, os direitos pautavam-se nas relações de titularidade estritamente individual, decorrentes do momento histórico em que se

³ Esses processos de massa são também conhecidos pela doutrina como “demandas seriadas, massificadas, isomórficas, coletivizadas, pseudoindividuais, macrolides, etc.” (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos indivíduos homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 22).

vivia. Hoje, os direitos ganham contornos coletivos, passando a ampliar a racionalidade do homem na proteção dos seus direitos. Mancuso (2013, p. 90) assegura que:

(...) não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela rodaviva dos grandes grupos e corporações: não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias e, como tais, normatizados.

Nesse sentido, em decorrência de diversos acontecimentos, tais como o fenômeno da globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização e a virtualização das relações jurídicas e demais fatores, houve, como explica Barbosa Moreira (1991, p. 187), perceptível crescimento e repetição dos conflitos encaminhados ao Judiciário.

Assim, esses avanços representam verdadeira massificação dos conflitos, em que as relações jurídicas são padronizadas e os indivíduos titularizam direitos muito semelhantes, refletindo-se no Judiciário diversas demandas que possuem o mesmo pedido e causa de pedir. Podem-se encontrar também demandas com causa de pedir e pedidos distintos, porém com zonas de homogeneidade, ou seja, com questões comuns⁴.

O que se vê é uma sociedade contemporânea marcada pela proliferação de questões jurídicas semelhantes, caracterizada por demandas homogêneas. Esse movimento, denominado “litigiosidade de massa”, pode ser caracterizado como uma das consequências enraizadas pela nova sociedade contemporânea.

Desta forma, o modelo tradicional de que se dispunha, de predomínio da razão eminentemente individual, não vem dando mais conta de tratar as demandas de massa, que se mostram cada vez mais complexas. Esse modelo se revela claramente insuficiente.

A massificação dos processos tem reduzido a atenção gasta pelo magistrado no momento de resolver o conflito, obrigando, necessariamente, à otimização de tempo e recursos. Essa não é uma opção que cabe aos juízes e tribunais, mas, sim, um traço marcante da sociedade de massa.

Discorrem Patrícia Mello e Luís Roberto Barroso (2016, p. 09-52) que:

⁴ Eduardo Talamini compartilha de tal posicionamento: “situações em que uma imensa quantidade de pessoas titulariza, individualmente, um direito que é na essência idêntico ao dos demais. E surgem situações em que estas pessoas têm, ao mesmo tempo, esses seus respectivos direitos ameaçados ou violados por uma conduta ou conjunto de condutas provenientes de um mesmo sujeito ou conjunto de sujeitos. Pensemos em consumidores que compraram todos um mesmo produto defeituoso; ou contribuintes numa mesma situação em face do Fisco etc.” (Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015. Revista de Processo, vol. 241, mar/2015, p. 337-358, versão digital).

O juiz tradicional, que tecia como artesão cada sentença, ficou reservado para as hipóteses excepcionais de casos com complexidades e peculiaridades que refogem ao padrão usual. Juízes nos dias atuais trabalham com assessores, modelos e fórmulas pragmáticas de atuação e construção de decisões.

Nesse sentido, para a adaptação às novas demandas de massa, seria necessário desenvolver um processo de massa.

Entretanto, foi a partir de meados do século passado que os estudos sobre direito coletivo passaram a ter enfoque constitucional, principalmente por meio de uma nova configuração constitucional que atribuía a centralidade dos direitos fundamentais ao texto legal.

A partir dessas preocupações, pôde-se finalmente positivizar os instrumentos processuais de direitos coletivos na norma jurídica, dando proteção aos interesses metaindividuais. Essa previsão passou a ser efetivada na Constituição Federal de 1988⁵.

3.1 INSTRUMENTOS DE DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já se afirmou, o Brasil deixou de pautar-se apenas na tutela individual, passando a preocupar-se com a tutela das classes ou categorias em que os indivíduos estão agrupados e em que a uniformidade no tratamento social prevalece.

O aumento de potenciais atos lesivos em massa fez com que surgissem mecanismos processuais de defesa coletiva⁶, que passariam a atuar como verdadeiro “antídoto” aos conflitos repetitivos de massa.

Antes de mais nada, é imprescindível compreender o processo de evolução legislativa brasileiro em relação aos instrumentos de defesa coletivos. Esse processo é fruto de uma longa caminhada, com origem, de um lado, no Direito Romano, pela colonização do Brasil em 1500 até a independência em 1822, tendo sofrido influência da tradição romano-germânica, e, de outro lado, nas *representative actions*, a partir do século XII na Inglaterra, passando pelas *class actions* norte-americanas, introduzidas em 1842.

Pode-se dizer que um dos primeiros mecanismos preocupados com a tendência da coletivização foi a Ação Popular trazida pela Constituição de 1934, que, embora não tivesse

⁵ A Constituição Federal estabeleceu direitos e deveres individuais e coletivos por meio do art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII e art. 129, inc. III.

⁶ É importante ressaltar aqui que não trataremos, na presente dissertação, dos mecanismos processuais coletivos de forma detalhada, exceto quando importante para o desenvolvimento do tema.

efetiva aplicação à Justiça do Trabalho (surgimento no Brasil em 1939), representou os primeiros passos para o reconhecimento do direito coletivo em nosso país.

Entretanto, nos países da *civil law*, a tendência transformadora dos mecanismos tradicionais, no intuito de resguardar e promover a tutela de direitos coletivos em face dos atos lesivos de grande escala, se deu de forma acentuada somente a partir dos anos 1970.

Isso ocorreu, principalmente, pela percepção de ser inadiável a criação de medidas destinadas a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento do número de agentes poluidores, e visando proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro num ambiente caracterizado por insistentes crises inflacionárias.

Dessa forma, impulsionou-se a edição da Ação Popular em 1965, por meio da Lei n° 4.717; a política nacional do meio ambiente, por meio da Lei n° 6.938, editada em 1981; a Lei n° 7.347; e, principalmente, a Ação Civil Pública, editada em 1985, e o Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990 por meio da Lei n° 8.078, entre outros instrumentos que moldaram nosso sistema jurídico na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Vale aqui destacar os dois últimos instrumentos em defesa dos direitos coletivos, a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, pois são verdadeiros mecanismos para a compreensão da tutela coletiva na ordem jurídica brasileira.

No Brasil, entretanto, o processo coletivo ganhou fôlego somente a partir da Constituição Federal de 1988, com destaque para a Ação Popular⁷, representação associativa⁸, Mandado de Segurança Coletivo⁹ e a legitimidade dos sindicatos¹⁰ na promoção da defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos.

⁷ Art. 5º, LXXII. “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁸ Art. 5º, XXI. “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

⁹ Art. 5º, LXX. “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

¹⁰ Art. 8º, III. “Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

O destaque para a tutela coletiva fez com que o Ministério Público ganhasse maior importância na proteção ao meio ambiente, no patrimônio público e social, e em outros interesses difusos e coletivos, com previsão no inciso III, do art. 129, da CF.

Igualmente, a Defensoria Pública passou a ser legítima no manejo das ações coletivas para a proteção dos direitos individuais e coletivos, e quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, conforme reza a redação do art. 134 da CF.

Sem contar que coube ainda à coletividade a prerrogativa de exercer a defesa do meio ambiente, com previsão do art. 225, *caput*, da CF¹¹.

Assim, o desenvolvimento da legislação coletiva em nosso país veio para contribuir com o tratamento da pulverização dos direitos individuais homogêneos¹², que se tornaram a verdadeira preocupação do processo coletivo no Brasil.

Isso porque se diz que, nos direitos individuais homogêneos, os sujeitos encontram-se interligados entre si por uma relação referencial de afinidade e homogeneidade com outros direitos individuais assemelhados e que permitam a defesa coletiva de todos.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira (1985, *on-line*), esses direitos são considerados litígios acidentalmente coletivos, em que seus titulares são pessoas determinadas e o seu objeto é divisível, portanto, referível individualmente aos vários membros da coletividade, muito embora o fenômeno possa assumir uma dimensão social, denominada pelo doutrinador de “impacto de massa”.

Essa característica coletiva e social pode decorrer do grande número de pessoas interessadas ou de repercussão na sociedade. São direitos que na sua essência são individuais, mas podem receber tratamento coletivo, tendo em vista que a proposição desses litígios de forma agrupada favorece a economia e celeridade processual, enquanto o seu tratamento de forma individual e repetitiva torna-se inviável (MOREIRA, 1985, *on-line*).

Logo, a disseminação desses direitos individualizados, que têm traços de homogeneidade entre si, é a real preocupação do atual processo coletivo, pois o que se quer é dar um tratamento mais igualitário a esse tipo de demanda, que reclama questões semelhantes e, muitas das vezes, idênticas. Ou seja, a possibilidade de tratar a tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva, buscando um resultado isonômico, em razão da sua homogeneidade.

¹¹ Art. 225, *caput*. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹² O direito individual homogêneo é considerado espécie da qual são gênero os direitos coletivos *lato sensu*. O conceito e a previsão legal estão contidos no art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC, que dispõe serem direitos individuais homogêneos “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os direitos individuais homogêneos são, na sua essência, individualizados, com o objetivo de unir várias demandas idênticas em uma única coletiva (tratadas em conjunto) para a obtenção do provimento genérico único.

Cabe ressaltar que a limitação e a brevidade da análise dos direitos individuais homogêneos se dão pelo fato de se verificar que esses direitos são, de fato, os interesses veiculados por meio das demandas de massa ou repetitivas, aqui discutidas.

Desta forma, durante anos, os instrumentos de tutela coletiva reconhecidos por lei foram os mecanismos utilizados pelos operadores do direito para dar vazão e resolver o problema dos conflitos de massa. Entretanto, o grande crescimento dessa litigiosidade em nosso país, consequência da nova sociedade contemporânea, vem impedindo que os tradicionais mecanismos coletivos, aqui já destacados, possam servir como instrumentos capazes de dirimir essas controvérsias.

Nesse sentido, a ordem jurídica precisa dispor de mecanismos processuais mais ágeis e eficientes, capazes de minimizar essa nova sistemática que envolve o julgamento de causas repetitivas.

3.2 A INSUFICIÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS NA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DE MASSA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Na sistemática atual, as ações coletivas, entre elas a Ação Popular, a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo e outros, têm se mostrado, ao longo dos anos, insuficientes para prevenir os conflitos de caráter multitudinário, principalmente quando envolvidas em demandas repetitivas.

Dados obtidos no relatório de pesquisa sobre a Tutela Coletiva no Brasil, realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário¹³, atestaram que: a) o Ministério Público é o órgão responsável pela maior incidência de ajuizamento de ações coletivas¹⁴; b) nos procedimentos judiciais e extrajudiciais, há uma participação de destaque, percentualmente elevada, referente

¹³ A pesquisa envolveu a análise de informações constantes nos bancos de dados do Ministério Público da União e dos Estados de São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Sul. Foram ainda levantados os dados existentes nas estatísticas dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Sul, bem como dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Regiões, acerca de ações coletivas em curso nesses respectivos Estados.

¹⁴ Foram, segundo a pesquisa, 12.216 ações civis públicas efetivamente ajuizadas pelo Ministério Público de São Paulo, equivalentes ao período de janeiro de 2002 a junho de 2006, 520 pelo Ministério Público do Mato Grosso, correspondentes aos anos de 2001 a 2005, e 6.005 pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, referentes aos anos de 2000 a 2005.

à tutela coletiva do meio ambiente¹⁵ e da moralidade administrativa¹⁶; c) há perceptível oscilação no tempo médio de tramitação das ações civis públicas em cada um dos órgãos consultados; d) o número de Ações Civis Públicas ajuizadas, em relação ao acervo geral de demandas ajuizadas por estado, é quase insignificante (Cebepej, 2007, *on-line*).

Isso demonstra, primeiramente, que, dos legitimados ao ajuizamento das ações coletivas – sindicatos, associações, pessoas jurídicas de direito público e outros –, poucos têm feito uso dos instrumentos coletivos, já que o Ministério Público se destaca consideravelmente. Só na Justiça Estadual do Mato Grosso, a pesquisa revela que 77,65% das ações civis públicas ajuizadas no período considerado tiveram como autor o órgão ministerial (Cebepej, 2007, *on-line*).

O estudo evidencia que esse quadro é bastante diferente na Argentina, por exemplo, onde os órgãos estatais, equivalentes ao Ministério Público brasileiro, alcançam percentual de atuação nas ações coletivas de 18%, valendo destacar os principais autores desse tipo de ação, que são ONGs, com 36%, e particulares, com surpreendentes 41% (Cebepej, 2007, *on-line*).

Sublinhe-se também que a tutela coletiva tem sido um instrumento relevante para os procedimentos ligados ao meio ambiente e à moralidade administrativa, ao contrário do que ocorre em relação a outras matérias, em que se vê grande incidência de ações individuais, que poderiam ser pleiteadas na modalidade coletiva.

Ainda segundo os dados da pesquisa (Cebepej, 2007, *on-line*), verifica-se que o tempo médio de tramitação das Ações Civis Públicas no primeiro grau, considerando os Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul, foi, respectivamente, de 31 meses e 13 meses. Em relação ao tempo de duração no segundo grau, foram obtidas as informações apenas do Tribunal gaúcho, que apontou tempo médio de tramitação de 8,6 meses nos últimos cinco anos.

Esse tempo de duração pode também oscilar, dependendo do resultado final do julgamento, sendo o seguinte: homologação de acordo (18 meses); extinção sem julgamento de mérito (30,2 meses); procedência total (36,9 meses); improcedência (45,6 meses) e procedência parcial (50 meses). Esses dados foram fornecidos apenas pelo Tribunal do Mato Grosso (Cebepej, 2007, *on-line*).

¹⁵ No caso do Estado de São Paulo, há uma ação prioritária na esfera do meio ambiente, habitação, urbanismo e patrimônio histórico (42%), seguida pelas ações nos campos da improbidade administrativa (37%), infância e juventude (9%), consumidor (7%) e cidadania (5%).

¹⁶ Já no Estado de Mato Grosso, verificou-se prioridade de incidência do tema de improbidade administrativa, que respondeu por 60% de todas as ACPs, seguido por ações que envolvem meio ambiente (25%), cidadania (8%), consumidor (4%) e infância e juventude (3%).

Isto sem contar, contudo, que o total de Ações Civis Públicas no Mato Grosso representa apenas 0,15% de todos os processos ajuizados naquele Estado. Já no Estado do Rio Grande do Sul, alcançou-se a insignificativa marca de 0,01% (Cebepej, 2007, *on-line*).

Embora o campo de pesquisa esteja restrito aos Estados de São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Sul, a pesquisa revela que o Brasil sofre ainda grande influência de concepção estritamente individualista e que há lacunas e incoerências na legislação que regula o processo coletivo no país, o que dificulta o avanço e a disseminação dessas demandas.

Para exemplificar essa problemática, vale lembrar uma grande questão que tomou corpo perante o Judiciário por volta do período de 2004-2005, quando um movimento coletivo questionou as tarifas de assinatura residencial cobradas pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

A questão desdobrou-se, ao mesmo tempo, em milhares de ações individuais, ajuizadas, em sua maioria, nos juizados cíveis, com o objetivo de obter a declaração de invalidade da referida tarifa. De outro lado, desdobrou-se, também em busca do mesmo objetivo, em diversas ações coletivas¹⁷, de iniciativa tanto do Ministério Público (estadual e federal), quanto de associações legitimadas.

Ao final, aproximadamente 94 mil ações individuais com objetivo idêntico ao das ações coletivas foram ajuizadas. Só nos juizados especiais cíveis de São Paulo, correram cerca de 52 mil ações¹⁸, levando esse órgão especializado quase à falência operacional.

Essas ações se caracterizam por produzir em larga escala situações jurídicas homogêneas e servem para gerar informações importantes acerca da ineficácia das ações coletivas no Brasil, principalmente no trato de demandas repetitivas que versem sobre a mesma questão.

Nessa mesma linha, o relatório de pesquisa sobre a Tutela Coletiva no Brasil, realizada pelo Cebepej (2007, *on-line*), aponta que o processo coletivo se mostrou incapaz de processar racionalmente o volume expressivo de ações coletivas (e também individuais) ajuizadas, tendo sido incapaz de levar a efeito um dos principais objetivos do processo coletivo: evitar o ajuizamento de milhares de ações individuais repetitivas.

A mesma pesquisa indica como fatores preponderantes para esse insucesso: a) inexistência de tratamento expresso pela lei quanto aos critérios de litispendência no plano coletivo; b) dúvida quanto à interpretação das regras de competência para ações no plano

¹⁷ No caso, foram ao todo 26 ações civis públicas, com trâmite em diversos juízos distintos.

¹⁸ Dados obtidos da Folha de São Paulo, quinta-feira, 13 de janeiro de 2005, pelo *site*: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi1301200515.htm>. Acesso em 27.11.2016, às 12h38.

coletivo, especialmente aquelas com abrangência estadual ou nacional e os casos de competência concorrente; c) dúvida quanto à abrangência territorial das sentenças em cada caso concreto, o que gera, conseqüentemente, o ajuizamento de ações multiplicadas em diversas localidades; d) existência de dúvida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto aos critérios e hipóteses de reunião de ações coletivas com objeto semelhante, em casos como o analisado (Cebepej, 2007, *on-line*).

Para tanto, o referido relatório (Cebepej, 2007, *on-line*) aponta a necessidade imediata de medidas legislativas que consolidem a forma de tramitação do processo coletivo, garantindo mais homogeneidade no trato dessas ações, assegurando que demandas coletivas e individuais versando sobre a mesma questão possam ser tratadas em um mesmo plano.

Nessa linha, defende Cunha (2011, p. 256-258) que a tutela dos direitos coletivos tem encontrado problemas principalmente com a “(...) falta de representatividade dos legitimados, por sua inadmissão para a defesa de determinados direitos ou mesmo em razão da restrição da eficácia subjetiva e territorial da coisa julgada nas ações coletivas”.

Cabral (2007, p. 125), seguindo o mesmo raciocínio, defende que o processo coletivo brasileiro tem trazido alguns obstáculos práticos, principalmente no que diz respeito à legitimidade extraordinária e à extensão da coisa julgada.

Isso demonstra algumas fragilidades do sistema coletivo brasileiro, a começar pelos membros individuais do grupo que não serão atingidos pela coisa julgada em uma ação coletiva de improcedência. Além disso, pode o titular do direito material postular ação individual própria, mesmo que tenha sido instaurado um processo coletivo. Logo, não são projetados os efeitos da decisão coletiva para fora do processo. Esse alcance somente é possível caso o autor do processo individual requeira a suspensão da sua demanda e se a ação coletiva for favorável.

Acresce ainda a inabilidade dos jurisdicionados em relação ao manejo do processo coletivo, a falta de incentivos aos legitimados para a propositura de ações coletivas, a herança individualista do povo e a falta de modernização dos instrumentos coletivos, que, certamente, são elementos contribuintes para o insucesso dessas ações no Brasil.

Tais fatores estimulam uma verdadeira pulverização de demandas individuais e repetitivas, impedindo a aglutinação das mesmas em uma única demanda coletiva para serem tratadas de maneira uniforme. Não havia até então no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal para os casos de ajuizamento e trâmite concorrente de uma multiplicidade de ações coletivas e individuais versando sobre a mesma matéria.

O curso das ações individuais durante a pendência de ação coletiva ligada à mesma questão tem sido um verdadeiro entrave no trato da litigiosidade de massa, já que tende a gerar um acúmulo de trabalho e alimenta o risco de se produzirem decisões contraditórias, afetando os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

De fato, com o crescimento rápido da sociedade moderna, marcado pelo consumo de massa, cresce a preocupação em criar e estabelecer aparatos viáveis ao tratamento desse tipo de conflito, entregando ao jurisdicionado a tão esperada efetividade processual e, conseqüentemente, garantindo o acesso à justiça.

Assim, verifica-se que as ações coletivas têm falhado na missão pacificadora, não conseguindo conter a multiplicação das ações promovidas no Judiciário, principalmente daquelas originadas pela mesma questão fático-jurídica.

Para Cunha (2011, p. 256-258), a coleção de resultados frustrantes no tratamento da litigiosidade de massa não aconteceu somente no Brasil. Há países, como Inglaterra e Alemanha¹⁹, onde as ações coletivas não têm reduzido ou desestimulado o ajuizamento de ações repetitivas.

No caso da Inglaterra, as *representative actions*, espécie de ação coletiva, são pouco utilizadas, tendo em vista que o termo “interesses comuns” é interpretado restritivamente, frustrando a utilidade da regra para resolver os conflitos coletivos.

Na Alemanha não é diferente, pois a tutela jurisdicional coletiva também é tratada como exceção, já que se dá privilégio à tutela de direitos individuais. A cultura do ordenamento jurídico alemão dificilmente adota a ideia de progresso social via ações coletivas e de massa (KOCH, 2004. p. 113).

Diante da problemática apresentada, estudiosos no tema vêm tentando desenvolver técnicas processuais propícias ao processamento e julgamento de demandas repetitivas, como ocorreu na Inglaterra, na Alemanha e recentemente no Brasil.

¹⁹ Diferentemente desses países em que as ações coletivas não deram muito certo, os EUA têm experiência bastante diferente, na medida em que as *class actions for damages* podem ser consideradas um instrumento eficaz para combater os litígios de massa (CONSOLO, Claudio. RIZZARDO, Dora. Due modi di mettere le azioni collettive ala prova: Inghilterra e Germania. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. V. 60. n. 3. p. 892. Milano: Giuffrè, set., 2006 apud CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2016).

3.3 TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA O TRATO DA LITIGIOSIDADE DE MASSA: MODELOS ALEMÃO E INGLÊS

Como se viu em linhas anteriores, as ações coletivas não vinham conseguindo estancar a litigiosidade de massa. Tanto é que uma pesquisa realizada pelo Cebepej em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário detectou que os mecanismos de tutela coletiva em nosso país não conseguem dar conta do volume de ações coletivas e individuais ajuizado.

Tal questão se estende também a outros países que enfrentaram a mesma problemática das ações coletivas e que empenharam esforços para desenvolver mecanismos aptos a tratar as causas repetitivas, que têm sido o grande entrave da sociedade contemporânea.

No caso da Alemanha e Inglaterra, já é possível identificar instrumentos para o combate das demandas de massa, conhecidos como “Procedimento Modelo” ou “Procedimento-Padrão” (*Musterverfahren*) e “Ordem de Litígio em Grupo” (*Group Litigation Order* – GLO).

O estudo comparado dos procedimentos alemão e inglês se faz necessário tendo em vista, primeiramente, que suas preocupações para a criação de tais aparatos têm sido muito similares às vivenciadas no Brasil, ou seja, uma alternativa às ações coletivas; e, em segundo lugar, porque a regulamentação dos dois instrumentos (*Musterverfahren* e *Group Litigation Order* – GLO) se aproxima do novo sistema para o trato das demandas repetitivas em nosso país (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), que será detalhado no capítulo seguinte.

3.3.1 Do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*)

3.3.1.1 Evolução Histórica

O instrumento criado na Alemanha em 1991, conhecido como “Procedimento-Modelo” (*Musterverfahren*), tem como objetivo a resolução coletiva de conflitos de massa do país. Por meio da técnica, o juízo, de ofício ou por requerimento do autor ou réu, solicita a instauração de um incidente processual coletivo, a fim de ser produzida uma decisão-modelo que atinja e resolva uma quantidade significativa de ações que estejam pleiteando a mesma questão.

O instrumento fora criado inicialmente apenas para atuação no âmbito da Justiça Administrativa, porém, em 2005, a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para Investidores em Mercado de Capitais (KapMuG) previu o cabimento do incidente coletivo no âmbito das controvérsias do mercado mobiliário (CAPONI, 2007, p. 1250).

Como relata Mendes (2014, p. 123), entre 1999 e 2000, uma grande quantidade de demandas individuais foi ajuizada na Alemanha (Frankfurt) em face da empresa Deutsche Telekom. O caso ficou conhecido mundialmente, pois essa empresa teria produzido informações incorretas, gerando prejuízos aos mais de 3 milhões de investidores acionistas.

Após os escândalos sem precedentes, aproximadamente 12 mil ações individuais foram ajuizadas somente no Landesgericht de Frankfurt, com o objetivo de serem ressarcidos os supostos prejuízos sofridos pela empresa. O problema era tamanho que o presidente da Câmara de Direito Comercial do Landesgericht, órgão que julgava essas demandas, defendia que o colegiado levaria ao menos 15 anos para eliminar o contencioso gerado pelo famoso caso “Telekom” (CAPONI, 2007, p. 1251).

O grande número de ações gerou demora demasiada no julgamento das mesmas e, conseqüentemente, diversas reclamações foram parar na Corte Constitucional alemã (BVerfG), sob alegação de violação à razoável duração do processo (CAPONI, 2007, p. 1251).

Os recursos recebidos pela Corte foram negados, entretanto o Tribunal Constitucional recomendou a utilização do instituto do Procedimento-Modelo no julgamento daquelas demandas repetitivas, em busca de maior celeridade na prestação jurisdicional.

Cavalcanti (2016, p. 59) relata que, tempos mais tarde, o legislador alemão resolveu editar a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (KapMuG), prevendo o cabimento do incidente de resolução coletiva de conflitos de massa exclusivamente para o trato das controvérsias do mercado mobiliário.

Essa lei foi tão bem recebida no ordenamento jurídico alemão, que teve vigência temporária com início em 01.11.2005 e previsão de término inicialmente em 01.11.2010. Ocorre, porém, que o período de vigência foi prorrogado, com algumas alterações na lei, mantendo seu caráter temporário e sua derrogação somente em 01.11.2020.

A valorização do incidente coletivo de massa alemão foi reforçada em 2008, quando o legislador buscou inserir o instrumento também no âmbito do Poder Judiciário para tratar dos conflitos envolvendo a previdência e a assistência social.

O sucesso da introdução do mecanismo de combate ao litígio de massa foi tanto, que:

(...) o ministro da Justiça alemão confirmou que o governo federal alemão estava estudando a possibilidade de o *Musterverfahren* ser introduzido em outras áreas do direito, principalmente em relação aos litígios massificados decorrentes de danos pessoais e/ou de responsabilidade do produto. (BROCK; REKITT, *apud* CAVALCANTI, 2016, p. 59).

Em outras palavras, explica Cavalcanti (2016, p. 60) que o que se pretendia não era somente um alargamento da KapMuG, mas também o cabimento do *Musterverfahren* para a resolução coletiva de outros tipos de litígios de massa ocorridos no âmbito da jurisdição alemã. Atualmente, o sistema alemão conta com apenas três previsões legislativas para o cabimento do *Musterverfahren*: a) o § 114^a da Lei dos Tribunais Sociais (SGG); b) o art. 93 do Código da Justiça Administrativa (VwGO); (c) a nova Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para Investidores em Mercado de Capitais (KapMuG).

Por se tratar de um procedimento mais complexo que os demais, é necessário analisar, mesmo que brevemente, o procedimento do *Musterverfahren* nas controvérsias decorrentes do mercado mobiliário.

3.3.1.2 Do Procedimento do *Musterverfahren* no âmbito das controvérsias do Mercado de Capitais (KapMuG)

O incidente coletivo alemão pode versar sobre questões tanto fáticas como jurídicas que tratem, na sua essência, de pretensões indenizatórias e condenatórias voltadas a resguardar os investidores em mercado de capitais.

Segundo disciplina Antonio do Passo Cabral (2007, p. 132), a aplicação do *Musterverfahren* no direito alemão é restrita, tendo como fim:

(...) estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas.

Ensina também o autor (CABRAL, 2007, p. 132-143) que o Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) pode ter início com o pedido expresso tanto do autor, quanto do réu, quando identificar escopo coletivo. Não há possibilidade de o juiz de origem ou o Tribunal realizar a instauração de ofício.

Assim, o pedido de instauração deve ser dirigido ao próprio juízo de primeira instância em que tramitam as ações individuais, demonstrando a controvérsia que se pretende questionar, voltada ao mercado de capitais.

Deve ainda conter no requerimento “uma descrição detalhada de todas as provas que pretende utilizar para fundamentar suas afirmações e demonstrar que a decisão sobre o pedido de instauração do *Musterverfahren* terá reflexo em casos semelhantes” (CAVALCANTI, 2016, p. 65).

Realizado o pedido de formação do incidente, o magistrado, em até seis meses, se manifestará sobre o incidente, no qual, sendo admitido, dará publicidade sobre sua formação, necessariamente realizando a publicidade de tal ato em cadastro eletrônico público e gratuito. Vale ressaltar ainda que os demais pedidos para formação do incidente serão igualmente registrados de forma conjunta, com o objetivo de otimizar seu julgamento.

Para a formação do respectivo incidente deverá, necessariamente, durante seis meses, haver outros nove requerimentos com o mesmo objetivo. Caso contrário, haverá a rejeição da instauração do incidente.

Havendo o cumprimento de tais requisitos, o juízo que recebeu por primeiro o pedido de formação do Procedimento-Modelo decidirá sobre o referido requerimento, remetendo o pedido a um tribunal ou instância de hierarquia superior, sendo esta decisão irrecorrível. Em outras palavras, para Cabral (2007, p. 134), ao juiz de origem fica a incumbência de definir a amplitude do mérito do incidente coletivo, cabendo ao tribunal de segunda instância a competência para julgá-lo.

Chegando o requerimento de instalação do *Musterverfahren* ao tribunal, este proferirá uma decisão de mérito quanto à formação ou não do incidente, cabendo ainda a suspensão de ofício de todos os processos relativos a tal discussão em trâmite nos juízos inferiores, independentemente de ter havido pedido de instauração do Procedimento-Modelo.

A única forma de não ser atingido pelos efeitos da decisão proferida nos autos do incidente coletivo é entrar com o pedido de desistência da demanda individual, já que não há possibilidade de pedir simples exclusão (*opt-out*).

Em seguida, deverá ser escolhido um líder para os autores e outro para o réu²⁰, devendo estes funcionar como interlocutores com o Tribunal. Isto não exclui a possibilidade de participação dos demais litigantes não escolhidos, já que continuam sendo considerados

²⁰ Em que pese a KapMuG não ter um procedimento-padrão para a escolha dos líderes, é importante observar, principalmente, se o autor principal tem representatividade adequada para defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa.

partes do procedimento, podendo intervir no processo, acrescentando argumentos para a tutela de seus interesses, embora desempenhem um papel menor que o dos líderes.

Assegura Cavalcanti (2016, p. 72) que a decisão de escolha dos líderes é irrecorrível, entretanto, caso reste comprovado que aquele selecionado não tem condições de representar adequadamente os interesses da coletividade, o mesmo poderá ser exonerado.

Da decisão do julgamento para a instauração do Procedimento-Modelo é cabível recurso, porém é necessário preencher requisitos específicos. Vale ressaltar ainda que, caso os líderes dos autores ou réus não recorram, outros líderes poderão ser nomeados para isto.

Após o trânsito em julgado da decisão, os processos individuais seguem suas pretensões isoladamente, como se fosse uma espécie de liquidação e execução do que fora decidido no Procedimento-Modelo.

A comunicação da decisão-modelo deve ser feita por edital, com publicação nos órgãos oficiais.

Podem ainda as partes chegar a um acordo. O autor principal e os réus principais deverão formalizar por escrito uma proposta de acordo e apresentá-la para análise do Tribunal, que poderá, em seguida, aprovar, proferindo decisão a ser obrigatoriamente comunicada às partes, ou não aprovar, sugerindo às partes que apresentem nova proposta de acordo.

As partes serão comunicadas, no caso de aprovação da proposta, de que poderão exercer o direito de autoexclusão na hipótese de não aderirem aos termos do acordo celebrado. Cabe lembrar que o acordo não terá eficácia caso mais de 30% (trinta por cento) das partes interessadas apresentem pedido de autoexclusão.

Após o julgamento do mérito do incidente coletivo, o autor principal, o réu principal e as partes interessadas podem ainda apresentar recurso (*Rechtsbeschwerde*) em face da decisão-modelo.

3.3.2 Da Ordem de Litígio em Grupo (*Group Litigation Order* – GLO)

3.3.2.1 Evolução

Quando entrou em vigor o Código de Processo Civil (*Civil Procedure Rules*) na Inglaterra, por volta de 1999, o direito processual civil inglês ainda não tinha nenhum instrumento capaz de lidar com os litígios coletivos. Possuía, tão somente, a pouco utilizada

Order 15, Rule 12, que previa o cabimento das *representative actions*, ou seja, ação representada por grupo de pessoas com os mesmos interesses comuns²¹.

De acordo com Andrews (2012, p. 561), na Inglaterra se utilizava com maior frequência, como instrumento para o trato da tutela jurisdicional coletiva, a *Order 15, Rule 4* e a *Order 4, Rule 9*, que cuidavam do “litígio consolidado” (*consolidated litigation* ou *ordinary joinder of co-claimants*). Entretanto, tal solução era tida como inviável para o tratamento da questão, sobretudo porque, além de não envolver grande quantidade de pessoas, era utilizada “quando dois escritórios de advocacia representassem os mesmos grupos relevantes dos réus e autores a ser aplicado se os processos já estivessem em andamento” (WOOLF, *apud* CAVALCANTI, 2016, p. 72).

Assim, os instrumentos antes existentes não têm conseguido promover adequada e eficientemente a tutela coletiva, o que impulsionou a necessidade de estabelecer uma nova regulamentação.

Um passo importante foi dado com os estudos do juiz Lord Woolf, que, por meio de seus relatórios sobre acesso à justiça, elaborados em 1995 e 1996, desvendou que “o tratamento dado à tutela jurisdicional coletiva na Inglaterra vinha, até aquele momento, causando enormes problemas para o sistema de justiça civil inglês” (WOOLF, *apud* CAVALCANTI, 2016, p. 83).

Woolf (*apud* CAVALCANTI, 2016, p. 83) afirmava que no sistema jurídico inglês não existia nenhum mecanismo de tratamento da tutela coletiva, motivo pelo qual propunha a criação de novos instrumentos para viabilizar o tratamento coletivo adequado que garantisse amplo acesso à justiça, produzindo uma solução rápida e eficaz para o conflito e, ao mesmo tempo, permitindo o equilíbrio entre autor e réu para litigar individual ou coletivamente a proteção do seu direito.

O relatório do juiz Woolf, além de apresentar sugestões como a certificação de que determinada ação configura situação jurídica coletiva, ressaltou que se devem considerar questões de fato e de direito comuns, mas não obrigatoriamente idênticas. Ou seja, reconhecida a dimensão coletiva do conflito por iniciativa das próprias partes, a matéria seria encaminhada com maior rapidez à tutela jurisdicional (WOOLF, *apud* CAVALCANTI, 2016, p. 85).

²¹ *Representative proceedings* (O. 15, r. 12) 12. – (1) Where numerous persons have the same interest in any proceedings, not being such proceedings as are mentioned in Rule 13, the proceedings may be begun, and, unless the Court otherwise orders, continued, by or against any one or more of them as representing all or as representing all except one or more of them. Disponível em: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Singapore_Legislation.pdf. Acesso em 15/12/2016 às 12h10.

Além do mais, Woolf (*apud* CAVALCANTI, 2016, p. 85) apontava como situação de litígio coletivo aquela em que houvesse dez ou mais processos contra uma ou mais partes, que os processos deveriam ter circunstâncias ao menos semelhantes e que deveria haver um número considerado de demandas suscitando questões comuns de fato e de direito.

Foi premido por essas mudanças no cenário jurídico inglês que o Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure* – CPR) estabeleceu um verdadeiro tratamento coletivo dos litígios, apoiado nos estudos e apontamentos do juiz Lord Woolf.

A partir de então, discorre Andrews (2012, p. 259) que a Inglaterra passou a ter dois mecanismos práticos para lidar adequadamente com os litígios coletivos: as *representative actions* (processos por representação) e a *Group Litigation Order* – GLO (ordem de litígio em grupo).

A primeira está ligada a tradicionais ações coletivas, semelhante à *class actions* do direito americano. Já a segunda, a que mais interessa a esta dissertação, está relacionada a uma espécie de incidente processual de resolução coletiva de conflitos de massa.

O *Group Litigation Order* (GLO), sendo o mecanismo mais importante para a tutela coletiva do direito inglês, merece breves comentários a respeito do seu procedimento.

3.3.2.2 Do Procedimento do *Group Litigation Order* (GLO)

Tem previsão na *Rule* 19:10 até 19:15 e na *Practice Direction* 18 B das *Rules of Civil Procedure* (CPR), o Código de Processo Civil do direito inglês. Na prática, deve o Tribunal observar o risco de se produzir potencial multiplicação de demandas individuais que versem sobre a mesma “questão de ordem de litígio em grupo” (GLO).

Assim, por meio de uma decisão judicial é possível instaurar o respectivo incidente para o trato do conflito de massa. Isto não descarta a possibilidade de o incidente também ser instaurado a pedido das partes.

Diferentemente do Procedimento-Modelo alemão, no GLO inglês não se exigiu expressamente um número mínimo de requerimentos ou demandas para a instauração, bastando que se identifique, como critério subjetivo, que há a possibilidade de gerar a multiplicação de conflitos de caráter homogêneo (fático-jurídico). Isto para que o Tribunal possa julgar em bloco a maior quantidade de demandas semelhantes possíveis, evitando a pulverização pelo Judiciário.

Ressalte-se que, caso haja mais de um interessado em instaurar o incidente de resolução de demandas de massa, deve-se, segundo Consolo e Rizzardo (*apud*

CAVALCANTI, 2016, p. 72), escolher para atuar na fase de admissibilidade e julgamento um advogado principal (*lead solicitor*).

É importante lembrar, que a *Group Litigation Order* (GLO) deve atuar somente quando não for possível tratar de determinado conflito por meio de outro instrumento processual disponível para a tutela coletiva em questão. Em outras palavras, o respectivo incidente deve ter caráter subsidiário, não servindo como palco principal para as ações de grupo.

Após aprovada a instauração da ordem de litígio em grupo, deve ser dada ampla divulgação e publicidade do litígio, com o objetivo de agregar o maior número possível de pessoas para o julgamento do incidente.

Durante a tramitação da ordem de litígio em grupo, todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia devem ser encaminhados ao Tribunal gestor competente, suspendendo ainda a tramitação de todos os respectivos processos até o julgamento efetivo do incidente.

Para Cavalcanti (2016, p. 91), após a concessão da ordem de litígio em grupo, o Tribunal cria e mantém um cadastro coletivo (*the group register*), sendo inseridas todas as informações relativas aos casos que foram objeto de análise no incidente.

Para que as pessoas possam fazer parte do julgamento da demanda coletiva, devem, obrigatoriamente, expressar sua intenção por meio da inclusão no cadastro coletivo. Ou seja, a decisão de mérito somente emana efeitos vinculantes para aqueles que fizerem requerimento de autoinclusão (*opt-in*).

Por óbvio, o requerimento de inclusão somente será convalidado se houver ao menos uma das questões comuns de fato ou de direito que o incidente pende a decidir.

Ensinam Consolo e Rizzardo (*apud* CAVALCANTI, 2016, p. 93) que o Tribunal gestor, formado por um grupo de três juízes, será o responsável pelo gerenciamento das demandas repetitivas e também pelo julgamento do mérito do incidente coletivo.

Assim, após o julgamento das ações-modelo pelo Tribunal gestor, este resolverá também as questões comuns de fato e de direito, o que terá o condão de gerar impacto no julgamento de outras ações individuais já inseridas no cadastro coletivo.

Portanto, como explica Cavalcanti (2016, p. 95), a decisão proferida pelo Tribunal gestor tem efeito vinculante em relação às outras demandas que estavam devidamente registradas no cadastro coletivo.

Poderá, ainda, qualquer das partes que se sentir prejudicada se valer de recurso para atacar, anular ou suspender os efeitos da decisão do incidente. Esse direito somente pode ser

exercido pela parte que já se encontrava registrada no cadastro coletivo antes mesmo de o Tribunal gestor proferir a decisão das ações-modelo.

Pode-se dizer, então, que a *Group Litigation Order* (GLO) é uma espécie de incidente de resolução coletiva de conflitos de massa, tendo como características: a) a aprovação da GLO é feita pelo Tribunal; b) diferentemente do modelo das *representative actions*, exige-se, para participação na GLO, o requerimento expresso da parte (*opt-in*); c) o membro do grupo é titular de determinada cota do grupo e também do *status* geral de parte do processo; d) é o Tribunal gestor que exerce a administração e julgamento do incidente; e) os efeitos da decisão das questões comuns atingem o grupo; f) as custas são repartidas entre os membros dos grupos e decorrem das questões comuns (CAVALCANTI, 2016, p. 96).

3.4 ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM BUSCA DO APERFEIÇOAMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS DE MASSA

3.4.1 A inaptidão dos meios tradicionais

Viu-se anteriormente que tratar das demandas de massa não tem sido tarefa simples na nova conjuntura contemporânea. Não só o Brasil, mas outros países vêm constatando a inaptidão das ações coletivas no tratamento da litigiosidade em decorrência do volume frenético de demandas individuais homogêneas. Nesse sentido, muitos processos têm sido resolvidos de forma individualizada, por meio de milhares de ações cotidianamente ajuizadas que versam sobre a mesma questão jurídica.

Após identificar tal problema, países como Alemanha e Inglaterra se valeram da evolução legislativa para dar tratamento diferenciado às demandas coletivas de massa que assombravam o Judiciário.

A solução encontrada foi desenvolver um novo mecanismo processual apto a tratar e resolver milhares de ações idênticas ou semelhantes, em bloco, satisfazendo assim a celeridade processual, a isonomia no trato das questões e a segurança jurídica aos jurisdicionados.

No Brasil, o trâmite não foi muito diferente. Em que pese a legislação pátria estabelecer enorme rol de ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos (Ação Civil Pública, *Habeas Data* Coletivo, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança),

tais instrumentos não foram suficientes para conter o avanço avassalador e multiplicador das demandas de massa, que se pulverizaram e disseminaram por meio de ações individualizadas.

A questão vem gerando verdadeira problemática para o Judiciário, uma vez que superlota as prateleiras dos tribunais, resultando na ineficácia do setor para a resolução dos conflitos.

Além disso, cresce a insatisfação dos usuários da justiça, pois esta carece a todo momento de mecanismos que busquem uma resolução efetiva, justa, segura, isonômica e previsível e, acima de tudo, que respeite a duração razoável do processo, preceitos estes esculpados no texto constitucional.

De acordo com o relatório “Justiça em números 2016” divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 42), o Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação. Isto significa que o estoque de processos aumentou em 1,7 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior e continua aumentando desde o ano de 2009.

Os dados divulgados pelo CNJ alertam para a crise²² que atravessa nosso sistema de justiça, que tem limitações muito claras e produz resultados escassos, o que realça a incapacidade e as deficiências judiciárias. Como é sabido, demandas se multiplicam ano após ano e de modo exponencial nas diversas cortes.

O que se percebe é que o Judiciário vem enfrentando dificuldades para comportar todas as demandas existentes, já que o modelo tradicional de jurisdição carrega consigo excessiva judicialização e conflituosidade.

No entendimento de Bottini (2007, p. 92), as principais razões para a morosidade da justiça indicam a excessiva litigiosidade advinda da judicialização da vida cotidiana, decorrente da necessidade de muitos atos do dia a dia serem levados à homologação judicial, visto que não há uma cultura que valorize a solução amigável dos conflitos.

Tal situação acarreta maior potencialização dos conflitos de massa, que tomam conta do Judiciário brasileiro e que acabam por minar a capacidade do setor de regular e solucionar os conflitos, dando claros sinais de esgotamento, o que compromete o valor das bases democráticas em que se assenta.

²² Neste ponto, é importante dizer a que noção de crise se está fazendo referência, uma vez que no cenário brasileiro atual falar em crise se tornou um inevitável lugar-comum, tendo em vista a incompatibilidade entre as complexas relações sociais e as estratégias hegemônicas atuais. Assim, o fio condutor da presente discussão tem como fundamento o fato de que uma crise não é concebida exatamente da mesma forma em áreas diversas. Por isso, crise em filosofia, crise em história das ciências, em medicina, em psiquiatria ou em economia são coisas diversas. Entretanto, existe um conjunto de traços comuns a toda crise. Por isso, “a crise aparece então como um momento no qual se inicia o jogo do par de oposição continuidade/ruptura” (ARNAUD, 1991, p. 171).

Isso porque o processo civil brasileiro foi construído, inicialmente, para resolver conflitos eminentemente individuais. Essa é uma das heranças processualísticas marcadas pelo Código de Processo Civil de 1973²³, disposto a resolver o famoso litígio “Caio *versus* Tício”.

É perceptível que o sistema processual tradicional, circunscrito pelos conflitos de natureza estritamente individual, não mais se adéqua a tutelar os conflitos contemporâneos caracterizados pela repetitividade.

Nessa mesma linha, Mauro Cappelletti (1988, p. 49-50) assegura que essa concepção tradicional do sistema processual não dá margem à efetiva proteção dos direitos difusos, já que “o processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais” (CAPPELLETTI, 1988, p. 49-50).

O processo tradicional estritamente individualizado e inadequado é também citado pelo ilustre autor José Carlos Barbosa Moreira (1985, *on-line*):

Os esquemas tradicionais e os meios ordinariamente previstos para a solução de conflitos de interesses parecem aí, com frequência, inadequados ou insuficientes. Não são poucas as questões que, postas em relação a tais temas, passam a revestir feição peculiar, e por isso mesmo a exigir tratamento específico, diverso daquele a cujo emprego se acostumaram os juristas, no campo do processo e alhures.

Sofia Temer (2016, p. 33) aponta ainda duas causas para evidenciar a insuficiência do sistema jurídico processual, que passa tanto pela inadequação na perspectiva do seu procedimento ordinário, quanto pela própria estruturação do sistema judiciário.

De um lado, o procedimento não é, em regra, adequado, porque foi ordinariamente estruturado visando a uma completa e ampla cognição acerca de questões particulares, sobretudo de natureza fática, com o objetivo de entregar uma decisão para cada caso concreto. O processo, na sua modelagem tradicional, foi pensado para que houvesse atividade jurisdicional singularizada, individualizando-se uma norma para cada caso, para cada conflito, e não para que houvesse aplicação uniforme do direito.

De outro, considerando-se o sistema numa perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que a estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o país, sendo deficiente a análise e o

²³ “As normas que disciplinam o processo civil brasileiro foram inspiradas no paradigma liberal da litigiosidade, estrutura de forma a considerar *única* cada ação, retratando um litígio específico entre duas pessoas. Em outras palavras, o processo civil é, tradicionalmente, individual, caracterizando-se pela rigidez formalista” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. Vol. 179, jan/2010, versão digital).

tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual (TEMER, 2016, p. 33).

Essa problemática traz ainda uma questão de extrema importância, pois a má prestação jurisdicional ou a falta dela – o que tem acontecido com os conflitos de massa – acarretam a ineficiência da tutela dos direitos constitucionais, logicamente pela ausência de atuação processual efetiva (GRECO, 2005, p. 225).

Teresa Arruda Alvim (1994, p. 273) já ressaltava a necessidade de abandonar os meios tradicionais e buscar soluções mais viáveis para resolver os problemas de uma sociedade que evoluiu e clama por novos mecanismos processuais:

Assim, só uma mentalidade de certo modo “conformada” com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e, portanto, entender esse novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante da sociedade do nosso tempo.

Desta forma, é perceptível que a concepção processual ordinária já não logra êxito, evidenciando verdadeira deficiência, principalmente na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

A consagração da tutela coletiva em âmbito nacional e o reconhecimento desses direitos conferidos por lei fizeram com que houvesse verdadeira transformação no direito processual, antenado com os novos contornos coletivos. Por conta disso, pensou-se, em determinado momento, que o processo coletivo, por meio dos instrumentos de defesa coletiva expressos no texto legal, fosse capaz de resolver as demandas de massa que vão além daquela relação tradicional individualista. Até porque o processo coletivo foi desenvolvido pensando-se em dar um desfecho satisfatório aos litígios emergentes da sociedade contemporânea.

Entretanto, o que se viu foi uma atuação fracassada diante da perspectiva de estancar e resolver os conflitos repetitivos, que se multiplicaram desenfreadamente no sistema jurídico brasileiro.

Nos ensinamentos de Temer (2016, p. 35), essa ineficiência do processo coletivo revela claramente um verdadeiro vazio de normatividade, na medida em que não havia um instrumento processual adequado para ocupar a fragilidade do sistema jurídico brasileiro na tutela dos direitos individuais homogêneos.

Para Sica (2014, *on-line*), com uma ineficiente tutela coletiva é inviável pensar em estímulo para que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual. O fracasso do

processo coletivo acaba por surtir o efeito inverso, pois o jurisdicionado acaba optando por demandar individualmente, sabendo das deficiências do sistema jurídico de tutela coletiva.

Assim, atualmente, um dos primordiais desafios da justiça em relação às demandas de massa tem sido desenvolver, viabilizar e concretizar direitos que promovam ao processo maior celeridade, que deem um tratamento uniforme às questões comuns e que promovam a segurança jurídica dos jurisdicionados. Essa tríade – celeridade, isonomia e segurança jurídica – tem sido a linha mestra a ser perseguida no tratamento do litígio coletivo, em especial as demandas individuais homogêneas.

Portanto, verificadas tais dificuldades, lacunas e incompletudes para a resolução das demandas de massa e, conseqüentemente, para a tutela dos direitos coletivos, é necessário o desenvolvimento de outras técnicas processuais com o objetivo de dar melhor desfecho às demandas seriadas.

3.4.2 Mudanças na legislação brasileira frente às necessidades de uniformização no julgamento das demandas de massa

O esgotamento do Poder Judiciário frente às demandas repetitivas só fez multiplicar o número de processos que chegam aos tribunais, tendo em vista à ineficiência das ações coletivas para resolver tais conflitos.

A questão mostra-se como ponto de partida para diversas alterações promovidas na legislação brasileira. Essas mudanças foram sendo programadas e realizadas ao longo dos anos, com a inserção de diversos mecanismos importantes no sistema jurídico, até a efetivação do real instrumento de combate: as demandas seriadas introduzidas pelo Código de Processo Civil/2015.

3.4.2.1 As reformas processuais

Com o passar dos anos, várias inovações legislativas foram sendo implementadas no ordenamento jurídico brasileiro, para tentar viabilizar um processo mais célere aos jurisdicionados.

Aqui vale destacar que, antes mesmo da entrada em vigor do diploma processual civil de 1973, várias disposições originais foram alteradas para tentar imprimir maior rapidez às demandas judiciais.

Somadas a isto, ressaltam-se algumas inovações trazidas pela Constituição de 1988, que propôs mudanças no diploma processual, além do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, que formaram um verdadeiro microsistema processual coletivo brasileiro na tentativa incansável de reduzir o tempo de duração processual e imprimir um processo judicial mais efetivo.

Por volta de 1992, resolveu-se, no Brasil, instituir uma comissão de juristas que pudesse traçar um panorama das problemáticas trazidas pela morosidade processual e pelos obstáculos ao acesso à justiça.

O resultado foi a elaboração de anteprojetos que pudessem perpetuar algumas reformas no CPC/73, já que, segundo Dinamarco (1995, p. 32), o real objetivo era efetivar reais mudanças no código processual. Resultado disso foi a aprovação de dez anteprojetos que se converteram em lei.

Ensina ainda o autor (DINAMARCO, 2002, p. 32) que, em 1988, a chamada “reforma da reforma” foi liderada por dois ministros do STJ, que mais uma vez tinham o propósito de elaborar novo anteprojeto em vista da reforma de outros conteúdos do CPC/73.

Após o trâmite legislativo, os projetos resultaram em lei, promovendo as seguintes alterações: a) recursos e reexame necessário; b) exigibilidade no cumprimento dos provimentos mandamentais e provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final; c) introdução da antecipação dos efeitos da tutela ao procedimento sumário, à audiência preliminar, à reforma de efetivação da tutela específica, à execução provisória e ao processo de execução (BRASIL, 2009, *on-line*).

Importante inserção no sistema processual veio em 2001, com a institucionalização dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito federal.

Porém, foi em 2004 que se operou uma das reformas mais significativas ocorridas até então no CPC/73 e na Constituição de 1988. Isto porque entrou em vigor a EC 45/2004, conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”.

As principais inovações promovidas vão desde a introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade para o recebimento e julgamento do Recurso Extraordinário até a introdução da Súmula Vinculante (art. 103-A da CF/88).

Pela primeira vez, o legislador, preocupado com o manejo repetitivo das demandas levadas ao Judiciário, pensa em frear o ingresso de outras demandas já exaustivamente discutidas, debatidas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, conservando as decisões já pacificadas pela corte maior.

Além disso, o STF passava a proferir decisão com efeito vinculante²⁴, devendo ser obedecida por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, além de atingir a administração pública direta e indireta, em qualquer das esferas, municipal, estadual e federal.

A partir de então, a Súmula Vinculante passaria a obrigar o seu cumprimento, sob pena de autorizar o prejudicado a efetivar reclamação²⁵ perante o STF.

A constitucionalização da Súmula Vinculante foi bastante traumática, já que muitos congressistas que constavam da história da Emenda à Constituição travaram verdadeiro debate político contra a implementação da mesma, apontando que a súmula:

a) constituiria “instrumento de controle ideológico e de estratificação do processo criador do direito, que afronta os princípios e regramentos constitucionais”; b) feriria o “pacto federativo”, por impedir que os demais órgãos pudessem interpretar a norma jurídica; c) contrariaria o “princípio da legalidade”, uma vez que a sociedade deveria, ao lado da lei, também observar os comandos positivos das súmulas; d) conservação da “disparidade na aplicação da súmula”, haja vista que seria aplicada apenas à administração pública, afastando de seu campo de incidência a administração privada; e) “corporifica a interpretação obrigatória”; f) eliminaria as “prerrogativas do Poder Legislativo” (a ideia nuclear e a crítica mais forte desta corrente) (BICUDO, *apud* PIRES, 2009, p. 194).

A EC/45 ainda trouxe mais um avanço, pois introduziu no texto constitucional, em seu art. 5º, inc. LXXVIII, o direito fundamental à razoável duração do processo, possibilitando meios que imprimissem maior celeridade às demandas.

A fim de dar continuidade ao processo evolutivo de aprimoramento da legislação, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se reuniram com o objetivo de subscrever um pacto de Estado: o I Pacto Republicano (BRASIL, s.d., *on-line*). Esse pacto acabou por aprovar várias medidas legislativas e administrativas que, transformadas em lei, visavam propiciar maior celeridade ao trâmite dos processos judiciais e facilitar o acesso à justiça.

Seguindo a mesma tendência reformista, em 2009, os representantes dos poderes resolveram firmar o II Pacto Republicano, também com a premissa de viabilizar um Judiciário mais rápido e republicano (BRASIL, s.d., *on-line*).

²⁴ CF, Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

²⁵ CF, art. 103-A, § 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O II Pacto tinha como premissa principal, fortalecer as instituições de Estado no combate à violência, promover maior acesso à justiça, incluindo os hipossuficientes, e melhorar a prestação jurisdicional (BRASIL, s.d., *on-line*). Assim, diversas emendas à Constituição foram aprovadas.

O trabalho de aprimoramento dos três poderes mostrou resultado satisfatório no que diz respeito à redução do número de recursos, tendo em vista a inserção da repercussão geral e do julgamento de recursos repetitivos, que se mostraram elementos impeditivos à subida de recursos distribuídos aos tribunais superiores.

O ministro Cesar Peluso, com a premissa de dar continuidade ao processo de aperfeiçoamento da ordem jurídica e ratificar o processo de modernização da máquina judiciária, propôs ainda, em 2011, o III Pacto Republicano. Acompanhando a mesma linha reformista, esse pacto previu, sob a orientação do CNJ, reduzir o número de recursos aos tribunais superiores, defendendo assim as chamadas “PEC 15/2011” e “PEC 209/2012”, ambas já sofrendo emendas substitutivas.

As reformas processuais promovidas ao longo da história foram indicando a utilização de novas técnicas processuais que objetivassem agilizar e simplificar o trâmite processual, coibindo atos protelatórios, reduzindo as hipóteses de reexame necessário, reduzindo o número de recursos que chegavam até os tribunais superiores e, principalmente, buscando resolver em bloco as demandas repetitivas mediante a utilização de decisões-modelo.

Essa tendência já vinha sendo percebida até mesmo com alguns institutos consagrados no sistema processual de 1973, com o fim de promover maior celeridade e, conseqüentemente, reduzir o tempo de resolução do processo. Assim, vale destacar, mesmo que brevemente, a repercussão geral no recurso extraordinário, o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais e os recursos repetitivos no âmbito do STJ.

A repercussão geral no recurso extraordinário foi incluída no ordenamento jurídico por meio do art. 543-B do CPC/1973, após se perceber uma grande numerosidade de recursos extraordinários baseados em idêntica controvérsia. Passou-se a optar por analisar um ou alguns desses recursos, para que assim se pudesse avaliar o requisito da repercussão geral, permanecendo os demais sobrestados até o pronunciamento em definitivo. Caso se reconheça inexistir repercussão geral, tanto os recursos analisados como os que se encontram com seu processamento suspenso serão considerados não admitidos. Isto porque, uma multiplicidade de recursos idênticos se submete à análise do Poder Judiciário, trazendo à tona as mesmas questões jurídicas que demandarão, por óbvio, uma mesma resposta jurisdicional.

O papel do presente instrumento é, sem dúvida, estabelecer um “filtro” para que o STF somente viesse a tomar conhecimento e apreciar matérias que, de fato, tivessem relevância.

Já o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais é um mecanismo que teve como preocupação maior a uniformização de entendimentos acerca das posições tomadas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais nos mais variados assuntos que lhes são apresentados.

Para tanto, foi determinado que, havendo divergência entre decisões das Turmas Recursais sobre questões de direito material, é cabível pedido de uniformização da interpretação da lei federal, que seria julgado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, composta por juízes de Turmas Recursais, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 10.259/2001: “Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei”.

Nessa mesma linha, o julgamento do recurso especial em causas repetitivas, com previsão legal no art. 543-C do CPC/73, previa seu manejo quando houvesse multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia. Dessa forma, a análise do mérito do recurso poderia ocorrer por amostragem, ou seja, haveria a seleção de algumas peças recursais para que fossem decididas pelo STJ. Essa triagem dos recursos se dá pelo fato de que todos têm a mesma tese, ou seja, possuem fundamento em idêntica questão de direito.

Assim, os demais recursos que versem sobre a mesma controvérsia ficarão suspensos até a decisão definitiva do STJ. Após o julgamento da decisão colegiada sobre o tema repetitivo, o mesmo direcionamento será aplicado aos demais processos que estiverem suspensos na origem.

3.4.3 O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)

As reformas processuais perpetradas dão claros indícios de que o legislador já buscava sistematizar e concretizar um ordenamento jurídico voltado a resolver as demandas de maneira mais célere, garantindo ainda a isonomia nas decisões judiciais e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Foi privilegiado o julgamento de causas de bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos ou recursos repetitivos, quando fundado em idêntica questão.

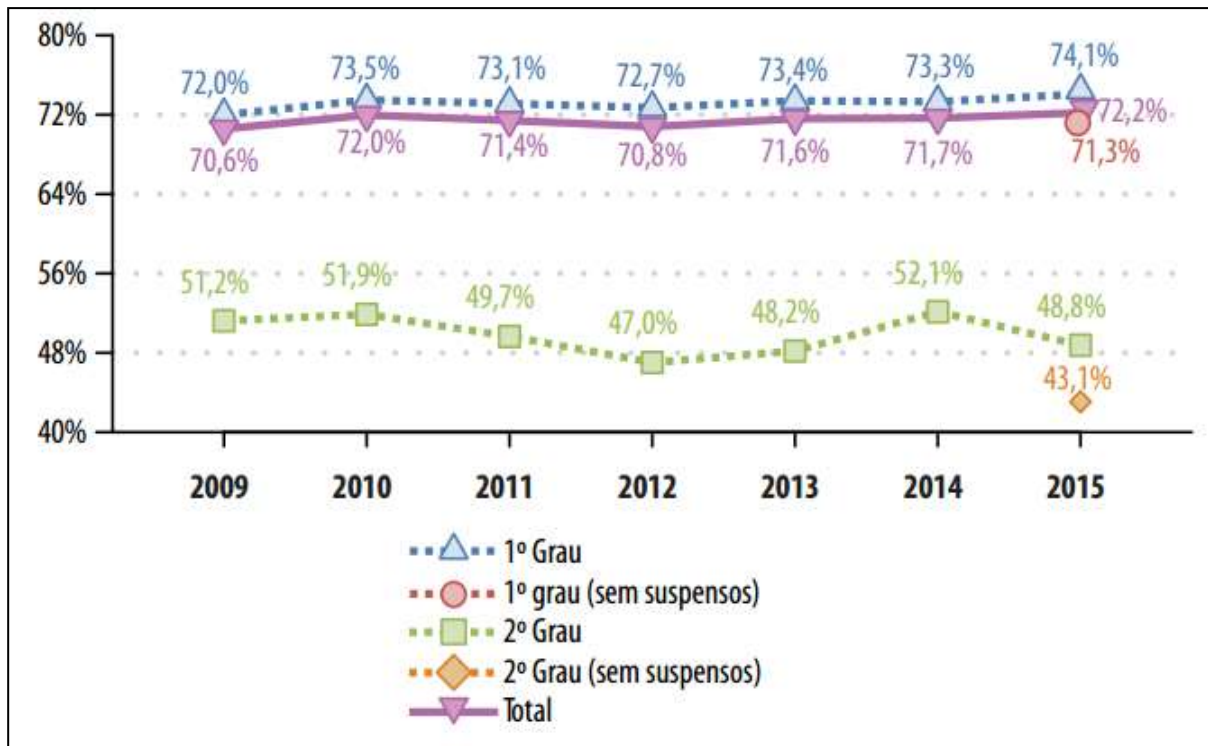
A lógica é: existindo milhares de ações ou recursos versando sobre a mesma questão jurídica a ser discutida, deve-se escolher aquele que melhor represente a questão de direito repetitiva e encaminhá-la para julgamento. Seu desfecho definitivo deve ser aplicado também aos demais processos que estiverem suspensos na origem, recebendo, assim, a mesma solução aplicada, unificando e padronizando posicionamentos e evitando divergências. Ora, preza-se a tríade celeridade, isonomia e segurança jurídica.

Acontece que, apesar de todos os esforços em tentar imprimir maior celeridade e eficiência na resolução das questões levadas ao Judiciário e de as cortes superiores terem conseguido obter verdadeira redução dos processos que lhes eram distribuídos, o cenário do Poder Judiciário ainda se encontrava desfavorável.

Como já dito, dados obtidos do relatório “Justiça em números 2016” divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 42) mostram que o Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação.

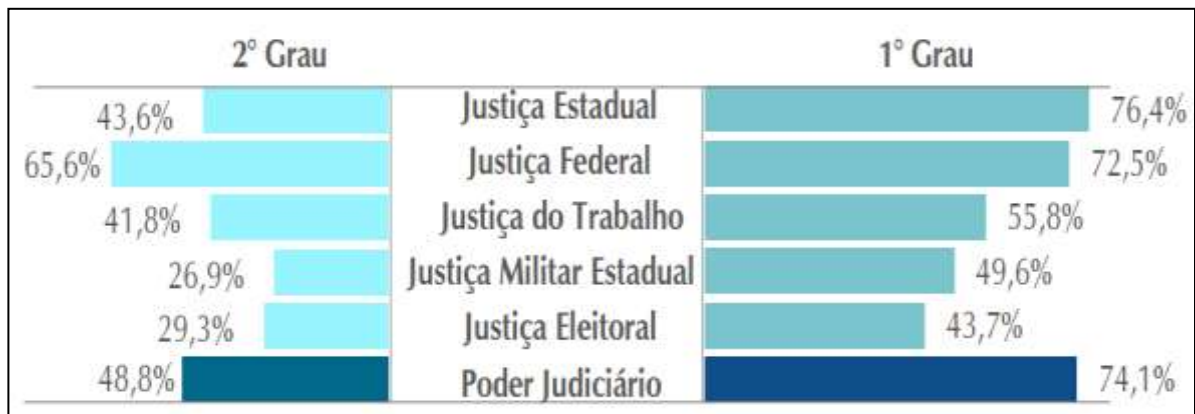
A pesquisa indica que o estoque de processos aumentou em 1,7 milhão (3%) em relação ao ano anterior e continua aumentando desde 2009. Houve ainda uma significativa alta da taxa de congestionamento do Poder Judiciário. O reflexo dessa alta se deu basicamente no primeiro grau de jurisdição, que apresenta uma taxa de congestionamento para o ano de 2015 de 74,1%, um estoque superior à demanda do ano anterior, registrando alta de 3%, equivalente ao triplo dos casos novos (CNJ, 2016, p. 60), conforme se constata nos Gráficos 1 e 2.

Gráfico 1 – Série histórica da taxa de congestionamento no Poder Judiciário



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 42).

Gráfico 2 – Taxa de congestionamento no Poder Judiciário, por justiça



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 42).

Em outra pesquisa realizada pelo CNJ (2011, p. 5) sobre os maiores litigantes do Brasil, os entes públicos (administração pública direta e indireta) figuram no topo da lista, ocupando as primeiras colocações em relação ao número de ações, o que demonstra que o setor público é, atualmente, o maior litigante do país²⁶ (Tabela 1).

²⁶ O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e a Caixa Econômica Federal (CEF) são os primeiros lugares.

Tabela 1 – Listagem dos maiores litigantes com o percentual de processos em relação aos cem maiores litigantes da Justiça

Rank	Cem Maiores Litigantes							
	Nacional		Justiça Federal		Justiça do Trabalho		Justiça Estadual	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,33%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	43,12%	UNIÃO	16,73%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	7,73%
2	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	8,50%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	18,24%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	6,41%	BANCO DO BRASIL S/A.	7,12%
3	FAZENDA NACIONAL	7,45%	FAZENDA NACIONAL	15,65%	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	5,29%	BANCO BRADESCO S/A	6,70%
4	UNIÃO	6,97%	UNIÃO	12,77%	GRUPO CEEE - COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA	5,22%	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	5,95%
5	BANCO DO BRASIL S/A.	4,24%	ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO	1,75%	BANCO DO BRASIL S/A.	4,82%	BANCO ITAÚ S/A.	5,92%
6	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,24%	FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0,79%	TELEMAR S/A	4,31%	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	5,77%
7	BANCO BRADESCO S/A	3,84%	INCRA - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA	0,48%	PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.	3,80%	BANCO FINASA S/A	4,08%
8	BANCO ITAÚ S/A	3,43%	EMGEA - EMPRESA GESTORA DE ATIVOS	0,47%	FAZENDA NACIONAL	3,29%	MUNICÍPIO DE MANAUS	3,81%
9	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	3,28%	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,47%	BANCO ITAÚ S/A	2,89%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	3,76%
10	BANCO FINASA S/A	2,19%	BACEN - BANCO CENTRAL DO BRASIL	0,39%	BANCO BRADESCO S/A	2,81%	BANCO SANTANDER BRASIL S/A	3,14%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2011, p. 5).

Consciente da necessidade de mudanças imediatas, em setembro de 2009, o presidente do Senado, José Sarney, resolveu instituir uma comissão de juristas que ficaria incumbida de corrigir algumas distorções na elaboração do anteprojeto do novo CPC. Assim, o ministro Luiz Fux, do STJ, tomou posse como presidente da comissão de juristas²⁷, tendo a responsabilidade de chefiar as mudanças necessárias para a elaboração do anteprojeto de um novo código processual, ao lado dos demais integrantes da comissão.

Foram realizados inúmeros debates e discussões em audiências públicas, assim como diversas sugestões foram aprovadas na redação do anteprojeto até a sua aprovação pela comissão de juristas em junho de 2010, quando foi encaminhado ao presidente do Senado Federal.

²⁷ Além do ministro do Superior Tribunal de Justiça, a comissão também foi composta por diversos juristas de prestígio, como Adroaldo Furtado Fabrício, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Elpídio Donizete Nunes, Marcus Vinicius Coelho, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, Bruno Dantas e Teresa Wambier, esta última designada para a relatoria geral dos trabalhos.

Conforme explica Luiz Fux (*apud* CAVALCANTI, 2016, p. 93), as reformas introduzidas pela comissão de juristas tinham como escopo principal estabelecer maior harmonia com a Constituição Federal, aproximar o juiz da realidade fática para proferir uma decisão mais justa, reduzir a complexidade de alguns sistemas jurídicos como os recursos, conferir maior rendimento a cada processo e atribuir maior organização ao sistema processual.

Na tentativa de alcançar o primeiro dos objetivos traçados, a comissão de juristas, amparada nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia, instituiu alguns mecanismos processuais para evitar divergência excessiva da jurisprudência, na tentativa de padronizar ou uniformizar os entendimentos dos tribunais. Para tanto, criou-se o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Após o anteprojeto passar por trabalho de revisão pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, por meio do Projeto de Lei nº 8.046/2010, teve sua aprovação pela presidente da República, quando então se transformou na Lei nº 13.105/2015, publicada no Diário Oficial em 17 de março de 2015. Tendo em vista o período de um ano de *vacatio legis*, a referida lei que criou o novo diploma processual somente entrou em vigor em 18 de março de 2016.

Desta feita, o texto final do CPC/2015 manteve a observância aos preceitos constitucionais, com destaque para a isonomia e segurança jurídica, promovendo instrumentos que visam eliminar a dispersão jurisprudencial, estimulando a estabilidade jurídica.

Portanto, por ser objeto central da presente dissertação, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como um dos principais avanços trazidos pelo CPC/2015, o que será abordado com mais detalhes no capítulo seguinte.

4 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015 E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o desenvolvimento acelerado da sociedade marcada pelo consumo de massa, cresce a preocupação em criar e estabelecer mecanismos viáveis ao tratamento dos conflitos de massa, entregando ao jurisdicionado a tão esperada efetividade processual e, conseqüentemente, garantindo a isonomia no tratamento de questões semelhantes.

Foi com essas premissas que as ações promovidas pela comissão de juristas do anteprojeto do novo CPC indicaram a busca de mecanismos mais eficazes para o tratamento da litigiosidade repetitiva de massa, tendo em vista que o processo coletivo vinha sendo insuficiente, uma vez que esses conflitos exigem ações rápidas e efetivas, o que não vinha acontecendo.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, acompanhando as diversas reformas que foram sendo produzidas nos códigos processuais na busca pela solução das controvérsias repetitivas e com o intuito de reduzir a divergência interpretativa, criou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência (IAC)²⁸.

Em que pese a importância deste último (IAC), vale ressaltar que este estudo se dedicará apenas ao tratamento do IRDR frente ao CPC/2015, por ser objeto desta pesquisa.

Para Wambier (2016, p. 2424-2425), o IRDR pode ser conceituado como “o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos”.

Pode-se dizer que esse microsistema de litigiosidade repetitiva é um instituto que sofreu influência da tradição alemã, do chamado Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*), bem como do sistema inglês, chamado *Group Litigation Order* (GLO).

²⁸ O IAC tem previsão no art. 947 do CPC/2015, tendo cabimento quando: “o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Foi absorvido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, que, em primeira vista, busca tratar os processos repetitivos e de massa de forma homogênea e vinculante.

Nos últimos anos, a legislação processual (CPC de 1973) já vinha sofrendo modificações na tentativa de uniformizar a jurisprudência, ampliando a força vinculante das decisões judiciais, principalmente quanto aos casos repetitivos. Vale destacar, mesmo que brevemente, a utilização de Súmulas Vinculantes, Súmulas de Tribunal Superior, possibilidade de julgamento superantecipado das causas repetitivas, repercussão geral, julgamento do recurso especial em causas repetitivas, pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos juizados Especiais Cíveis Federais, entre outros.

Entretanto, por mais que a história processualística tenha se movido no sentido de adotar instrumentos para evitar divergência excessiva da jurisprudência, ampliando o caráter vinculante das decisões judiciais, de acordo com o entendimento de Marinoni e Arenhart (2007, p. 737), foi necessário que “o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente as necessidades da sociedade contemporânea”.

Em outras palavras, foi necessária uma reestruturação do código processual civil para criar mecanismos verdadeiramente aptos a concretizar a proteção das garantias fundamentais, em especial dos direitos individuais homogêneos, que se pulverizam em diversas ações individuais que não estavam sendo tratadas adequadamente, na medida em que o Judiciário entregava tutela jurisdicional diferente para casos semelhantes, devido à oscilação interpretativa da jurisprudência.

Para Sá (2016, p. 940), essas mudanças advindas da mais recente reforma processual têm por fim “valorizar os precedentes e a jurisprudência pacificada pelos tribunais ao conferir, na medida do possível, solução igual para casos idênticos (*treat like cases alike*)”. Além disso, provocam verdadeira aceleração do procedimento, pois tendem a evitar etapas processuais consideradas dispensáveis.

Sendo o IRDR o objeto de análise desta dissertação, é necessário compreender como o diploma legal (Código de Processo Civil de 2015) incorporou esse incidente. Para tanto, será analisada primeiramente a natureza jurídica desse instrumento de coletivização de conflitos para depois averiguar o procedimento do incidente, ao lado de suas controvérsias, o que leva a questionar sua constitucionalidade.

4.2 IRDR: UMA ENGENHARIA BRASILEIRA

Como dito anteriormente, não foi apenas o Brasil que sentiu o impacto das ações de massa, e os instrumentos para o trato desse tipo de demanda não estavam sendo suficientes para frear a pulverização das ações no Judiciário.

Dois grandes modelos estrangeiros começaram a mostrar resultado no trato das demandas de massa: o Procedimento-Modelo, do direito alemão, e o *Group Litigation Order* (GLO), do direito inglês. Por certo, tais exemplos serviram de inspiração ao modelo brasileiro, conhecido como Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), já que foram igualmente criados para o combate da litigiosidade de massa. Ocorre, porém, que as semelhanças se esgotam por aí. Isto porque o IRDR foi, literalmente, uma criação brasileira com substanciais mutações ocorridas durante o trâmite do processo legislativo, diferenciando-se dos demais modelos.

O IRDR acabou assumindo desenho estrutural próprio, servindo para o trato de qualquer conflito de massa, desde que verse sobre questões eminentemente jurídicas, o que não aconteceu nos demais modelos estrangeiros.

O Procedimento-Modelo alemão, como já se viu, foi criado inicialmente com incidência exclusiva no trato das controvérsias do mercado imobiliário. Quanto ao *Group Litigation Order*, tinha incidência apenas de caráter subsidiário, não servindo como palco principal de toda e qualquer ação de grupo.

Por outro lado, de acordo com a previsão processual brasileira de 2015, o IRDR demonstra ser o principal instrumento para combater as ações de massa no país, alargando a margem de incidência sem impor limites ou restrições quanto a sua atuação.

Ademais, os dois instrumentos estrangeiros se propuseram analisar questões fáticas e jurídicas, o que não aconteceu no incidente brasileiro. Neste, embora nas primeiras versões tenha sido estendido à resolução também de questões fáticas, a aprovação final do texto restringiu claramente sua análise apenas a questões eminentemente jurídicas.

Nesse mesmo sentido ratifica Antonio do Passo Cabral (2007, p. 132-133), que, diferentemente do modelo alemão (*Musterverfahren*), que previa a formação do incidente para as questões tanto de direito, como também de fato, o IRDR tem como escopo tratar de processos com a mesma controvérsia que versem sobre questões exclusivamente de direito.

Sofia Temer (2016, p. 97) ressalta essa distinção, afirmando que:

O que se observa, então, é que o *Musterverfahren* não trabalha com a abstração de norma e fato da mesma forma como ocorre no IRDR. A restrição à análise de questões de direito é, aliás, um dos principais elementos que demonstra que o IRDR

é meio processual objetivo e que, portanto, justifica a distinção em relação à natureza do procedimento-modelo alemão.

Outro ponto importante de distinção entre esses modelos e o instituto brasileiro tem sido o pedido de instauração do incidente, que no IRDR pode ser a requerimento da parte ou de ofício pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, aproximando-se nesse ponto do GLO, já que no Procedimento-Modelo apenas as partes têm legitimidade para o requerimento.

É importante ressaltar que no Procedimento-Modelo, diferentemente do modelo brasileiro, adota-se critério numérico para a sua instauração, ou seja, durante quatro meses deve haver o pedido de requerimento de instauração de pelo menos dez processos idênticos, questão não regulamentada no IRDR, que não discrimina número mínimo e máximo de processos para a sua instauração.

Outra questão relevante é que o modelo alemão tem adotado o critério do regime da coisa julgada para as suas decisões, limitando a aplicação da decisão aos casos pendentes ao tempo de sua prolação. No que se refere ao IRDR, a lógica é bem diferente, pois, uma vez decidida a questão jurídica comum, o teor do acórdão será vinculante aos casos presentes e futuros, além de atingir juízes, tribunais e, ainda, órgãos e entes da administração pública.

A eficácia vinculativa do IRDR, principalmente quando se tem por fim atingir a administração pública, temática desta dissertação, mostra que esse incidente foi além dos efeitos produzidos nos modelos do Procedimento-Modelo e do *Group Litigation Order*, pois resolveu atribuir ao incidente brasileiro uma poderosa extensão dos efeitos de sua decisão, representando verdadeira inovação legislativa, criada sob os moldes e necessidades brasileiras, o que o diferencia dos modelos estrangeiros.

A extensão do efeito vinculante que trouxe o IRDR, com potencial de projetar sua decisão até a administração pública, não é vista em nenhum modelo pelo mundo. Essa tendência de ampliar os efeitos da decisão parte da necessidade da sociedade contemporânea de combater adequadamente os conflitos de massa.

Não há como negar que os modelos estrangeiros serviram de inspiração para o IRDR. Entretanto, pode-se concluir que, após um longo processo legislativo, o incidente acabou por se distanciar dos instrumentos estrangeiros, que, como já visto, adotam outra sistemática, voltada as suas necessidades locais. Assim, pode-se afirmar que o IRDR, de fato, representa uma verdadeira engenharia brasileira.

4.3 NATUREZA JURÍDICA

É importante inicialmente traçar aqui a natureza jurídica do IRDR, pois isto se mostra fundamental para compreender a essência do referido incidente e suas peculiaridades.

Como já se disse, o CPC/2015 trouxe, em seu texto legal, a figura do IRDR, na tentativa de enfrentar as demandas repetitivas e de massa que vêm sendo o gargalo do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, reduzir a chamada instabilidade jurisprudencial.

Nos ensinamentos de Araújo (s.d., p. 3), as reformas processuais ao longo dos tempos têm nos levado à grande ampliação dos precedentes judiciais, com a transformação das causas individuais em representativas de categoria. Isto porque era preciso criar um mecanismo apto a tutelar direitos individuais homogêneos por meio de julgamento em bloco que pudesse, ao mesmo tempo, fixar posicionamento sobre determinada questão jurídica e resolver de forma igualitária um número expressivo de controvérsias que estavam sendo tratadas distintamente. Foi sob esta premissa que se criou o IRDR.

Sendo assim, por mais que parem diversas teorias doutrinárias distintas em relação à natureza jurídica do IRDR, acredita-se que esse instrumento, como o próprio nome sugere, seja um incidente processual que integra um verdadeiro microssistema coletivizado, já que “estamos diante de um instrumento de coletivização de conflitos ou, no mínimo, de transformação de causa individual em coletiva” (ARAÚJO, s.d., p. 3).

Segundo os ensinamentos de Marcelo Abelha (2006, p. 39), incidente processual pode ser definido como “algo que cai (ponto, questão ou ação) sobre algo que preexiste (processo), com a formação de um procedimento lateral e autônomo ao principal destinado à sua resolução (do incidente)”. Em outras palavras, não há, no IRDR, a instauração de uma nova relação processual, mas, sim, um fracionamento na cognição e no julgamento, já que, para Wambier (2016, p. 2424), “ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo ordinário a sua aplicação ao caso concreto”.

Acrescenta ainda Abelha (2006, p. 44-45) que não há óbice para que o incidente processual verse sobre conteúdo de mérito da ação principal ou envolva questões preliminares ou prejudiciais.

Quanto ao microssistema coletivizado, não deve ser confundido com o microssistema coletivo de proteção aos direitos individuais homogêneos, visto que, embora ambos tenham repercussão coletiva, produzindo reflexos em diversos sujeitos, no primeiro não há julgamento de causa em concreto, apenas fixação de tese jurídica.

Aproveitando os modelos citados do direito comparado (*Group Litigation Order* e *Musterverfahren*), é possível identificar dois segmentos distintos para o julgamento dos

processos repetitivos. O primeiro, que vem do direito inglês, tende a utilizar o modelo de “causa-piloto”, e o segundo, do direito alemão, tende a empregar o Procedimento-Modelo.

Assim, como o IRDR foi inspirado pelos modelos citados, há quem defenda que o incidente brasileiro se destina ao julgamento de caso concreto, havendo verdadeira resolução de conflito subjetivo posto em juízo. Esta parcela da doutrina atribui a proximidade do IRDR à “causa-piloto”. São os casos de Antonio de Passo Cabral²⁹ e Alexandre Freitas Câmara³⁰.

Por outro lado, defende Temer (2016, p. 67) que o IRDR “apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva”. Compartilham desse posicionamento os autores Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues³¹, além de Dierle Nunes³², Eduardo Cambi e Mateus Fogasa³³.

Reforça ainda essa tese Wambier (2016, p. 2440), ao assegurar que “a decisão que o tribunal profere em IRDR, como visto, não resolve a lide, mas meramente fixa a interpretação da *quaestio iuris* que compõe a *causa petendi*”. Portanto, no IRDR, acrescenta a autora (2016, p. 2440), “não há que se falar em coisa julgada da questão de direito, mas sim em efeito vinculante”.

²⁹ O autor defende que o IRDR opera sob o formato da “causa-piloto” – *Group Litigation Order* – do direito inglês e do *Pilotverfahren*, do direito austríaco, afirmando que “esse tipo de procedimento caracteriza-se pela unidade de processo e julgamento (pelo qual o órgão decisor conhece e julga não apenas da questão comum, mas também de todas as demais questões, envolvendo o caso por completo) e posterior *reaplicação* da *ratio decidendi* aos *casos semilares*” (CABRAL, 2015, p. 1.417).

³⁰ No mesmo sentido, o autor ressalta que o IRDR “julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros (...) Esse órgão colegiado, competente para fixar o padrão decisório através do IRDR, não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal), nos termos do art. 978, parágrafo único. Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira causa-piloto” (CÂMARA, 2015, p. 4790).

³¹ Os dois primeiros autores apontam que “o procedimento-modelo idealizado no projeto de novo Código de Processo Civil (LGL/1973/5) reveste-se da natureza de processo objetivo, uma vez que tem por escopo não a resolução da lide individual na qual surge, mas sim a elaboração de uma ‘decisão-quadro’, de uma tese jurídica aplicável a questões de direito comuns que dão origem à multiplicidade de demandas idênticas” (MENDES; RODRIGUES, 2012, versão digital).

³² Na mesma linha, o autor afasta a aplicação da “causa-piloto” para o IRDR, afirmando se aplicar somente aos recursos especial e extraordinário repetitivos, nos quais há “o julgamento completo da causa pelo tribunal, diversamente das técnicas de procedimento-modelo nas quais há uma cisão cognitiva (como no incidente de resolução de demandas repetitivas)” (NUNES, 2015, p. 2320).

³³ Diferente não é o entendimento de Eduardo Cambi e Mateus Fogasa, que asseguram: “no modelo brasileiro, há a cisão do julgamento, que se desdobra em uma decisão objetiva e outra subjetiva complexa. Em outras palavras, enquanto um órgão judiciário julga todas as questões comuns objeto do incidente, o outro órgão julga o processo originário, com todas as suas especificidades, observando a prévia decisão do incidente, obrigatoriamente tomada como premissa à definição das demais questões versadas no processo. Mediante a técnica da cisão, a decisão do incidente decorre do julgamento em abstrato da questão jurídica submetida ao órgão prolator, sem prejuízo das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa daqueles cuja esfera jurídica poderá ser afetada”. (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 333-362).

Logo, acredita-se que a decisão posta em discussão no IRDR possibilita que o tribunal profira uma tese sobre determinada questão de direito, que será replicada aos demais casos comuns que versem sobre a mesma controvérsia, ou seja, uma espécie de decisão “guarda-chuva” que irá abranger um grande número de demandas com a mesma questão.

Não há, desta forma, o julgamento de um caso concreto no IRDR. Isto só acontecerá num segundo momento, após a aplicação do incidente aos casos comuns, em que o órgão Judiciário passará a julgar as demandas de forma individual, conforme suas peculiaridades, entretanto, sem contrariar a tese jurídica já delimitada no incidente. Por isso, se diz que no modelo brasileiro há uma cisão do julgamento.

Pode-se, então, dizer que o IRDR visa à tutela do direito objetivo, preocupado com a satisfação do conflito normativo. Os direitos subjetivos serão tutelados apenas num segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos.

Esse também é o entendimento de Sofia Temer (2016, p. 80):

O incidente não visa diretamente, contudo, à resolução dos casos concretos e à declaração ou satisfação de direitos subjetivos, como já mencionamos. Ao contrário do que ocorre no processo civil “tradicional”, o incidente não é técnica que visa ao julgamento da *lide*. O objetivo precípua do incidente é fixar um único entendimento sobre a questão de direito, que deverá ser seguido pelo próprio tribunal e pelos juízes inferiores quando estes forem julgar demandas em que se discuta tal questão.

Em outras palavras, o IRDR, apesar de inegável dimensão coletiva, não pode ser confundido com uma técnica eminentemente coletiva. Daí porque as ações coletivas de direito individual homogêneo têm o escopo de tutelar diversas situações subjetivas, julgando demandas concretas, o que não é a premissa do IRDR, o qual objetiva apenas fixar tese abstrata acerca de uma questão jurídica.

O posicionamento jurisprudencial tem tido entendimento semelhante. Basta analisar o julgamento do IRDR pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob o nº 0804575-80.2016.4.05.0000. Vejamos o posicionamento do Pleno do TRF-5³⁴, no juízo de admissibilidade do incidente:

(...) em que pese inexistir processos sob minha relatoria acerca da matéria controvertida, é notória a existência de inúmeros recursos, sobre o tema, em trâmite neste Tribunal. No site de consulta à Jurisprudência, constata-se que, em julho/2016, agosto/2016 e setembro/2016, foram julgados ao menos 10, 20 e 13 recursos acerca da controvérsia de mérito deste IRDR, demonstrando que já existe maturidade do debate no âmbito deste TRF5. Como este incidente foi-me distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, este órgão Plenário deve ser

³⁴ Disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/incidente-resolucao-demandas.pdf>]. Acesso em 05 fev. 2017.

responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo). A propósito, penso que razão assiste ao professor Joaquim Felipe Spadoni quando leciona: “A instauração do incidente provoca uma cisão do procedimento da ação que o originou: esta continuará tramitando no juízo de origem (embora sobrestada), mas também dará ensejo à instauração de um procedimento incidental com curso no Tribunal, que é o órgão competente para processá-lo e julgá-lo (art. 978, caput, e parágrafo único). Não há deslocamento ou afetação do processo ao Tribunal competente para julgar o IRDR. Não há, de igual modo, seleção de processo para julgamento pelo Tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados, como ocorre no julgamento de recurso especial repetitivo (art., 1.036, § 1º)”[9]. A título de remate, a par das inconsistências legislativas e, a estas alturas, já não interessando perquirir a vontade do legislador, senão respeitar a vontade da lei, tenho que, tal como positivado, o Juiz de Primeiro Grau tem legitimidade para requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, ex vi do disposto no art. 977, I, do CPC, cabendo ao plenário deste Tribunal, em conhecendo e decidindo este IRDR, fixar a tese jurídica a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua atuação (causa-modelo).

Portanto, o Tribunal Regional Federal, ratificando posicionamento anterior, posicionou-se claramente pela efetiva cisão cognitiva entre a fixação da tese jurídica e o julgamento do caso concreto, competindo ao IRDR julgar e fixar tão somente a tese jurídica.

Além do mais, há que considerar ainda que o IRDR, por força do art. 985, § 2º do CPC/2015, tem projeção perante o Poder Judiciário e a Administração Pública, o que ressalta a natureza jurídica/administrativa do incidente, já que estende sua repercussão para além do Judiciário³⁵.

A questão ainda está longe de ser pacífica, entretanto, ao que tudo indica, o IRDR deve ser compreendido como sendo um verdadeiro incidente processual, com natureza jurídica/administrativa, integrante de um microssistema de coletivização de conflitos, cujo escopo é fixar tese jurídica em abstrato, sem julgamento de caso em concreto.

4.4 PROCEDIMENTOS DO IRDR

4.4.1 Disposições gerais

É importante ressaltar inicialmente que não é objetivo central desta dissertação analisar o procedimento em específico do IRDR. Entretanto, cabem aqui algumas breves observações.

³⁵ Fato semelhante acontece com a Suspensão de Segurança, que possui natureza jurídica de incidente e, sendo ato de caráter administrativo, possui caminho inverso ao do IRDR, já que repercute do âmbito administrativo para o judicial, com o fim de suspender a decisão (liminar, antecipação, acórdão) para preservar relevante interesse público e afastar o risco de grave lesão aos bens jurídicos, como saúde, segurança e economia pública.

Como já mencionado, o IRDR foi adotado pelo novo Código de Processo Civil de 2015, tendo seu cabimento previsto, segundo o artigo 976 do CPC/2015, quando houver “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, devido à efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (BRASIL, 2015, *on-line*).

Pela leitura do dispositivo legal, verifica-se que existem dois requisitos para a instauração do incidente: a existência de demandas que possam gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e a repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito.

A ofensa à isonomia e à segurança jurídica advém da possibilidade de produção de julgados conflitantes diante de diferentes juízos. Isto gera o risco de se produzir potencial ato lesivo de massa, já que se trata de situações semelhantes que estão recebendo tratamento diferente.

Assim, o IRDR tem o intuito de permitir que demandas potencialmente repetitivas, que versem sobre situações semelhantes, tenham o mesmo julgamento. O que se pretende é estabelecer igualdade e coerência, proferindo decisões estáveis, íntegras e previsíveis.

Conforme defende Nelson Nery Jr. (2010, p. 99), a prestação jurisdicional díspar a demandas idênticas constitui uma das mais graves violações ao princípio da isonomia. Quando o legislador se referiu à isonomia, não ensejava apenas o tratamento uniforme para questões semelhantes, mas, além disso, previu-se também dar previsibilidade e estabilidade à prestação jurisdicional. Isto é que consagra a tão sonhada segurança jurídica.

Ensina Marinoni (2011, p. 109) que, a partir do momento em que se fixa uma tese jurídica, o Judiciário consolida um posicionamento e entendimento sobre determinado assunto, possibilitando, assim, o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

Vale ressaltar também que, além de garantir a isonomia e a segurança jurídica, um dos princípios básicos do IRDR é a promoção e consagração da razoável duração do processo, encurtando a duração das demandas pela resolução dos conflitos em bloco e pela adoção de tese jurídica única em casos semelhantes, limitando rediscussões intermináveis. Isto evita que o Judiciário analise incontáveis vezes as mesmas questões jurídicas.

Desta forma:

Tudo leva a crer que [o incidente] contribuirá de forma significativa para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia, da economia processual e da duração razoável do processo, ao possibilitar uma maior

uniformização nos julgamentos proferidos no país, contribuindo, assim, para a construção de um sistema jurisdicional mais racional e harmônico (MENDES; RODRIGUES, 2012, p. 191).

O segundo requisito, que discorre acerca da repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito, revela uma preocupação do legislador em adequar o mecanismo à nova sistemática atual, pretendendo dar um mesmo desfecho às demandas repetitivas que possuem a mesma controvérsia de direito.

O incidente deverá ainda ser dirigido e instaurado perante o presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, a requerimento de ofício pelo juiz ou relator, ou por petição, quando formulado pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (art. 977, inciso I, II e III do CPC/2015). Deverá ainda ser instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente (art. 977, parágrafo único).

Quem produzirá o juízo de admissibilidade do IRDR será o órgão competente para processar e julgar o respectivo incidente, examinando a presença dos requisitos previstos no art. 976, incisos I e II do CPC/2015.

Passando pelo critério da admissibilidade, o relator obrigatoriamente deverá ordenar a suspensão dos processos pendentes³⁶, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão objeto do IRDR, podendo solicitar informações complementares a órgãos em cujo juízo tramitam processos da mesma natureza que se discutem no incidente, bem como deverá intimar o Ministério Público para manifestação no prazo legal (art. 982, incisos I, II e III).

É permitida ainda a ampliação dos efeitos suspensivos da decisão de admissibilidade do IRDR quando qualquer dos legitimados requerer conhecimento do recurso especial ou extraordinário. Isto provocará a suspensão de todos os processos individuais e coletivos em curso no território nacional que tratem da mesma controvérsia do respectivo incidente, conforme previsão do art. 982, § 3º do CPC/2015.

Ressalte-se, ainda, que o IRDR se preocupou em dirimir o incidente, possibilitando às partes do processo pendente no tribunal³⁷ e a terceiros interessados³⁸ (pessoas, órgãos e

³⁶ A suspensão dos processos individuais e coletivos no IRDR é obrigatória e não permite autoexclusão (*opt-out*), diferentemente do que acontece no microsistema processual coletivo. Ao interessado cabe apenas demonstrar que a sua demanda é distinta da situação jurídica versada no incidente, com questões jurídicas não contempladas no IRDR.

³⁷ São os indivíduos envolvidos na relação jurídica base que deu origem à instauração do IRDR.

³⁸ São as partes dos processos repetitivos que tiveram suas demandas suspensas. No IRDR, tais partes se colocam no papel de assistentes litisconsorciais de uma das partes originárias do processo que instaurou o incidente.

entidades com interesse na controvérsia) a sua oitiva, conferindo ainda ao relator a possibilidade de designar audiência pública, tudo conforme prescreve o art. 983 e §§ 1º e 2º .

Inclui-se também como interessados na resolução da controvérsia a figura do *amicus curiae*, modalidade de intervenção de terceiro já conhecida no sistema processual. Como ensinam Cambi e Damasceno (2011, p. 13-14), deve ser admitida a intervenção *amicus curiae* no incidente, com o objetivo de aumentar a legitimidade da jurisdição, pela possibilidade de participação democrática na formação da decisão paradigma, cujo fundamento está no interesse público.

Após instaurado e admitido o IRDR, bem como concluídas as diligências instrutórias com os processos pendentes devidamente suspensos, o julgamento para a fixação da tese jurídica caberá ao órgão indicado pelo regimento interno, que de igual forma será responsável também pelo julgamento do recurso, conforme art. 978 e parágrafo único do CPC/2015.

O IRDR terá preferência em relação a outras demandas, tendo em vista que possui prazo para julgamento de até um ano contado da admissão do incidente, quando então deverá cessar a suspensão dos processos que ficaram sobrestados para a formação da tese jurídica, salvo decisão contrária do relator (art. 980 e parágrafo único do CPC/2015).

Após o julgamento do incidente, o Código de Processo previu sua ampla divulgação, que, segundo o art. 979, § 1º do CPC/2015, será feita por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Tais registros eletrônicos deverão conter ao menos os fundamentos determinantes da decisão que fixou o incidente e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Da decisão que julgar o mérito do IRDR caberá interposição de Recurso Extraordinário ou Especial. Tais recursos serão recebidos no efeito suspensivo, havendo ainda a presunção de repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, não afastando, porém, o ônus do recorrente em demonstrá-la (art. 987, § 1 do CPC/2015).

Por fim, do acórdão proferido em decisão definitiva do IRDR, além dos Embargos de Declaração para sanar quaisquer vícios quanto a omissão, obscuridade ou contradição, caberá também impugnação por meio dos Recursos Especial e Extraordinário, competindo sua análise aos respectivos STJ e STF. Nesses casos, o julgamento proferido pelos tribunais superiores passará a vigorar sobre todas as demandas individuais ou coletivas relativas à mesma questão de direito, presentes ou futuras, existentes no território nacional (art. 987, § 2º do CPC/2015).

4.4.2 Dos efeitos da decisão e sua extensão

Como a controvérsia analisada nesta dissertação diz respeito à decisão do IRDR que projeta interferência em relação ao mérito administrativo, cabe dar maior atenção aos efeitos dessa decisão e de sua extensão.

Cabe ressaltar primeiramente que, julgado o incidente, a tese jurídica que se formar deverá se estender a todos os demais processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito nos limites territoriais da competência do tribunal³⁹, afetando demandas presentes (das quais estarão suspensos) e futuras (aquelas que vierem a ser propostas), e com vinculação horizontal (tribunais superiores) e vertical (órgãos inferiores), segundo disciplina o art. 985, §§ 1º e 2º do CPC/2015⁴⁰.

O acórdão extraído do julgamento do IRDR é considerado texto normativo de caráter geral e abstrato, tendo o condão de gerar efeitos *erga omnes* e *ultra partes*.

Logo, analisando a legislação processual vigente, observa-se que o art. 927, inc. III, dispõe que juízes e tribunais estarão obrigados a obedecer ao acórdão que julga o IRDR. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 435-436), o órgão prolator da decisão e os juízos a ele subordinados são aqueles que ficam necessariamente vinculados ao precedente.

Sendo assim, é de fácil constatação que o acórdão do IRDR vincula o Poder Judiciário. Entretanto, o que vem causando maior discussão é compreender se o julgamento do IRDR também servirá para a administração pública e em que intensidade (se persuasiva ou vinculante). Parece não haver um consenso na doutrina sobre a eficácia dessa decisão.

³⁹ Vale ressaltar que, se um incidente for instaurado e julgado no Estado do Pará, por exemplo, os efeitos vinculantes do mesmo ficarão restritos tão somente aos limites territoriais da competência deste tribunal e aos juízes inferiores a ele. Caso haja apreciação da tese jurídica pelos tribunais superiores, STJ ou STF, os efeitos do incidente terão abrangência nacional.

⁴⁰ Esse efeito expansivo e vinculante também pode ser encontrado no Incidente de Assunção de Competência (IAC), já que o acórdão proferido neste vincula todos os juízes e órgãos fracionários, conforme preceitua o § 3º, art. 497, do CPC/2015, exceto se houver revisão da tese (leia-se *overruling*). Verifica-se que IRDR e IAC possuem proximidades (em que pese o primeiro ter natureza repressiva, e o segundo preventiva), já que os objetivos se assemelham, quais sejam: reduzir a divergência interpretativa com a estabilização das decisões judiciais, vinculação obrigatória de tribunais, magistrados e administração pública, alcance da isonomia e segurança jurídica. Portanto, seria compreensível entender pela aplicação da fungibilidade das medidas? Exemplo: proponho IAC para o pleno e o relator verifica que não é matéria de IAC. Nesse caso, ele pode aproveitar para transformar em IRDR ou vice-versa? Apesar de não se ter nenhuma corrente doutrinária sobre tal questão, creio que seja possível aplicar a fungibilidade das medidas, por serem instrumentos de vinculação de precedentes obrigatórios. A fungibilidade aqui aplicada passa pela força do art. 4º do CPC/2015, decorrente do princípio da primazia da resolução do mérito, que permite que as partes possam obter “*a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”. Logo, deve se dar primazia à produção do resultado satisfativo do direito sobre o reconhecimento de nulidades ou quaisquer outros obstáculos à produção do resultado normal da demanda. Aqui se busca o formalismo-valorativo em detrimento do formalismo excessivo, a prevalência do mérito em detrimento da forma. Vale ressaltar que o enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) de nº 104 ratifica a importância da aplicação da fungibilidade, inclusive podendo ser de ofício.

Veja-se a redação do art. 985, § 2º do CPC/2015: “Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (BRASIL, 2015, *on-line*).

Pela simples leitura do artigo mencionado, é possível afirmar que o acórdão que julga o respectivo incidente gera efeitos também perante a administração pública, já que o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou agência reguladora, para a fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Entretanto, quando se fala na intensidade dessa decisão, há quem defenda que o IRDR gera efeitos tão somente persuasivos perante a administração pública. É o que defende Sofia Temer (2016, p. 220):

A decisão do IRDR não vincula diretamente, portanto, a administração pública direta e indireta, mas apenas o próprio Poder Judiciário. Significa dizer que, embora os órgãos da administração fiquem vinculados na medida em que sejam partes de processos judiciais em que haja discussão sobre a matéria decidida pelo IRDR, não haverá vinculação direta aos órgãos da administração direta e indireta à tese jurídica. (...) pensamos como um mecanismo que confere uma eficácia persuasiva em relação à administração pública.

Ou seja, para a autora, o acórdão do IRDR não deverá servir de seguimento obrigatório perante órgãos, entes ou agências reguladoras competentes para fiscalização, mas tão somente ao Poder Judiciário.

Entende-se por precedente persuasivo aquele que apresenta razões substanciais para alguém segui-lo. Assim, o juiz que está premido em seguir um precedente acredita nele e somente o segue convencido do seu acerto (BRONAUGH, *apud* AMARAL. 2016, p. 3). Ocorrendo dúvida do julgador, este poderá não seguir o precedente. Isto importa dizer que, possivelmente, o órgão da administração pública que foi atingido pelo incidente será intimado da decisão, mas poderá não acolher a tese jurídica fixada no IRDR, na medida em que esta decisão não teria seguimento obrigatório.

Acrescenta ainda Sofia Temer (2016, p. 220) que, enquanto o art. 927 do CPC/2015 prevê a eficácia efetivamente vinculativa, o art. 985, § 2º do CPC/2015 “dispõe de uma eficácia que não é compreendida como diretamente obrigatória, e, por isso, não prevê uma subordinação”. Isto significa que, na concepção da autora, o incidente aqui discutido tem eficácia obrigatória apenas sobre os próprios membros do Judiciário, gerando norma de âmbito restrito somente a juízes e tribunais.

Essa interpretação gera, por consequência, a impossibilidade de se fazer uso da reclamação constitucional, no caso do descumprimento da tese jurídica fixada no IRDR, uma vez que o julgamento do incidente é meramente persuasivo.

Em contrapartida, existem aqueles que defendem que o acórdão gerado pelo IRDR tem cunho obrigatório também para a administração pública.

Aqui, vale destaque para a lição de Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 1.332), que afirma que a vinculação vai além dos tribunais e juízes e envolve:

Todos os aplicadores do direito, inclusive nas relações entre privados. A vinculação para os órgãos públicos é ainda mais forte, uma vez que estes devem seguir os precedentes vinculantes no novo CPC com a força normativa da própria lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Quem defende essa corrente, à qual este trabalho se filia, ressalta que a administração pública ficará vinculada ao comando da decisão do IRDR. Em outras palavras, será destinatária da norma jurídica proferida no acórdão do incidente, gerando, assim, a mesma eficácia vinculante e obrigatória projetada em relação ao Poder Judiciário. Isto acontece em decorrência do poder vinculante do precedente gerado a partir do julgamento do IRDR, que irá determinar ações independentemente do seu convencimento. Nesse sentido, os precedentes vinculantes apresentam razões para ação e não razões para o convencimento – *reasons for action, rather than reasons for belief* (LAMOND, 2010. p. 20).

Essa tendência de obrigatoriedade na vinculação dos órgãos e agências fica muito clara principalmente com a leitura dos arts. 985, § 2º e 1.040, inc. IV, ambos do CPC/2015, que são diretos em determinar a vinculação do precedente também aos órgãos administrativos. Não faz sentido algum admitir, de um lado, que o juiz estará sujeito à incidência do precedente e, de outro, que a administração pública esteja livre para afastar como quer a sua observância.

Afinal, da análise da legislação e da doutrina é possível concluir que o acórdão proferido no julgamento do IRDR tem eficácia vinculante tanto ao Poder Judiciário quanto à administração pública. Pensar o contrário:

(...) seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores. (MARINONI, 2011, p. 475)

Nesse sentido, observa-se que o IRDR tem a premissa de estabelecer o tratamento isonômico das demandas processuais, trazendo maior segurança jurídica aos que litigam. A obrigatoriedade de observar e seguir uma decisão já firmada pelo respectivo incidente “aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos” (MELLO; BARROSO, 2016, p. 17).

É isto que caracteriza a decisão do IRDR como de seguimento obrigatório e vinculante tanto ao Judiciário, quanto à administração pública, pois a aplicação da tese jurídica definida no incidente é a consequência lógica da sua própria existência, já que pretende produzir padrão decisório para julgamento de questões jurídicas idênticas ou semelhantes, garantindo, assim, maior previsibilidade e uniformização nos julgados.

Cabe aqui a ressalva de que os efeitos da decisão do IRDR e sua extensão, principalmente quanto à vinculação da administração pública, são a questão central da presente dissertação. Isto porque, no Brasil, há crescente reconhecimento da força normativa vinculante das decisões judiciais.

Entretanto, há de se observar que no país que adota o sistema da *civil law*, como o Brasil, as decisões normalmente têm o cunho de gerar efeitos não vinculantes e *interpartes*, em que as decisões judiciais ocupam um papel secundário como fonte do direito. No entanto, a tendente aproximação do sistema da *common law* norte-americano e a perceptível ampliação do conceito de manutenção e verificação dos precedentes judiciais trazidos principalmente pelo CPC/2015 têm mudado esse cenário. Isto porque os efeitos da decisão judicial, antes com reflexos somente entre as partes, passam a dar lugar à produção de efeitos vinculantes e gerais (*erga omnes*), atingindo processos presentes e futuros, ultrapassando o caso concreto. Esses são os efeitos produzidos, por exemplo, na decisão do IRDR.

De acordo com o entendimento de Patrícia Mello e Luís Barroso (2016, p. 11), “todos os aludidos avanços, em sede infraconstitucional, indicavam uma persistente inclinação a atribuição às decisões judiciais efeitos para além do caso específico”.

Há, portanto, no Brasil, uma inevitável tendência de atribuir efeitos expansivos aos precedentes. Esta inevitável constatação tem crescido diante da aproximação de dois sistemas (*common law* e *civil law*), que se intensificou extraordinariamente com a chegada do CPC/2015.

Portanto, com a entrada em vigor do CPC/2015, instituiu-se no Brasil um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo o julgamento com seguimento obrigatório dos tribunais superiores e também dos tribunais de segundo grau e administração pública. Esta

tendência foi fortemente marcada, sobretudo, com a introdução do art. 927 do CPC/2015, que passou a prestigiar de forma direta a formação dos precedentes uniformizadores, estabelecendo um rol de seguimento obrigatório.

Pela redação do texto do CPC/2015, o acórdão do IRDR aproxima-se dos precedentes normativos em sentido forte⁴¹, ou seja, aqueles julgados que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias, nos quais o desrespeito enseja reclamação constitucional (MELLO, 2008, p. 61-112).

Este também é o entendimento de Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso (2016, p. 16), que sustentam que:

(..) são dotados de eficácia normativa em sentido forte: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência.

Tanto é que o legislador, preocupado com o cumprimento da tese fixada no julgamento do incidente, previu, no art. 988, inciso IV (BRASIL, 2015, *on-line*)⁴² do CPC/2015, a possibilidade de usar a reclamação constitucional para cassar as decisões divergentes do precedente instaurado no IRDR. Isto reforça ainda mais a intensidade da eficácia que quis imprimir o legislador ao precedente, sendo inevitável admiti-lo como de seguimento obrigatório ou, em outras palavras, é um claro precedente de força vinculante em sentido forte. Pode-se dizer que este é o novo padrão de vinculação trazido pelo CPC/2015.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 2441) tem igual discurso:

A previsão de cabimento de reclamação contra decisão que eventualmente desconsiderar o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, dirigido ao tribunal de onde o acórdão paradigmático emanou, altera substancialmente o dogma de eficácia meramente persuasiva dos precedentes no Brasil.

Isto significa que, após a decisão e julgamento da tese no IRDR, tanto o Poder Judiciário quanto a administração pública ficarão vinculados ao incidente, devendo dar o mesmo tratamento em relação à tese jurídica firmada, sob pena do ajuizamento do referido remédio constitucional.

⁴¹ Classificação dada por Mello (2008, p. 61-112).

⁴² Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Contudo, para se considerar o acórdão do IRDR um autêntico precedente vinculante, com força de projetar suas decisões aos casos presentes e futuros, há de se ressaltar a imprescindível observância dos requisitos a legitimar tal decisão: a participação na formação do incidente e a fundamentação da tese fixada. Isto significa que a decisão que julga o IRDR só será considerada precedente se respeitar o devido processo legal.

Não restam dúvidas sobre a eficácia vinculante do acórdão do IRDR, que tem o condão de gerar efeitos de seguimento obrigatório perante o Judiciário e também a administração pública.

Veja-se, então, no item seguinte, como o respectivo incidente vem sendo tratado e como tem se dado sua repercussão no Judiciário e na administração pública.

4.5 O IRDR E SUA REPERCUSSÃO PRÁTICA

Como se viu, o CPC/2015 depositou no IRDR a missão de ser o instrumento capaz de combater a multiplicação dos processos individuais repetitivos de massa, eliminando ainda as decisões contraditórias proferidas sobre um mesmo assunto com que comumente se depara nos tribunais.

Para tanto, múltiplas questões já estão sendo objeto de análise pelo IRDR em diversos Estados. As matérias abrangem reajustes salariais de servidores, a discussão sobre a inclusão ou não da Caixa Econômica Federal nos processos em que se discuta o seguro habitacional do Sistema Financeiro de Habitação, o debate sobre o art. 45 da Lei 8.213/91, que preceitua sobre o acréscimo de 25% no valor da aposentadoria por invalidez de segurado que necessite de assistência de outra pessoa, o direito dos servidores públicos que se aposentaram de receber proventos integrais com manutenção de todas as rubricas, entre outros temas discutidos mediante a utilização do incidente.

Como já se viu em pesquisa mencionada anteriormente, os entes públicos (administração pública direta e indireta) figuram no topo dos maiores litigantes do Brasil. Esses números se refletem diretamente no próprio incidente, visto que, como se vê no Anexo A, Gráfico 6 – Incidente por assunto, a matéria mais suscitada em sede de IRDR tem sido aquela voltada ao conflito que abranja Direito Administrativo e matéria de direito público.

Prevendo a disseminação dessas e de outras questões levantadas no âmbito do respectivo incidente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, em 13 de julho de 2016, a Resolução 235, a fim de padronizar os procedimentos administrativos decorrentes de

juízo de repercussão geral e os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, de competência prevista na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

O CNJ determinou ainda, no art. 6º da Resolução nº 235⁴³, que todos os Tribunais criassem, no âmbito de sua estrutura administrativa, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), com o objetivo, em suma, de organizar e gerenciar os processos repetitivos, criando ainda um banco com informações acerca da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes para otimização do sistema de julgamento de casos repetitivos e de formação concentrada de precedentes, alimentando, conseqüentemente, o banco de dados nacional do CNJ.

Esse banco de dados, por sua vez, será responsável por divulgar os IRDRs suscitados em âmbito nacional, em cumprimento à determinação do art. 979, *caput*, do CPC/2015, que discorre sobre a mais ampla publicidade da instauração e julgamento do incidente por meio de registro eletrônico no CNJ (Anexo A - Tabela 1 – Lista dos incidentes pelo Brasil).

Cabe ressaltar que, no âmbito do Estado do Pará, já fora implantado o Nugep⁴⁴, que atua em conjunto com a Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais (Cree) na gestão dos IRDRs e dos recursos repetitivos do Estado.

Segundo as informações prestadas pelo respectivo núcleo, no Tribunal de Justiça do Estado do Pará já foram suscitados 13 IRDRs, dos mais diversos temas, na sua maioria realizados por requerimento de magistrados, legitimidade esta prevista no art. 977, inc. I, do CPC/2015.

Entretanto, segundo informações prestadas pela Coordenadoria do Nugep/PA, alguns dos IRDRs teriam sido inadmitidos por não estarem devidamente instruídos, ou seja, não preenchiam os requisitos mínimos do art. 976, inc. I (efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia de direito) e inc. II (risco à isonomia e à segurança jurídica) do CPC/2015.

Verificando que o incidente representa ainda uma novidade na dinâmica do tribunal e que ainda pairam questionamentos sobre o mesmo, a Cree, em parceria com o Nugep do

⁴³ Art. 6º – O STJ, o TST, o TSE, o STM, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem organizar, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) no âmbito de suas estruturas administrativas com as atribuições previstas no art. 7º.

⁴⁴ Criado pela Portaria nº 4.063/16 – TJPA, de 30 de agosto de 2016, em obediência à Resolução nº 235 do Conselho Nacional de Justiça, de 13 de julho de 2016.

TJ/PA, elaborou a “Nota Técnica do IRDR”⁴⁵, esclarecendo eventuais dúvidas, principalmente sobre a instauração e o processamento do incidente no tribunal local.

Para tanto, fora determinado que, para a suscitação do incidente, o magistrado deveria instruir um ofício informando sobre o pedido de instauração do IRDR, juntando ainda cópia do processo representativo e certidão⁴⁶ de pelo menos dois juízos informando a quantidade de processos repetitivos em que se esteja discutindo aquela mesma questão jurídica.

A exigência da certidão, segundo a Coordenadoria do Nugep/PA, seria para o cumprimento do requisito de instauração do incidente, elencado no art. 976, inc. I (efetiva repetição de processos que contenham a mesma controvérsia de direito).

Vale destacar que não há um número mínimo de demandas repetitivas para que se dê a instauração do IRDR, pois a legislação processual não determinou esse quantitativo, deixando a margem de interpretação ao relator quando da realização do juízo de admissibilidade do incidente. É importante, entretanto, que haja um número razoável de demandas com controvérsias repetitivas.

Quanto ao segundo requisito esculpido no art. 976, inc. II (risco à isonomia e à segurança jurídica), bastaria então constatar um número expressivo de demandas repetitivas para caracterizar o risco à isonomia e à segurança jurídica.

Assim, o número relevante de ações já determina a quebra da segurança jurídica e o risco de produzir decisões díspares. Em outras palavras, aquele número de processos correndo sob varas diferentes teria potencial para gerar a quebra na segurança jurídica.

Além do mais, o TJ/PA tem o entendimento de que não é preciso a pendência de processo no tribunal para suscitar o IRDR, sob o argumento de que o CPC/2015 não previu essa orientação, e que o Enunciado nº 22 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam)⁴⁷ também ratifica esse posicionamento.

Esta questão tem gerado grandes polêmicas na prática, pois de forma diferente tem entendido o Tribunal do Estado da Bahia, que impõe a necessidade de pendência de processo no tribunal para disparar o incidente.

Apesar do grande investimento nos procedimentos tecnológicos e de informática, as ferramentas de consulta processual, em grande parte dos tribunais do país, ainda são precárias,

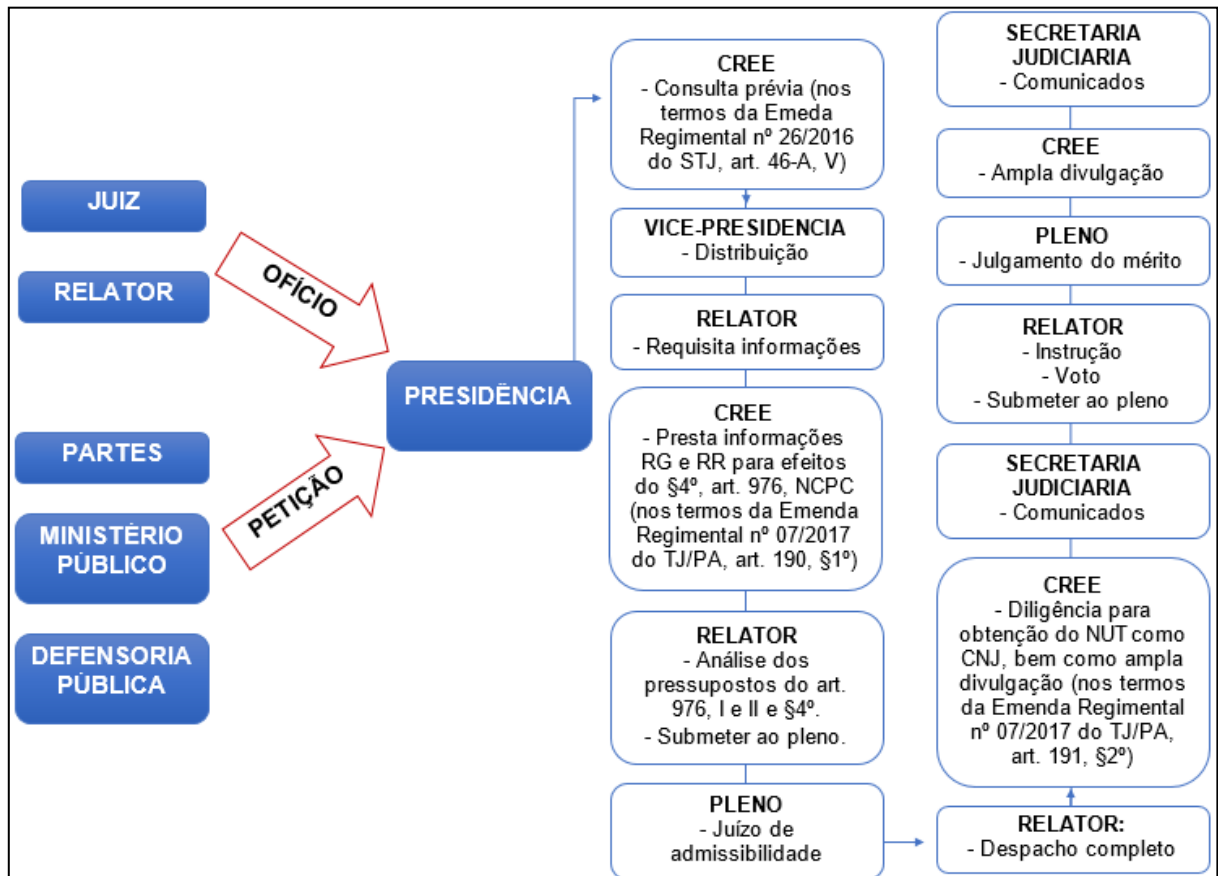
⁴⁵ Disponível em: [<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=432960>]. Acesso em: 22 abr. 2017.

⁴⁶ Nessa certidão, bastaria o juízo informar o número do processo e a quantidade de demandas que versem sobre a mesma controvérsia de direito.

⁴⁷ Na redação dada pela Enfam: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”. Disponível em [<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>]. Acesso em 21 abr. 2017.

o que inviabilizaria os legitimados de consultar efetivamente as causas pendentes no tribunal. Logo, o requisito, se obrigatório, seria um empecilho para frustrar a disseminação do IRDR. Portanto, na tentativa de fixar procedimentos e reduzir as divergências em face desse novo instrumento processual, o Nugep/PA tem adotado o fluxograma⁴⁸ de procedimentos para o IRDR apresentado no Gráfico 3. Esse gráfico estabelece todo o trâmite do incidente desde a sua origem, com a provocação dos legitimados, até a ampla comunicação e divulgação da tese fixada.

Gráfico 3 – Proposta de fluxo do IRDR no TJ/PA



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Pará (s.d.).

Vale aqui destacar dois pontos importantes. O primeiro é a previsão de saneamento do processo para a formação do incidente, que, segundo o fluxograma divulgado pelo tribunal,

⁴⁸ Disponível em [<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=432960>]. Acessado em 21 abr. 2017.

deve ser realizado pela Cree. O objetivo é buscar os ajustes necessários e a instrução adequada do incidente para aumentar as chances de passar pelo juízo de admissibilidade.

Pode a Cree, por exemplo, verificar se aquele legitimado cumpriu com os requisitos mínimos do incidente, se tem um número expressivo de demandas versando sobre aquela mesma questão ou até mesmo se aquela matéria suscitada já foi afetada pelos tribunais superiores, o que obstaría o prosseguimento do incidente.

Realizado então o juízo de admissibilidade positivo do incidente, isto deverá provocar a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a mesma controvérsia e que tramitam no Estado ou na região em que se instaurou o incidente, que possui, conforme previsto no art. 980 do CPC/2015, prazo de um ano para ser julgado.

Cumprido ressaltar que o órgão colegiado, na admissibilidade do IRDR, deverá identificar claramente a questão jurídica a ser debatida e julgada pelo incidente, possibilitando aos magistrados a correta identificação dos processos que serão alcançados pelos efeitos da decisão.

Essa identificação é necessária porque a formação do incidente deve ser feita mediante ampla divulgação. Este é outro ponto que se destaca do fluxograma, pois é por meio dessa publicidade que os interessados tomarão conhecimento das questões jurídicas submetidas ao julgamento do incidente.

Ou seja, após a admissibilidade do incidente, a Secretaria Judiciária realiza a comunicação do IRDR, por edital e pelo *site* do tribunal, permitindo ainda haver o chamamento de terceiros interessados, *amicus curiae* e da administração pública, quando se tratar de objeto de questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado.

Isto reforça a ideia de que, havendo afetação do incidente perante a administração pública, é necessário que haja a comunicação e participação do órgão, ente ou agência reguladora na formação da tese.

O exercício do contraditório no incidente é necessário não só porque esses órgãos, entes ou agências serão destinatários finais do julgamento, mas também pelo efeito expansivo que a decisão do incidente tende a gerar.

Portanto, por mais que o IRDR seja uma proposta incipiente no trato dos processos repetitivos, ainda provocando grandes debates, tem sido tratado como um grande mecanismo de uniformização das decisões judiciais.

Em âmbito nacional, alguns tribunais já têm admitido e decidido questões jurídicas por meio do IRDR (ver Anexo A: Gráfico 4 – Número de incidentes por tribunal e Gráfico 5 – Número de incidentes por tribunal – julgados). Esse número tem aumentado a cada ano, com

a perspectiva de alcançar resultado mais expressivo até o final deste ano. (Anexo A: Gráfico 1 – Número de incidentes ingressados por ano).

Em caso analisado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Recife-PE), levantou-se a discussão em IRDR se a Caixa Econômica Federal (CEF) deve ser parte nos processos que envolvem o seguro habitacional do Sistema Financeiro de Habitação. Se o resultado do julgado entender que a CEF deve ser parte, a competência das ações em que se discuta seguro habitacional do Sistema Financeiro de Habitação deve ser deslocada para a Justiça Federal.

No Estado da Bahia, a Procuradoria Geral do Estado suscitou o incidente para uniformizar entendimento sobre a possibilidade do repasse, aos municípios baianos, de montante referente à arrecadação de ICMS. A verba deixou de ser paga, tendo em vista a concessão de benefício fiscal a determinadas empresas⁴⁹. O IRDR foi admitido em 8 de março de 2016 e deverá suspender o curso de aproximadamente 124 ações que tramitam no Tribunal de Justiça da Bahia, até o julgamento final da questão.

No mesmo tribunal, em 16 de junho de 2016, foram admitidos ainda, por unanimidade, três IRDRs que versam sobre a remuneração de policiais militares. As matérias discutidas são: a) a concessão de auxílio-transporte aos policiais militares nos termos previstos no art. 92, inc. V, letra “h”, da Lei Estadual nº 7.990/2001; b) a aplicação dos art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.145/1997 e 110, § 3º, da Lei nº 7.990/2001, que garantem a revisão de valores de Gratificação de Atividade Policial (GAP) na mesma época e no mesmo percentual de reajuste do soldo; c) a natureza jurídica do ato que extinguiu a Gratificação de Habilitação Policial Militar (GHPM), substituindo-a pela Gratificação de Atividade Policial Militar (GAP), por meio da Lei Estadual nº 7.145/1997⁵⁰. Ao total, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já admitiu seis IRDRs das mais diversas matérias.

Nessa mesma linha, o Estado do Rio de Janeiro já admitiu oito IRDRs, dos quais apenas três com julgamento finalizado e tese fixada, versando um deles sobre a constitucionalidade e legalidade, a uma, dos atos governamentais editados a partir de dezembro de 2015, com o objetivo de postergar o pagamento de vencimentos, proventos e, a duas, pensões e o arresto de verbas públicas estaduais para garantir, em demanda individualmente ajuizada, o pagamento de servidor público, aposentado ou pensionista, em datas anteriores às estabelecidas por aqueles atos governamentais⁵¹.

⁴⁹ Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=96079]. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁵⁰ Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=96079]. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁵¹ Disponível em: [<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/3607547/irdr.pdf?v=06>]. Acesso em: 20 abr. 2017.

O Tribunal do Estado de São Paulo também segue a mesma linha e já admitiu sete IRDRs, versando dois sobre a majoração do limite máximo da garantia no período verificado entre a decretação da intervenção e a decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira associada ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC). Um outro envolve pedido de uniformização de jurisprudência acerca da possibilidade ou não de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, alvo de acentuada divergência na jurisprudência⁵².

De fato, a maior ocorrência do incidente processual tem sido na Justiça Estadual, que se destaca em números de IRDRs admitidos e julgados (ver Anexo A: Gráfico 2 – Número de incidentes por justiça e Gráfico 3 – Número de incidentes por justiça – julgados). Esse resultado se reflete diretamente no número de demandas suspensas para a discussão da tese, que já chega a 32. 443 (ver Anexo A: Gráfico 8 – Quantidade de processos sobrestados por justiça).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais saiu na frente com 29 IRDRs suscitados e admitidos, evidenciando-se como o Estado com maior volume de incidentes processuais (ver Anexo A: Gráfico 4 – Número de incidentes por tribunal).

Isto não significa, porém, que o respectivo tribunal tenha promovido também a maior quantidade de julgamentos e fixação de teses. Esse destaque ficou para os Tribunais do Distrito Federal, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (ver Anexo A: Gráfico 5 – Número de incidentes por tribunal – julgados).

Na Justiça do Trabalho, os Tribunais Regionais, embora de forma tímida, têm admitido e julgado IRDRs. No Estado do Pará (TRT 8ª Região), onde se desenvolve esta pesquisa, já existem dois IRDRs distribuídos, admitidos e julgados, mas esses números não aparecem de forma precisa nos gráficos do CNJ. O primeiro incidente foi disparado pelo Ministério Público do Trabalho do Pará e Amapá, e o segundo por membro da advocacia.

Importa observar que o incidente já chegou também ao Superior Tribunal de Justiça. Em caso que envolvia a inclusão de aulas em simulador de direção veicular como requisito necessário à obtenção da carteira de habilitação, conforme Resolução 543/2015⁵³, o STJ sobrestou o andamento de todas as ações em trâmite, em âmbito nacional, que versem sobre a mesma questão.

⁵² Disponível em: [<http://www.tjsp.jus.br/Nurer/Nurer/Irdrr>]. Acesso em: 20 abr. 2017

⁵³ A Resolução nº 543/2015 do Contran foi editada em estrita observação aos limites do poder regulamentar, do que resulta a legalidade da obrigatoriedade da inclusão de aulas em Simulador de Direção Veicular para os candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH).

Esse é o primeiro caso em que o STJ acolhe pedido de suspensão da tramitação de processos em decorrência da admissão de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

O pedido foi realizado pela União⁵⁴, com fundamento no § 3º do art. 982 do Código de Processo Civil e no art. 271-A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requerendo a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional, inclusive nos juizados especiais. Vale ressaltar que o STJ já tinha recebido sete pedidos de suspensão do andamento de processos por causa do IRDR, mas este foi o primeiro aceito pela corte em recente decisão.

No presente caso, a União demonstrou ainda existirem pelo menos 490 ações em tramitação na primeira e segunda instâncias da Justiça Federal e, entre elas, destaca a existência de mandados de segurança, ações ordinárias e ações civis públicas, algumas inclusive com pedido de tutela provisória deferido e outras com pedido pendente, revogado, indeferido ou postergado, ressaltando ainda existirem decisões conflitantes entre diferentes tribunais regionais federais quanto à legalidade ou não da citada Resolução Contran nº 543/2015, o que reforça a tese de comprometimento da segurança jurídica.

Com isso, entendeu o ministro Paulo de Tarso Sanseverino haver demonstração da ocorrência de violação da segurança jurídica e o excepcional interesse público a justificar o pedido de suspensão de processos em todo o território nacional. Eis o que diz o ministro:

A ausência de uniformização de entendimento, como no presente caso, é perniciosa ao direito e vai de encontro à segurança jurídica e à organicidade do sistema jurídico, sendo dever do Superior Tribunal de Justiça decidir em definitivo a questão jurídica (art. 105 da Constituição Federal), sem prejuízo, é claro, de eventual e justificada revisão de tese”.

(...)

“Sem adentrar ao mérito da questão, é possível identificar que a solução definitiva da controvérsia de direito impactará, certamente, os centros de formação de condutores no País, mas vejo, com maior destaque, o reflexo que se dará nos milhares de candidatos que se submetem anualmente aos treinamentos obrigatórios para a habilitação como motoristas de veículos automotores. Esse reflexo se dissipa amplamente, pois é sabido que as políticas de trânsito interferem intensamente na vida social e, a depender da definição estatal, pode representar redução de acidentes nas vias urbanas e rurais do Brasil”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 7 – PR (2017/0071428-1) Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília (DF), 2017. p 12-13⁵⁵.

⁵⁴ A legitimidade da União decorre do fato de ser parte do Procedimento Comum nº 5025963-63.2016.4.04.7000/PR, em tramitação pela 1ª Vara Federal de Curitiba, o qual ensejou, a requerimento da juíza federal substituta da vara, a admissão do IRDR nº 5024326-28.2016.4.04.0000/PR no TRF da 4ª Região.

⁵⁵ Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73393118&num_registro=201700714281&data=20170623&tipo=0>. Acesso em 01 jul. 2017.

Veja-se que algumas questões a serem decididas em face do IRDR podem gerar repercussão para além do âmbito jurídico, provocando, inclusive, intercessão perante a administração pública. É o caso, por exemplo, da admissão do IRDR no Estado do Paraná para análise e julgamento da inclusão da “tarifa de uso do sistema de distribuição de energia – Tusd” e da “tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão – Tust” na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para consumidores cativos. Ou seja, deve-se definir se o ICMS incide na cobrança da Tusd e da Tust.

O impacto dessa demanda, sem dúvida, produzirá efeitos perante a agência reguladora de energia elétrica (Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel), para onde deverá ser dirigido o incidente fixado, com o objetivo de que haja o cumprimento obrigatório, pelas concessionárias de serviço público, da tese jurídica fixada no julgamento do incidente. Em outras palavras, a tese julgada pelo incidente terá seguimento vinculante perante a administração pública, obrigando a agência reguladora a realizar a recepção da norma, cobrando e fiscalizando sua aplicação perante as concessionárias de energia elétrica.

Acontece que o impacto do julgamento do incidente perante a administração pública leva à compreensão de que sua incidência vai além da mera regulamentação do serviço concedido, autorizado ou permitido, tendo o poder de gerar impacto bastante amplo. Isto porque, para se ter um exemplo, a modificação pelo Judiciário dos parâmetros da incidência do ICMS sobre as tarifas de distribuição de energia elétrica deve gerar impacto direto na arrecadação dos Estados afetados pela medida.

Isto foi o que constatou o procurador do Rio Grande do Sul quando alegou, durante sustentação oral feita em sessão de julgamento que analisava o presente caso, que a mudança de tais parâmetros poderia causar aos Estados afetados um impacto de cerca de R\$ 14 bilhões na arrecadação apenas em um ano⁵⁶.

Assim, tendo em vista o impacto avassalador do julgamento do IRDR, necessário se faz analisar algumas premissas geradas a partir dos efeitos reflexos desse incidente, o que será feito no capítulo seguinte.

Tais premissas, como já se afirmou, advêm dos reflexos que a decisão do incidente tende a gerar perante a administração pública, entre os quais se destacam as seguintes indagações: Como se dará a recepção do incidente pelas agências reguladoras? Como as agências fiscalizarão o descumprimento do incidente? Quais as consequências caso haja o

⁵⁴ Disponível em:

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Turma-vai-decidir-por%C3%A0Amica-sobre-ICMS-em-energia-para-grandes-consumidores]. Acesso em 20 abr. 2017.

descumprimento da tese fixada no incidente? Haveria alguma implicação econômica dessa intervenção judicial? O agente regulador participará do contraditório antes da formação do incidente?

Esclarecidas tais questões, será analisado se, ao decidir questões relativas ao mérito administrativo, o Judiciário estaria se imiscuindo na atividade regulatória, numa flagrante violação ao princípio da separação de poderes, ou se essa intervenção representa um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI.

5 O IRDR E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Entre as inúmeras modificações ocorridas no sistema jurídico nacional, trazidas pelo CPC/2015, o IRDR tornou-se, por um lado, a grande solução para o trato das demandas de massa e, por outro, alvo de intensas críticas quanto a sua constitucionalidade.

Uma das grandes discussões levantadas e que tem sido ponto sensível na doutrina diz respeito à vinculação obrigatória da decisão que julga o IRDR e que tem a potencialidade de gerar efeitos perante a administração pública.

É o que dispõe o art. 985, § 2º do CPC/2015: “se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (BRASIL, 2015, *on-line*).

Esse efeito expansivo do incidente, tendente a vincular a administração pública à sua decisão, tem suscitado dúvidas sobre uma possível violação do princípio da separação entre os poderes. O principal sustentáculo dessa posição é a tese de que ocorreria evidente interferência de poderes, na medida em que incumbiria ao Poder Executivo e não ao Judiciário a regulação dos órgãos e agências da administração pública, promovendo, assim, verdadeira violação ao primado da separação dos poderes.

Essa violação, todavia, não é defendida por unanimidade. Os livros e artigos científicos que se dedicam a falar sobre o tema têm apontado diversas variações e interpretações sobre a mesma questão. Isto porque o Judiciário, ao decidir o mérito do IRDR e afetar a administração pública, estaria supostamente exercendo função que seria própria do Poder Executivo. De outro lado, essa interferência do Judiciário em outros poderes estaria, na verdade, representando uma ruptura com o tradicional modelo de separação de poderes e indicando que o estado constitucional marcha para um novo rumo.

Em outras palavras, estaria se defendendo, corrente à qual nos filiamos, um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI, que tende a prestigiar verdadeira conciliação, cooperação e comunicação entre as forças de poder, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esse novo padrão, como se verá a seguir, é integrante de um Judiciário forte e independente, calcado numa atuação mais participativa na proteção dos direitos e garantias

fundamentais, que, ao mesmo tempo, tende a promover uma inter-relação e integração entre os poderes.

Trata-se de um processo natural, que vem sendo iniciado a partir das novas tendências processuais, com a aproximação do sistema da *common law* norte-americana e a perceptível ampliação do conceito dos precedentes judiciais trazidos principalmente pelo CPC/2015. Isto de fato mexe com o eixo central das atividades do Estado.

Sendo assim, como é tema central do presente trabalho o impacto que a decisão do incidente tende a gerar perante a administração pública, serão analisadas, inicialmente, as premissas levantadas que suscitam dúvidas sobre o IRDR.

Para se tentar chegar a conclusão sobre a violação ou não ao princípio da separação dos poderes, é imprescindível analisar o surgimento e a função das agências reguladoras na legislação pátria, as concepções tradicionais do princípio por meio das teorias de Montesquieu, bem como sua contribuição para a experiência constitucional brasileira. Essa análise levará à conclusão de que o princípio da separação dos poderes está caminhando para uma necessária reestruturação e releitura, de acordo com as mudanças perpetradas pelo Estado Contemporâneo.

Tal percepção é necessária para que as mudanças ocorridas na legislação processual não sejam obstadas pela visão mais clássica da separação dos poderes, que já se encontra em descompasso com a atual realidade. Ou seja, é preciso compreender que ou a separação de poderes acompanha as mudanças perpetradas pela legislação ou servirá de barreira aos avanços necessários da sociedade contemporânea. É necessário, pois, estabelecer um novo padrão entre os poderes que valorize a conciliação, a cooperação e a comunicação entre os poderes estatais. Isto leva, conseqüentemente, ao estabelecimento de um novo diálogo institucional, em que Legislativo, Executivo e Judiciário passam a fazer parte de um novo ciclo integrativo, de interferências mútuas para alcançar o bem comum.

5.1 INCIDÊNCIA DA DECISÃO DO IRDR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1.1 Premissas

Como já mencionado, a decisão do IRDR tem amplitude extensa, na medida em que irradia seus efeitos perante a administração pública, de forma vinculante e obrigatória.

Isto significa que, conforme disciplina o art. 985, § 2º do CPC/2015, “se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o

resultado do julgamento será comunicado para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (BRASIL, 2015, *on-line*).

Em outras palavras, o resultado do julgamento será comunicado à agência reguladora, para a efetiva fiscalização da tese jurídica fixada no incidente. Ainda como consequência, as empresas concessionárias de serviço público deverão obrigatoriamente seguir o precedente fixado no IRDR.

Portanto, é necessário compreender algumas premissas decorrentes dos efeitos reflexos gerados a partir do julgamento do respectivo incidente, o que vem causando as seguintes indagações: Como se dará a recepção do incidente pelas agências reguladoras? Como as agências fiscalizarão o descumprimento do incidente? Quais as consequências caso haja o descumprimento da tese fixada no incidente? Haveria alguma implicação econômica dessa intervenção judicial? O agente regulador participará do contraditório antes da formação do incidente?

Abordar tais premissas é necessário para que se possa compreender como se efetivará a aplicação da tese julgada no IRDR perante a administração pública, além do que servirá também para tentar dirimir alguns questionamentos sobre o impacto desse incidente na ordem econômica e na separação dos poderes. Isto porque o IRDR gravita em torno de diversas atividades empreendidas na sociedade – bancos, seguro de saúde, telefonia, aviação civil, entre outras –, atividades estas sujeitas à intervenção das agências reguladoras. Além disso, representa um instrumento inovador que mexe com a estrutura constitucional dos poderes, uma vez que entrega autonomia ao Judiciário para exercer muito além das suas prerrogativas.

Para se ter uma ideia, o IRDR pode incidir, por exemplo, quando se discute sobre conflito de fidelidade contratual com empresas de telefonia *versus* a liberdade de contratar, considerada direito básico do consumidor. Tal questão tende a gerar repercussão na vida da sociedade e na relação contratual da agência reguladora e da empresa concessionária/permissionária de serviço público.

De igual forma, o incidente poderá emitir norma jurídica a ser aplicada perante as concessionárias de serviço público, autorizando, por exemplo, as companhias aéreas a cobrarem pelo despacho de qualquer bagagem, independentemente do peso, gerando impacto a todos os consumidores.

O mesmo aconteceu quando da admissão do IRDR no Estado do Paraná com o objetivo de dirimir a incidência ou não de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas “tarifas de uso do sistema de distribuição de energia – Tusd” e na “tarifa de uso dos sistemas elétricos de transmissão – Tust”.

Nesse sentido, julgado o incidente e fixada a tese jurídica, havendo questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a agência reguladora correspondente deverá ser comunicada, para recepcionar a tese fixada no incidente como padrão obrigatório a ser seguido.

Ou seja, a agência deverá, após recebida a tese do IRDR, ser comunicada e consequentemente instada a expedir atos normativos (resolução, portaria e outros) que regulem aquela tese jurídica obrigatória. É por meio da edição desse ato regulamentar que a agência passa a cobrar e fiscalizar o cumprimento da tese julgada, perante o concessionário e permissionário de serviço público, fazendo com que se torne de seguimento obrigatório.

Isto reforça a tese de que o IRDR possui, na verdade, natureza jurídica/administrativa, já que projeta sua repercussão para além do Judiciário, podendo interferir e regulamentar determinada situação perante o Poder Judiciário e, em especial, a administração pública.

A partir dessa nova sistemática trazida pelo CPC/2015, as agências reguladoras deverão ficar mais atentas aos incidentes julgados, bem como terão a incumbência de acompanhar mais de perto a prestação do serviço público concedido, permitido ou autorizado, posto que, deverão participar do debate para a formação do incidente, coletando dados, controlando, fiscalizando, recepcionando a tese fixada no incidente, estabelecendo padrões e normas – tudo para que haja um controle sobre as empresas concessionárias e permissionárias prestadoras do serviço público. O controle e a fiscalização são imprescindíveis ao cumprimento da tese jurídica fixada no IRDR, que, como já dito, é de seguimento obrigatório.

Nesse sentido, mesmo no caso de a agência reguladora recepcionar o incidente julgado em sede de IRDR e haver o descumprimento pelas empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, caberá ao órgão fiscalizador (agência reguladora) impor sanções administrativas para obrigar ao cumprimento integral da tese jurídica julgada no incidente. Isto porque são as agências reguladoras legítimas em atribuir sanções aos órgãos regulados, e, havendo o descumprimento da tese jurídica por parte destes, poderão ainda ser aplicados contra eles os meios coercitivos para o cumprimento da decisão.

Isto implica dizer que, uma vez constatada a desobediência pelo órgão regulado da tese julgada no IRDR, caberá ao ente regulador determinar todas as sanções para assegurar o cumprimento da ordem judicial, tais como multas pecuniárias, termo de ajustamento de condutas, entre outras penalidades de natureza disciplinar e administrativa que venham a coibir o descumprimento do incidente, podendo até mesmo ocorrer a rescisão do ato de concessão, permissão ou autorização realizado pelo ente público.

Em outro caso, em havendo descumprimento da tese por parte das agências reguladoras e sendo estas partícipes da formação do incidente e destinatárias finais da tese, o caminho seguido aqui é outro, pois caberá reclamação constitucional para garantir a integralidade e os fundamentos da decisão proferida no incidente, conforme disciplina o art. 985, § 1^o⁵⁷ e o art. 988, inc. IV⁵⁸, do CPC/2015.

Nesses casos, há legitimidade passiva da autoridade da administração pública indireta, federal, estadual ou municipal, em razão do descumprimento do incidente e para garantir a autoridade da decisão judicial, sendo legítimos ativamente para propor a reclamação constitucional tanto o Ministério Público quanto as partes, conforme disciplina o art. 988 do CPC/2015.

Vale ressaltar que o art. 988 do CPC/2015 não reserva previsão legal específica para a utilização do respectivo remédio constitucional quando houver descumprimento à ordem judicial feita pela agência reguladora, entretanto aplica-se-lhe o inciso IV.

O art. 103-A, § 3^o da CF/88 assegura ainda o uso do remédio constitucional contra decisão judicial ou ato administrativo que contrariar súmula vinculante. Assim, em interpretação análoga, caberá também ao tribunal processar e julgar reclamação constitucional de decisão judicial ou ato administrativo que não aplicar a tese fixada no IRDR ou que a aplique indevidamente.

Nesses casos, procedente a reclamação, anular-se-á o ato administrativo ou cassar-se-á a decisão judicial reclamada, determinando seguimento obrigatório da tese jurídica já fixada no incidente, por se tratar de precedente vinculante.

Além disso, poderá ainda o tribunal, por força do art. 139, IV do CPC/2015, impor às agências reguladoras, no caso de desrespeito ao julgamento do incidente, todas as sanções indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias ao fiel cumprimento da ordem judicial.

⁵⁷ 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.

§ 1^o Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

⁵⁸ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Quando o Ministério Público não for parte promovente da Reclamação Constitucional, “terá vista do processo por 5 (cinco) dias, após o decurso do prazo para informações e para o oferecimento da contestação pelo beneficiário do ato impugnado”, conforme redação do art. 991 do CPC/2015.

Ao administrador público cabe a obediência do julgado no incidente e, portanto, deve adotar todas as providências para receber a decisão e aplicá-la à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado. Se assim não ocorrer, indispensável será o direcionamento da penalidade à agência reguladora, responsável pelo retardamento da eficácia judicial e a única capaz de efetivar o cumprimento da obrigação imposta.

O dispositivo foi introduzido pelo CPC/2015 como um poder atribuído ao magistrado para cooperar na realização da justiça e na otimização do processo, voltado à maior eficiência das decisões judiciais. Afinal, conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 93), “a efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro”.

Assim, o juiz poderá se valer de todas as medidas assecuratórias para exigir o cumprimento da obrigação, ou seja, da tese fixada no IRDR, podendo determinar os meios sub-rogatórios que achar mais adequados e proporcionais à satisfação integral da decisão.

Sem contar que, sendo a agência reguladora partícipe da formação do incidente, deve cumprir com exatidão a tese julgada no incidente, conforme dispõe o art. 77, inc. IV, do CPC/2015⁵⁹, sob pena de incorrer em ato atentatório à dignidade da justiça, segundo disciplina o § 1º⁶⁰ do mesmo diploma legal.

Tendo em vista o caráter jurídico/administrativo do IRDR, é possível então defender que este incidente tende a gerar uma obrigação de receber e fiscalizar o cumprimento da ordem judicial (tese fixada) pelo órgão regulador (agência) e que o seu descumprimento abre margem para a utilização da reclamação constitucional. De outro lado, o incidente também gera uma obrigação de cunho administrativo perante o órgão regulado (prestador de serviço público), em que a desobediência à tese deve ensejar sanções administrativas.

⁵⁹ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

(...)

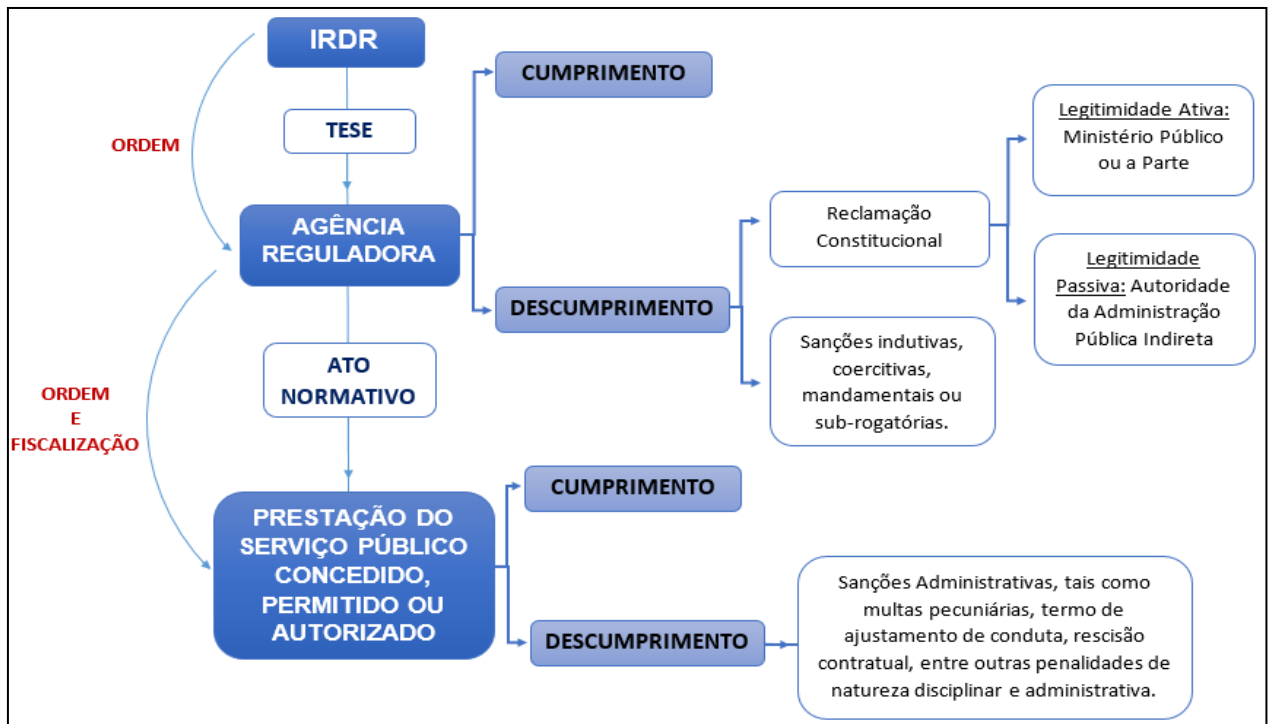
IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

⁶⁰ Art. 77.

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

Gráfico 4 – Aplicação da tese do IRDR na administração pública



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Pará (s.d.).

Portanto, é necessário que as agências reguladoras recepcionem a tese por meio da sua normatização em âmbito administrativo e que promovam severa fiscalização dos órgãos regulados. Essa fiscalização deve ser associada a um movimento de diálogo com os demais órgãos (Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública, Procon, entre outros) e a própria população. Essa comunicação contribuirá bastante para que os órgãos regulados e reguladores fiquem atentos ao cumprimento efetivo do incidente.

Tal articulação e intercessão entre os órgãos, agências, concessionários/permissionários e o Judiciário representa, sem dúvida, um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI, que reúne as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas.

Além do mais, não se pode esquecer o impacto econômico que o IRDR pode gerar. Isto porque há uma crescente preocupação de que a tese fixada pelo Judiciário no incidente possa alterar drasticamente a política regulatória das agências em relação aos órgãos regulados, sem a possibilidade de avaliar de fato seus reais riscos.

Basta pensar, por exemplo, num empresário que entra num leilão para a prestação de um serviço público de telefonia, projetando determinado cálculo de quanto seria seu

investimento e qual seria sua taxa de retorno. Passados alguns anos já executando o contrato e seguindo à risca as cláusulas contratuais pactuadas com a agência reguladora competente, o Judiciário resolve, por meio do IRDR, modificar determinado parâmetro de cobrança daquele ente regulado perante o consumidor.

Veja-se que o órgão regulado planejou e investiu grande volume de recursos durante anos de prestação de serviço, acreditando que o investimento lhe traria um retorno compensatório, mas em determinado momento, por meio da decisão do IRDR, a taxa cobrada daqueles consumidores deixará de ser efetivada.

Ora, quando o poder público contrata uma instituição privada para assumir a prestação de um serviço essencialmente público, isto significa que o órgão regulado deve se empenhar para prestar o melhor serviço possível; em contrapartida, estabelece, na celebração do contrato com a agência, uma precificação por meio da análise de alguns pressupostos, como prazo de vigência e tipo de serviço prestado, entre outros.

Se esse contrato é alterado por meio de uma decisão judicial, como poderá acontecer no IRDR, o empresário, órgão regulado, tende a se retrair e a evitar investimentos, posto que percebe aí um caminho inseguro para maiores ímpetus financeiros.

Esse temor pode acontecer, pois a tese julgada em sede de IRDR poderá alterar a política regulatória da administração pública. Isto pode gerar insegurança para os investidores em decorrência da imprevisibilidade dos seus efeitos, além de possíveis prejuízos econômicos decorrentes daquela nova decisão em sede de incidente.

Esses fatores têm efeitos diretos nas demissões em massa de funcionários, no recuo da produtividade, na redução das importações e exportações, consequências estas que contribuem para o quadro de retração econômica do país.

Atualmente, já existem algumas decisões tomadas em âmbito judicial que têm interferido na regência da administração pública, possivelmente gerando impactos econômicos. Vale lembrar os milhões de ações ajuizadas para discutir a cobrança da taxa de assinatura básica do telefone fixo, que envolvem consumidores e a empresa Telefônica.

Um dos milhares de ações ajuizadas obteve, da magistrada da 32ª Vara Cível Central da Capital de São Paulo liminar de efeito coletivo, isentando todos os assinantes do Estado do pagamento da assinatura básica do telefone fixo. A decisão concedia, ainda, prazo de 48 horas para que a concessionária de telefonia deixasse de inserir a tarifa de assinatura nas contas de fevereiro de 2005.

Em decorrência da decisão, a concessionária de telefonia afirmou que a concessão das liminares reduziria os lucros, podendo até inviabilizar a continuidade da empresa. Defendeu,

ainda, que a assinatura básica corresponde a cerca de um terço da receita do setor e que sua suspensão definitiva poderia “pôr em xeque” o próprio modelo de concessão do sistema de telefonia fixa do país. A empresa contabiliza mais de 6 mil ações que contestam a cobrança no Estado de São Paulo⁶¹.

Assim sendo, tendo em vista que a decisão do IRDR poderá interferir no mérito administrativo, vindo a causar grande impacto econômico/financeiro nas empresas prestadoras do serviço público, nada obsta que o Estado, na figura da administração pública (órgão regulador), possa renegociar o contrato de concessão, permissão e autorização, para ajustá-lo à nova realidade.

Quando isso acontece, a administração pública:

Tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originária prevista (JUSTEN FILHO, 2002. p. 499-500).

Isso é o que a doutrina chama de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁶². Veja-se o que diz Carlos Ari Sunfeld (1995, p. 239):

Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e a Administração o dever de rever o preço quando em decorrência de ato estatal (produzido ou não a vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pela particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato.

Nesse cenário de incertezas que a decisão do IRDR pode gerar, em especial quando afeta diretamente a administração pública, é imprescindível que o órgão regulado tenha direito à manutenção e ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, permissão e autorização.

Fatores supervenientes ao contrato de prestação de serviço público, como, por exemplo, uma decisão de IRDR que considere abusiva determinada taxa cobrada ao consumidor, alterando a arrecadação das empresas de telefonia, devem ser compensados ou reequilibrados mediante o ajustamento de novos preços ou o estabelecimento de benefícios

⁶¹ Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2005-fev-10/juiza_proibe_telefonica_cobrar_assinatura_basica]. Acesso em 20 abr. 2017.

⁶² O equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem previsão no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 8.666/93) e na Lei de Concessões (nº 8.987/95).

fiscais, entre outras benesses, para evitar uma retração econômica e o insucesso na prestação daquele serviço público. Isto eliminaria, a nosso ver, possíveis ações indenizatórias em face do Estado, buscando resgatar os possíveis prejuízos sofridos pelas empresas prestadoras de serviço público.

Como já mencionado, as agências reguladoras têm papel importante na regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados, em especial pelos particulares. Sendo assim, incumbe ao órgão fiscalizador o gerenciamento de interesses conflitantes que resultem da relação entre o prestador/concessionário do serviço público e o consumidor que se vale desse serviço.

Ocorre que essas tarefas nem sempre são cumpridas pela agência reguladora ou são cumpridas até certo ponto, deixando margem para que o Judiciário atue e regulamente determinadas situações não resolvidas pelo ente administrativo. Deste modo, o Judiciário encontrou no IRDR um instrumento que supre a carência e falta de efetividade das agências reguladoras para a solução de problemas que afetam o dia a dia da população.

Fato é que, se as agências não atuarem preventivamente para reduzir esse contencioso de massa, o Judiciário o fará, frente à possível violação de um bem juridicamente protegido, conforme disciplina o art. 5º, inc. XXXV, da CF⁶³.

É claro que essa interferência do Judiciário deve ser pautada com as cautelas legais, respeitando o devido processo legal, o contraditório, ampliando o diálogo e fomentando a cooperação dos envolvidos para que a tese fixada no IRDR possa ser amplamente debatida antes de ser disparada como precedente. Não se pode esquecer que teses mal formuladas pelo Judiciário podem alterar drasticamente a política regulatória, trazendo imensos riscos.

Portanto, para que o IRDR seja uma boa solução, é necessário que haja, antes mesmo da formação da tese jurídica, um diálogo mais próximo e uma cooperação e conciliação entre o Judiciário, as agências reguladoras e os concessionários de serviço público. É imprescindível que tanto as agências quanto as concessionárias façam parte do debate para o julgamento do incidente. As agências reguladoras, concessionários e permissionários devem estar preparados para discutir ativamente com o Judiciário os casos de maior repercussão, para que os efeitos dessa decisão sejam previamente avaliados. Esse diálogo fomenta o debate público, aberto e democrático, ao mesmo tempo em que rechaça as alegações de uma ação

⁶³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

distorcida e invasiva do Judiciário perante os demais poderes, já que dá oportunidade para que o agente regulado e o ente regulador participem do contraditório.

A participação do agente regulador e do agente regulado é inevitável. Primeiramente, porque se deve conceder o contraditório, nos termos da Constituição; e também porque são eles os destinatários da tese fixada no incidente – o concessionário/permissionário na função de obedecer ao incidente, e a agência com a função de fiscalizar seu cumprimento.

Essa participação pode se dar, conforme os ensinamentos do CPC/2015, por meio do diálogo cooperativo e conciliatório em audiências públicas, sustentações orais, intervenções processuais, entre outras, para que se possa produzir um debate plural de ideias e para que todos os pontos de vista sejam respeitados.

Para tanto, defende-se que o IRDR, para ser considerado um incidente com força vinculante, deve concretizar ampla divulgação e participação de todos os agentes na formação do incidente, incentivando a abertura de um diálogo cooperativo e integrativo.

Esclarecidas as controvérsias sobre a incidência da decisão do IRDR perante a administração pública, o que aqui chamamos de premissas, é necessário compreender, antes de buscar uma resposta sobre a violação ou não à separação de poderes, como se deu o surgimento e o desenvolvimento da prestação do serviço público indireto no Brasil e sua relação com as agências reguladoras.

5.1.2 A prestação indireta dos serviços públicos e sua relação com as agências reguladoras: surgimento e função

Ao longo da história, o Estado passou por diversos contornos e, no final do século XX, passou a sofrer críticas em relação a burocracia, morosidade e ineficiência na prestação dos serviços públicos, que levaram não só ao seu descrédito, como também à perda do protagonismo econômico, político e social, o que resultou no enfraquecimento da figura estatal.

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2002, p. 288):

O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um Estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse Estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar, foi aquele que a serviu durante toda a sua existência.

Assim, a privatização dos serviços públicos passava a ser questão de tempo. Foi o que aconteceu, após uma reforma econômica acontecida no país, que envolveu transformações estruturais com a edição da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatização, substituída depois pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997.

Esse programa, tinha, entre outros objetivos, a previsão de reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada algumas atividades exploradas pelo poder público, reforçando a capacidade empresarial em diversos setores da economia.

Nesse sentido, o Estado poderia delegar à iniciativa privada, mediante a realização de contrato, a prestação de serviço público por meio das figuras jurídicas da concessão, permissão e autorização (modalidades de prestação indireta de serviços públicos), envolvendo diversos setores, como telecomunicação, energia e transporte, entre outros. Então, o Estado passou a ter a possibilidade de estabelecer e outorgar a exploração do serviço público ao particular.

A conclusão de que o Estado era mau administrador e que não dispunha de recursos suficientes para os investimentos necessários induziu rapidamente a transferência de alguns serviços públicos ao setor privado. A privatização passou a representar, então, verdadeira interferência da iniciativa privada na exploração do serviço público, sem, no entanto, retirar do Estado a responsabilidade de planejar, regular e fiscalizar.

É nesse cenário que surgem as agências reguladoras, que, nas palavras de Di Pietro (2003, p. 402), são “qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afetada”.

Com natureza jurídica de autarquias, com personalidade jurídica de direito público, criadas por lei e estando submetidas ao regramento do art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, as agências reguladoras gozam de independência própria, por possuírem autonomia político-administrativa e econômico-financeira própria em relação ao poder público, na medida em que são dotadas de legítima discricionariedade.

Passaram a efetivar, entre outras atividades⁶⁴, a regulação de atividades privadas, encontrando previsão expressa na Constituição Federal de 1988, mediante a criação de órgãos

⁶⁴ Algumas das atividades das agências reguladoras são serviços eminentemente públicos (caso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Há, entretanto, outras atividades que serão serviços públicos, mas que também são facultadas aos particulares, hipóteses em que serão atividades econômicas. É o caso dos serviços de saúde, que os particulares executam no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

reguladores para o setor de telecomunicação (art. 21, inc. XI) e petróleo (art. 177, inc. III, § 2º).

Em consequência disso, até o ano de 2002, foram criadas no país as seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427, de 26.12.96); Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei 9.472, de 16.07.97); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782, de 26.01.99); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478, de 06.08.97); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984, de 17.07.2000); Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961, de 28.01.2000); Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (ambas pela Lei nº 10.233, de 05.06.2001).

Como parte dos serviços públicos já estava sendo transferida ao setor privado, o objetivo maior, então, era criar agências reguladoras específicas para cada setor que pudessem controlar e fiscalizar a qualidade de tais serviços, preços, tarifas e demais condições, coibindo abusos e arbitrariedades.

Nesse sentido, segundo Barroso (2002, p. 300-301), as agências reguladoras no Brasil têm um conjunto diversificado de tarefas, entre as quais se incluem: a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) universalização dos serviços, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade nas áreas onde não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, investidores potenciais e outras.

É possível classificar, então, as funções das agências reguladoras em executivas, decisórias e normativas. À primeira, cumpre o papel de fiscalizar, bem como sancionar em caso de descumprimento das regras aplicáveis; a segunda diz respeito à competência decisória, resolvendo conflitos em âmbito administrativo entre agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores; a terceira é a conferência às agências reguladoras de normatização de condutas, como o poder regulamentar.

Após melhor compreender tais questões, será analisada no tópico seguinte a problemática central deste trabalho, que levanta a seguinte pergunta: ao decidir questões relativas ao mérito administrativo, o Judiciário, por meio do IRDR, estaria se imiscuindo na atividade regulatória, numa flagrante violação ao princípio da separação de poderes, ou essa intervenção representa um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI?

5.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES

Após esclarecidas as premissas sobre a incidência do IRDR perante a administração pública, mais especificamente sobre as agências reguladoras e os concessionários de serviço público, é preciso analisar, antes de mais nada, o princípio da separação de poderes, calcado inicialmente na visão clássica de Montesquieu.

Isto porque a tese jurídica fixada no IRDR, segundo o que dispõe o diploma processual, deve ser dirigida aos órgãos, entes ou agências reguladoras competentes, que têm o dever de fiscalizar o cumprimento da decisão obrigatória e vinculante do incidente.

O incidente, contudo, deve ser estudado no contexto constitucional e sob a ótica do princípio da separação de poderes, tendo em vista que a controvérsia apresenta sensíveis sinais de interferência entre os poderes.

Sendo assim, esta análise inicial revela-se importante para que se possa compreender que, no Brasil, se adota uma releitura das concepções do pensador francês, tendente a prestigiar uma visão contemporânea de articulação e cooperação entre os poderes, perpassando pela percepção de um Judiciário forte e atuante, bem como pela ampliação dos precedentes judiciais.

5.2.1 A visão tradicional do princípio da separação de poderes

Em linhas iniciais, tem-se que o tema da separação dos poderes é assunto de fundamental importância, que tem sido objeto de considerações, ao longo da história, de grandes pensadores e juristas.

O primeiro esboço da separação de poderes se deu com Aristóteles em *Dos três poderes existentes em todo governo*, no qual é possível encontrar as definições iniciais de Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Embora o pensamento de Aristóteles tenha sido de extrema importância para a formação do princípio, o primeiro pensador a tratar do tema de forma sistematizada foi John Locke, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Vale ressaltar que, nessa obra, Locke tratava apenas dos poderes Legislativo e Executivo, sem reservar espaço ao Poder Judiciário, embora tenha feito menção a outro poder (“poder natural”), com o objetivo de resolver controvérsias.

Contudo, foi com o pensador francês Montesquieu que houve a consagração da teoria da tripartição de poderes em sua obra *O espírito das leis*, resultando na divisão do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Eis uma breve exposição do pensador:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria leis para tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar” e o outro chamaremos, simplesmente, “o poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 2010, p. 166).

Sua teoria teve ainda origem na necessidade de limitar os poderes reais, impedindo a sua expansão desenfreada. Crescia a preocupação com a preservação da liberdade contra o arbítrio de tiranos, impedindo de deixar numa só mão as tarefas de legislar, administrar e julgar.

Montesquieu, então, pregava o direito cidadão ao exercício das funções estatais por órgãos distintos, alertando ainda sobre o perigo de haver a concentração do poder:

Quando em uma só pessoa ou em um mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo Senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares (MONTESQUIEU, 2010, p. 166).

A desconcentração do poder na teoria de Montesquieu representa uma válvula de escape para estabelecer uma relação de equidade, na qual nenhum poder faça de si mesmo condição de absoluto poder dentro das relações entre os membros da sociedade.

Assim, o princípio da separação de poderes serviu de parâmetro para a reestruturação do Estado, com a passagem do absolutismo ao surgimento do Estado liberal.

Não se pode deixar de destacar ainda que o ápice do Estado liberal veio com a Revolução Francesa e pelo movimento de independência dos Estados Unidos da América, passando a ser inserido o princípio da separação de poderes nos textos constitucionais.

A partir de então, os direitos fundamentais foram fortalecidos pela Constituição, e sua concretização se deu a partir do princípio da separação dos poderes, valendo ressaltar sua

vinculação ao art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791, que previa: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”⁶⁵.

Outro ponto que merece destaque diz respeito às teorias de Locke e, principalmente, de Montesquieu. Ele se refere à leitura equivocada das doutrinas e à má interpretação de que o ideal de separação de poderes seria uma grande cisão de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), onde cada um estaria autonomamente voltado ao exercício de suas únicas e exclusivas tarefas – executar, legislar e julgar.

É esse entendimento que subsidia os argumentos daqueles que defendem haver violação ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário, ao decidir o IRDR, gera repercussão vinculante perante a administração pública e exerce função que seria própria do Poder Executivo.

Ocorre, porém, que essa compreensão é equivocada, primeiramente porque foge por completo das reais intenções dos pensadores, além de não ter correspondência com o atual ideal brasileiro de separação de poderes.

Pois bem, para Locke (1983, p. 69), era possível, por exemplo, premir que o executivo exercesse o que chamou de prerrogativa, que seria “o poder de agir de acordo com a discricção a favor do bem público”. Acrescenta ainda o pensador que o Executivo era poder submisso ao Legislativo, porém o primeiro detinha o poder de convocar e dispensar o segundo. Isto representa uma clara intenção do exercício de controles mútuos e equilíbrio de poderes.

No mesmo sentido, Montesquieu pretende dar proteção à liberdade individual do homem, ressaltando que a separação dos poderes “se constituía no melhor e mais efetivo modo de garantia do indivíduo, pois permitiria a conformação de um sistema endógeno de freios e contrapesos eficaz o suficiente para impossibilitar o exercício arbitrário do poder de forma a ceifar a liberdade”, é o que assegura Jean Carlos Dias (2005, p. 3).

Em outras palavras, defende Montesquieu que deve haver um equilíbrio de forças por meio de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), com o objetivo de evitar a supressão de um poder pelo outro (arbítrio institucional). Reforça, porém, que o simples fato de haver o exercício de determinadas atribuições que seriam próprias de um outro poder, por si só, não configuraria infração ao primado da separação entre os poderes.

Como bem notou Eros Roberto Grau (2008, p. 230): “O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva

⁶⁵ Tradução: Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”.

Em leitura atenta da obra do francês *O espírito das Leis*, pode-se perceber que o próprio autor admitiu a atribuição de funções impróprias aos poderes. É claro que tal atribuição representava uma excepcionalidade para Montesquieu, entretanto permitia que existisse uma espécie de controle interno dos poderes, no qual, em determinadas situações, era possível que, por meio da checagem recíproca, se buscasse evitar que algum desses poderes viesse a preponderar de forma absoluta sobre os demais.

Isto foi o que permitiu, em nosso ordenamento constitucional, que o Executivo, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, realize as funções atípicas de legislar (editar atos normativos, como medidas provisórias, decretos regulamentares) e julgar (rever seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os, decidir processos administrativos fiscais e disciplinares); que o Legislativo, além de desempenhar sua função típica de legislar, exerça as funções atípicas de julgar (o presidente da República, os ministros do STF, o advogado geral da União e o procurador geral da República por crime de responsabilidade) e administrar (os seus próprios órgãos, serviços e servidores); e o Judiciário, além de realizar sua função típica de julgar, possa exercer as funções atípicas de legislar (elaborar o seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes) e administrar (os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Assim, segundo o que preceitua Jean Carlos Dias (2005, p. 5), o exercício de caráter impróprio ou inespecífico de um poder em relação ao outro não configuraria para Montesquieu uma quebra da separação entre os poderes.

Nessa linha, afirma Bonavides (2001, p. 158):

Não só reconheceu Montesquieu a inevitabilidade de legítimas interferências recíprocas, como se capacitou da imperiosa necessidade de andarem os poderes em concertos, visto que seu repouso ou imobilidade, a qual seria de desejar, é contrariado pelo “movimento necessário das coisas”.

No mesmo sentido, Canotilho (*apud* DIAS 2005, p. 260) explicita que “hoje tende a considerar-se que a teoria da separação de poderes engendrou um mito. Consistiria esse mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados”. Segue afirmando ainda que “mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes”.

Compreendido o modelo clássico de Montesquieu em relação ao princípio da separação de poderes, é necessário esclarecer como o sistema jurídico brasileiro o incorporou.

5.2.2 A separação de poderes na Constituição Federal

Após esclarecidas as reais intenções da teoria de Montesquieu, outro ponto importante que merece destaque é a contribuição dessa teoria para a experiência constitucional brasileira.

Não restam dúvidas de que a nossa Constituição incorporou o ideal da tripartição de poderes de Montesquieu, porém trazendo contornos próprios da noção desenvolvida pelo pensador francês.

No Brasil, salvo a Constituição de 1824⁶⁶, todas as constituições seguiram os passos da tripartição clássica dos poderes, com o fim de impedir invasões e arbítrios na esfera das liberdades⁶⁷. Atualmente, o art. 2º da Constituição Federal de 1988 predispõe que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

Por certo, a leitura desse princípio feita pela nossa constituição não permite uma interpretação ortodoxa em que os ramos do Legislativo, Executivo e Judiciário sejam colocados numa situação estanque, sem interpenetrações ou interferência de um poder na função de outro (SOUSA, 1999. p. 35). Até porque Montesquieu não pregava essa ruptura quando desenvolveu a teoria tripartite da separação entre os poderes.

Isto indica, inevitavelmente, que a teoria de Montesquieu teve forte influência na experiência constitucional brasileira, juntamente com a herança herdada das raízes do constitucionalismo americano, mais especificamente dos ideais dos federalistas, que de certa forma contribuíram para a noção de separação de poderes incorporada no Brasil.

Ora, como se viu anteriormente, desde as primeiras concepções do Estado, a teoria tripartida de Montesquieu serviu como fonte estruturante. Por mais que o autor francês não pregasse de fato uma cisão por completo da separação de poderes – leitura essa equivocada como já se asseverou –, para que se possa compreender as mutações que vêm ocorrendo no sistema jurídico brasileiro⁶⁸, é preciso haver um “sincretismo no exercício impróprio das

⁶⁶ Essa Constituição brasileira defendia a existência de quatro poderes, com a introdução de um poder moderador, exercido pelo imperador, que era o chefe do Estado e da Nação.

⁶⁷ No mesmo sentido, afirma Nelson Nery (NERY JUNIOR, 2009, p. 81) que a separação de poderes pode ser entendida como o modo de unir e distribuir “funções e órgãos do Estado, com o intuito de limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder e garantir condições para maior eficiência da atuação estatal na defesa e promoção dos direitos fundamentais”.

⁶⁸ Vale destacar a valorização das jurisprudências, dos precedentes, introdução de mecanismos de resolução de demandas de massa, preocupação com a isonomia, segurança jurídica e a previsibilidade dos julgados, entre outros.

funções estatais”, como já asseverou Dias (2005, p. 7) em reconstrução da noção desenvolvida pelo pensador francês. Isto porque nos encontramos numa sociedade muito mais complexa e dinâmica, o que se deve ao crescimento e ao desenvolvimento cada vez mais globalizado e de massa.

Essa percepção nos leva a crer que a ideia de separação de poderes deve permanecer em constante reconstrução, sob pena de impedirmos avanços significativos, como no caso do objeto da presente dissertação, o IRDR.

Hoje, longe de ser descartado, o modelo clássico, segundo Bonavides (1996, p. 3), “já não oferece mais, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental”. Isto porque é necessário que esse modelo clássico sofra, com o decorrer dos tempos, genuína transformação, adequando-se em decorrência das necessidades e transformações políticas, econômicas, históricas e culturais do país.

Segundo Bruce Ackerman (2009, p. 7-14), o modelo tradicional de Montesquieu é o mais propenso a ser copiado, já que serviu como modelo estruturante aos americanos. O autor ressalta, porém, que esse modelo clássico não deve ser incorporado como uma estrutura pronta e acabada, pois precisa passar pelos contornos, lapidações e adequações necessários.

A doutrina da separação dos poderes, tal como concebida nos séculos passados, em sua formação original, não tem mais serventia. Realizadas as necessárias adaptações à estrutura do Estado contemporâneo, podem-se aproveitar ainda algumas de suas ideias.

Outrossim, esse princípio precisa avançar e sofrer as transformações do seu tempo, pois representa princípio geral do Direito Constitucional, que visa sempre responder aos desafios da atualidade. Afinal, essas transformações contribuem para mudanças na dinâmica institucional, apontando cada vez mais para uma ascensão judicial, sem, contudo, deixar de prestigiar a separação das instâncias institucionais de poder. Os poderes nascem com um desenho institucional em que nenhum deles atua sozinho, mas têm capacidade legítima de reação e interferência uns com os outros.

Portanto, cumpre ressaltar que o processo de reestruturação da separação dos poderes deve ser compreendido segundo três novas perspectivas: a) a ascensão judicial, pautada na atuação ativa de juízes e tribunais e integrante de flagrante poder político; b) o surgimento de um novo sistema que valorize os precedentes vinculantes; c) um Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) preocupado com a isonomia e a segurança jurídica dos jurisdicionados.

5.2.3 A reestruturação da separação dos poderes frente às novas perspectivas do Estado Contemporâneo

As transformações ocorridas no princípio da separação de poderes decorrem da variação dinâmica da sociedade e das mudanças perpetradas na legislação, na tentativa de alcançar melhor prestação jurisdicional. Consequentemente, isto leva ao estabelecimento de um novo diálogo institucional, em que se percebe um ganho de força do Judiciário, principalmente para garantir direitos fundamentais e preservar a democracia.

Hoje, são resolvidos casos com complexidades e peculiaridades que fogem ao padrão usual. O magistrado está cada vez mais habituado e empoderado de um poder político, deixando de ser apenas um órgão técnico especializado do Estado.

Essa ascensão motivou a judicialização da vida e a consequente massificação dos conflitos, o que provocou uma drástica e necessária mudança da atuação dos juízes e tribunais.

Por outro lado, a massificação, como já se disse, reduz o contato individual do juiz com o processo, exigindo maior otimização nos procedimentos judiciais. Essa é uma irremissível consequência da sociedade contemporânea.

Tal lógica faz com que juízes e tribunais trabalhem com fórmulas pragmáticas de construção de decisões-modelo que sirvam para milhões de ações que versem sobre a mesma controvérsia.

É nesse universo, então, que o papel dos precedentes se torna inevitável em busca de entrega jurisdicional efetiva e que respeite a duração razoável do processo.

Assim, nesse panorama, houve um grande fortalecimento dos precedentes com pretensões vinculantes, que nasceram com o objetivo de reduzir o quadro de processos nos tribunais e afetar a melhoria da prestação jurisdicional. Os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, como já se viu, têm alertado ainda mais para essa crise.

Por isso, os precedentes vêm sendo introduzidos como alternativa viável ao combate dessa problemática. Para tanto, ganharam força com o CPC/2015, passando a emitir ordens a toda a esfera pública. Isto significa que o Judiciário passa a ter poder de controle e regulamentação sobre as demais instâncias e poderes.

É possível, então, afirmar que a inserção dos precedentes de caráter vinculante causa maior interferência do Poder Judiciário sobre as competências legislativas e executivas. Isto implica afirmar que o Poder Judiciário pretende garantir ao jurisdicionado maior isonomia, principalmente no tratamento dos processos repetitivos, e segurança jurídica, assegurando maior previsibilidade no julgamento das decisões.

Para tanto, vêm se criando novos mecanismos, como o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) e os mecanismos de recursos especial e extraordinário repetitivo, previstos de forma mais explícita e abrangente, para a criação de uma jurisprudência uniforme e estável, evitando a proliferação de decisões antagônicas, reduzindo a divergência interpretativa e a *jurisprudência lotérica* (CAMBI, 2001, p 111) mediante a definição de tese jurídica única e comum a diversos processos individuais idênticos e repetitivos.

Seja como for, é crescente e significativa a ocupação do Judiciário no cenário político, jurídico e social na vida da população. Questões mais relevantes estão sendo levadas à decisão desse poder, já que os juízes estão sendo chamados a desempenhar também um papel de controle do correto exercício das atividades exercidas por outros poderes. Trata-se de uma verdadeira transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais.

Segundo Picardi (2008, p. 5), esse fenômeno encontra-se “acelerado, sobretudo, pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros”.

Acrescenta J. P. Henry (*apud* PICARDI, 2008, p. 6) que há perceptível crescimento do número de regras, o que leva a considerável multiplicação das possibilidades de combinação. Em outras palavras, quanto maior o número de regras, “maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas no ordenamento jurídico”.

Além disso, a inflação legislativa não é caracterizada somente pela multiplicação das leis, mas também por sua desvalorização (SAVATIER *apud* PICARDI, 2008, p. 5).

Vale ressaltar também que a constante inatividade do legislador representa uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao Judiciário. Sua inércia pode causar, como afirma Picardi (2008, p. 6), “fendas” ou “lacunas” no ordenamento jurídico.

Isto sem contar que o nosso tecido legislativo possui ainda margem de interpretação bastante aberta, transferindo ao magistrado o poder de decidir o caso concreto, após análise de um complexo de leis.

É o próprio legislador que, deliberadamente, deixa espaço para a atuação interpretativa do Judiciário, o que leva ao crescimento de composições baseadas em regras de origem jurisprudencial ou pautadas nos precedentes.

A relação de intervenção acentuada e crescente do Judiciário não se restringe ao Legislativo, mas atinge também o Executivo. Isto porque, da mesma forma que a omissão

legislativa transfere ao Judiciário a tomada de decisão, a ausência de intervenções no âmbito administrativo resulta na conflitualidade desembocada no nível do Judiciário.

As omissões do poder público acabam por conferir ao Judiciário uma legítima função normativa e administrativa, de caráter supletivo, no exercício de sua função típica de efetivar as normas constitucionais. Isto implica a transferência, a juízes e tribunais, das tarefas originalmente exercidas por outros setores do Estado. É o caso do IRDR, que passa a ser instrumento de provocação do Judiciário para que regule diversas situações no plano administrativo.

Assevera importante lição D'Alberti-Paino (*apud* PICARDI, 2008, p. 9) que “os pronunciamentos do juiz administrativo passaram de um conteúdo negativo, de anulação, a positivo, de condenação da administração pública”.

Assim, na medida em que a administração pública – especificamente as agências reguladoras e os concessionários e permissionários de serviço público – passa a ser destinatária final do precedente proferido no IRDR, isto significa que “a legitimidade do pronunciamento administrativo passa a ser valorizada não apenas em correspondência aos interesses públicos e primários, mas também e em medida crescente em razão da correção da mediação entre os interesses públicos e privados” (A. ROMANO, *apud* PICARDI, 2008, p. 9).

Esse fenômeno corresponde ao deslocamento da centralização do poder, passando o Judiciário a realizar o controle dessa relação entre o público (agência reguladora) e o privado (órgão regulado), sempre visando ao bem-estar da sociedade.

A despeito de algum grau de subversão do princípio da separação dos poderes, essa atuação do Poder Judiciário trata-se de inevitável reestruturação da teoria da separação dos poderes, em que a interferência do Judiciário tem sua atuação calcada na exigência, pela sociedade, de fazer valer o primado da Constituição e do Direito.

O IRDR, então, passa a ser um instrumento jurídico ao qual cumprirá, em substituição ao Poder Executivo, resolver as contendas entre agências reguladoras e órgãos regulados, em flagrante ampliação e reestruturação do princípio da separação dos poderes. Isto tem sido causado pela “politização-socialização” da administração pública até o enfraquecimento dos mecanismos de controle administrativo, que provocaram importante crescimento das intervenções da jurisdição (PIZZORNO *apud* PICARDI, 2008, p. 9).

Por certo, as inovações trazidas pelo código processual vêm acentuar a legitimidade do Judiciário frente a outros poderes, representando verdadeira alteração nas relações entre juiz, Estado e sociedade, o que importará na necessária mudança da relação entre os poderes.

Assim, mudanças ocorridas no CPC/2015 indicam um norte para a constante reestruturação do princípio da separação de poderes, posto que vêm introduzir uma nova sistemática, com a valorização dos precedentes judiciais e com sensível incremento dos poderes do juiz, alçado inclusive a controlar o correto exercício das funções dos demais poderes estatais.

5.2.4 A constitucionalidade do IRDR frente ao princípio da separação dos poderes

Como já ressaltado, a atual conjuntura contemporânea já não tem conseguido se alinhar à clássica visão da separação dos poderes. Isto porque, conforme afirma Picardi (2008, p. 12), “uma vez desarticulado o modelo tradicional acabou-se por colocar o problema dos limites entre os três poderes”.

Isto indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de poderes não se coaduna mais com o contemporâneo Estado Constitucional Democrático de Direito, merecendo ser submetida a uma revisão e reestruturação para melhor se ajustar às novas tendências e exigências do sistema jurídico atual.

É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado Democrático de Direito, uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação. Nesse sentido, afirma Picardi (2008, p. 28): “O fenômeno mais relevante, contudo, é representado pela desarticulação do modelo tradicional, da rearticulação dos poderes e, assim, da mudança das relações entre os poderes Judiciário e os outros sujeitos e poderes institucionais”.

A partir do art. 985, § 2º, do CPC/2015, o novo incidente processual poderá editar um precedente, que, além de ser considerado fonte de direito, tem capacidade de exercer controle regulatório perante a administração pública.

Assim, as decisões tomadas em sede deste precedente, com conteúdo vinculante – e aqui destaco o IRDR por ser objeto do presente trabalho – devem intervir na relação das agências reguladoras, concessionário e permissionários de serviço público e a sociedade.

O problema da relação entre o Judiciário e as demais instituições de poder tornou-se verdadeiramente um nó difícil de resolver. Uma série de episódios destacados pela mídia⁶⁹ faz refletir sobre a própria organização dos poderes e a relação entre eles.

⁶⁹ Destaco aqui três episódios amplamente veiculados, em que se discute a atuação do Judiciário e a própria repartição de forças dos poderes institucionais. Dois deles foram problemáticas surgidas no âmbito político e que sofreram intervenção do Judiciário, o que tem sido mais habitual nos últimos anos. O primeiro diz respeito à questão do embate entre Legislativo e Judiciário em que o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou a devolução do pacote anticorrupção à Câmara dos Deputados, que deverá analisar a proposta

Merece também destaque o posicionamento dos tribunais superiores em relação à atual conjuntura de princípio da separação dos poderes. Isto porque tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm permitido, por exemplo, a implementação de políticas públicas mediante intervenção direta do Judiciário⁷⁰.

São exemplos: a) decisão, em Recurso Extraordinário (RE) 956475/RJ, que assegura matrícula de criança em creche. Segundo o ministro, o Estado tem obrigação de criar o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental; b) decisão, em Recurso Especial (REsp) 1068731/RS, que determina a internação de paciente doente em rede privada se inexistir vaga de UTI na rede pública; c) decisão, em Recurso Especial (REsp) 1488639/SE, que determina bloqueio de verbas públicas e multa diária no caso de descumprimento de determinação judicial consistente em fornecimento de medicamento ou tratamento de saúde.

Isto indica que a escusa de que tais intervenções judiciais têm provocado o rompimento do princípio da separação dos poderes não é mais aceita no Estado Contemporâneo, no qual tais políticas são plenamente sindicáveis pelo Judiciário.

novamente a partir da “estaca zero”. Isto porque, segundo o ministro, os parlamentares alteraram um projeto da população de maneira irregular. Defendeu ainda que deve ser obedecido o devido processo legal na elaboração das leis, já que a lei de iniciativa popular deve ser apresentada como a própria expressão da soberania popular. Por outro lado, defendeu Renan Calheiros, presidente do Senado Federal, que a decisão do ministro Luiz Fux determina verdadeira interferência entre os poderes, pois há intervenção no processo legislativo. Nas palavras do senador, “é papel do Supremo decidir sobre a constitucionalidade das leis, mas depois de feita, durante o processo ele não pode intervir”. Afirma ainda que tal medida “é incompatível com a separação dos poderes”. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,flux-determina-que-projeto-de-10-medidas-de-combate-a-corrupcao-retorne-a-estaca-zero-a-camara,10000094654>>. Acesso em 03.04.2017 às 22h50.

O segundo, se refere à decisão monocrática do ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio que afastou do exercício do mandato o então presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, após este ter virado réu no STF por crime de peculato. A decisão foi criticada, pois levantaria o conflito sobre suposta ilegalidade do Judiciário em afastar um presidente do Poder Legislativo, o que infringia o princípio da separação dos poderes. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/06/renan-calheiros-diz-que-separacao-dos-poderes-precisa-ser-respeitada>>. Acesso em 03.04.2017 às 23h14.

O terceiro caso, agora voltado à interferência do Judiciário em âmbito administrativo, foi a liminar que suspendeu a cobrança de bagagem despachada, posteriormente derrubada pela Justiça Federal do Ceará. O conflito debatia a resolução de nº 400 feita da Anac, segundo a qual os consumidores passariam a ser cobrados pelo despacho de malas. Em ação ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, fora obtida liminar, com validade em todo o território nacional, que suspendia a cobrança extra de bagagens, por se entender que a regra contraria o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, além de violar a Constituição por promover a perda de direitos adquiridos por consumidores. Entretanto, o juiz da 10ª Vara Federal do Ceará derrubou a liminar antes concedida, podendo, a partir de então, as companhias áreas cobrar taxas adicionais pelas bagagens despachadas, por se entender que tal regra é mais benéfica aos consumidores, ampliando ainda o limite para a bagagem de mão, que passa de 5 para 10 quilos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/justica-federal-do-ceara-derruba-liminar-que-suspendia-cobranca-extra-de-bagagem-em-avioes.ghtml>>. Acesso em 30.04.2017, às 23h20.

Vale destacar ainda que essa não foi a única tentativa de derrubar a medida da Anac, pois já tramitaram na justiça outros dois processos, um da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo e outro do Procon de Fortaleza, ambos com o mesmo objetivo, porém tiveram os pedidos julgados improcedentes.

Outra decisão judicial que merece ênfase é a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul que pedia a realização de reformas emergenciais em presídios, a fim de assegurar os direitos fundamentais dos presos e sua integridade física e moral.

O juízo de primeira instância determinou a reforma do estabelecimento, entretanto o Estado interpôs recurso ao TJ-RS, que reformou a sentença por considerar que não caberia ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realizasse obras em estabelecimento prisional, sob pena de interferência indevida em seara reservada à administração pública.

O Ministério Público levou o caso ao STF, que reverteu o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendia pela impossibilidade de o Judiciário adentrar em matéria reservada à administração pública.

Em voto do relator, o ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que o Poder Judiciário não pode se omitir quando os demais órgãos comprometem a eficácia dos direitos fundamentais, rechaçando qualquer alegação de violação ao princípio da separação de poderes. Vejamos trechos do acórdão:

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

(...)

Nesse contexto, não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: LEWANDOWSKI. Ricardo. Publicado no DJE em 01/02/2016. p. 42–62⁷¹).

Por fim, o ministro citou ainda a importância do princípio da inafastabilidade da jurisdição como uma das principais garantias para a efetivação dos direitos fundamentais:

Basta lembrar, nesse sentido, que uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual “a lei não subtrairá à apreciação do poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

(...)

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular.

⁷¹ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> >. Acesso em 10.05.2017 às 21h51).

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: LEWANDOWSKI. Ricardo. Publicado no DJE em 01.02.2016. p. 37-39.

O ministro defendeu ainda o princípio da inafastabilidade da jurisdição, esculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais.

Do julgamento, resultou ainda a seguinte tese de repercussão geral pelo Plenário do STF:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 592.581 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: LEWANDOWSKI. Ricardo. Publicado no DJE em 01.02.2016. p. 72.

A tese formada pelo julgado mostra que o Judiciário, de forma excepcional, tem o condão de agir, mesmo que seja para intervir na atividade regulatória da administração pública, sob pena de colocar em risco, de maneira iminente, os direitos dos jurisdicionados. Isto não significa, entretanto, que o controle judicial exercido deva se dar de maneira indiscriminada, sem um juízo de valor, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Não é isso que se defende. Mas o que se vê é que a magistratura sofre atribuições e competência pertencentes a outros órgãos, provocando, assim, certa sobreposição, alterando o equilíbrio tradicionalmente conhecido.

Tal questão põe em xeque a clássica forma de poder estatal, derivada das funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Na conjuntura atual, tais poderes assumem um novo arranjo, de transferência e alocação de poderes a juízes e tribunais, com a hipertrofia do Judiciário. Sendo assim, vem se reconhecendo cada vez mais a possibilidade de o juiz assumir para si funções de parcial mecanismo compensatório ao eventual funcionamento equivocado dos demais poderes.

Parece mesmo que a vocação de nossos tempos caminha para essa realidade, em que questões são resolvidas por meio de transferência de poderes ao magistrado. Isto porque, como já se viu, alguns fatores – aqui destaco principalmente as mudanças perpetradas pela

legislação processual – têm contribuído e direcionado para a condução de um processo em que se prestigiam os precedentes normativos vinculantes, com a tomada de decisão em bloco.

O IRDR é uma dessas inspirações, em que se tem questionado acerca da sua legitimidade em proferir decisão eminentemente vinculante que atinja não só os órgãos judiciais, porém, sobretudo, a administração pública. Isto nos remete a reflexão mais grave: se o respectivo incidente estaria caminhando para a sua inconstitucionalidade frente à violação do princípio da separação de poderes.

Afinal, a situação remete ao mesmo questionamento feito no julgamento do Recurso Extraordinário – RE 592.581 antes mencionado. O Poder Judiciário pode proferir norma legal que vincule obrigatoriamente a administração pública? Em outras palavras, a administração pública pode receber ordens que não sejam oriundas do próprio Poder Executivo?

Do ponto de vista mais clássico, possivelmente teríamos um Judiciário se imiscuindo na atividade regulatória e, conseqüentemente, um flagrante desrespeito à separação entre os poderes. Entretanto, sob a ótica contemporânea, o que ora se defende, a regulação exercida pelo Judiciário vem representar um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI. Isto porque é preciso compreender que ou a separação de poderes acompanha as mudanças perpetradas pela legislação ou servirá de barreira para impedir os avanços necessários da sociedade contemporânea. É necessário, pois, estabelecer uma reestruturação ou uma revisitação dos conceitos da separação dos poderes, já que as normas constitucionais devem estar sempre em compasso com a realidade social.

Tal reestruturação passa pela evidente percepção de que o juiz vem sendo, cada vez mais, chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam estranhas a sua competência e reservadas a outros poderes.

Além disso, como já se comentou, as mudanças legislativas ocorridas, com destaque para o CPC/2015, se estabeleceram no intuito de salvaguardar a isonomia e a segurança jurídica do jurisdicionado por meio da utilização dos precedentes, com fundamental direcionamento à ruptura da ideia clássica de separação de poderes e ao estabelecimento de uma releitura desse princípio.

Sendo assim, para evitar que as mudanças ocorridas no novo diploma processual já nasçam inconstitucionais⁷², é necessária uma constante reestruturação e ampliação do

⁷² Vale ressaltar que, recentemente, o governador do Estado do Rio de Janeiro suscitou a inconstitucionalidade (ADI 5.492) de diversos artigos do CPC/2015 (Lei Federal 13.105/2015), inclusive o art. 985, § 2º, objeto de análise deste trabalho e que será detalhado mais adiante.
Disponível em:

princípio da separação dos poderes, em que o juiz passa a ser responsável também por suprir as lacunas da lei e as imprecisões no âmbito administrativo, perseguindo a efetividade dos direitos fundamentais e alcançando as exigências do Estado do Bem-Estar Social.

Essa reestruturação é importante, visto que, conforme defendido por Ackerman, a engenharia constitucional que comporta o princípio da separação dos poderes não pode ser uma máquina com engrenagens fixas, sob o risco de se tornar obsoleta com o tempo. Ao contrário, deve se submeter a revisões periódicas para que conduza a transformações necessárias da sociedade, a ponto de alterar os mecanismos de controle e deixar mais flexível a relação entre os poderes (ACKERMAN, 2013, p. 113-116).

Vale ressaltar que o controle jurisdicional exercido perante as arbitrariedades e abusos cometidos pelas agências reguladoras e concessionárias de serviço público é exigência de qualquer Estado organizado e não pode ser tido como afronta à ordem da separação entre os poderes, na medida em que cabe à função jurisdicional, no âmbito do seu exercício, verificar a legalidade, eficiência e moralidade dos atos administrativos praticados com repercussão direta na sociedade.

O espaço de atuação do Judiciário aqui está diretamente ligado à falha de mercado praticada pelo agente administrativo ou a uma necessária regulamentação tendente a evitar uma macroviolação de direitos.

Seguindo esse pensamento, Bester (2005, p. 298) ratifica que “a separação de poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos”. Logo, o princípio da separação de poderes atua com o objetivo de atender os valores e interesses sociais consagrados constitucionalmente. Por isso, não se acredita que haja lesiva violação à separação de poderes quando o Judiciário, por meio do IRDR, produz tese que repercute de forma vinculante à administração pública – para frear a cobrança de tarifas abusivas para os consumidores, por exemplo.

Desta forma, a interferência desse novo incidente perante a administração pública não deve violar a separação de poderes, bem como, a partir da vigência das novas regras processuais, fica ainda mais evidente que os órgãos administrativos devem aplicar os precedentes dos Tribunais e Cortes Superiores.

Ora, não se pode falar em ofensa à separação de poderes quando é a própria lei que cria e estabelece vinculatividade formal do IRDR perante o Judiciário e a administração pública. Portanto, assegura Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 422):

Como é função dos juízes e tribunais interpretar os textos jurídicos e os textos não se confundem com as normas (porque todo texto depende de interpretação e a norma é o resultado do texto interpretado), não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, quando o juiz ou o tribunal aplicar a norma decorrente da interpretação dos textos legais, esta é sua função. Ofensa haverá, entretanto, quando cada tribunal ou cada juiz interpretar a norma de um jeito, a partir de critérios totalmente subjetivos – na expressão popular, dois pesos e duas medidas.

Assim, ao que parece, há uma mutação natural na interpretação da norma, o que a doutrina chama de mutação constitucional⁷³. Isto acontece, segundo Canotilho (2004, p. 1228), quando há uma “incongruência entre as normas constitucionais por um lado, e realidade constitucional de outro”.

Ressalte-se que aqui não se defende a mudança no texto de lei, que somente seria possível por intermédio do processo de emenda constitucional, mas, sim, uma mudança na norma, ou seja, na forma de interpretar o princípio da separação de poderes, “em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade” (MENDES, 2011, p. 151). Continua o autor (MENDES, 2011, p. 151): “o texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro”.

Assim, é fundamental mudar o paradigma constitucional em decorrência de uma modificação natural e necessária da separação dos poderes, para que se compreenda não haver violação ao princípio pelo simples fato de o Judiciário, por meio do IRDR, regulamentar atividade antes exclusiva do Executivo.

Essa intercessão do Judiciário vem representar um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI. Porém, é de fundamental importância compreender que padrão de relação entre os poderes está aqui se defendendo.

5.2.5 Da conciliação, cooperação e comunicação entre os poderes estatais

Muito se tem debatido sobre o novo papel da separação de poderes no constitucionalismo contemporâneo, uma vez que o modelo tripartite, arquitetado para neutralizar o abuso do poder, não pode ser mais utilizado em suas formas e conteúdos iniciais,

⁷³ Nas palavras de Gilmar Mendes, “mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES, 2008, p. 130).

já que mudaram as circunstâncias históricas, políticas, econômicas e sociais que o cercam, tanto no Brasil como em outros países.

Além do mais, as funções do Estado passaram por uma profunda evolução, e esse cenário aponta uma ascensão do Judiciário como protagonista na decisão de diversas questões.

Tal mudança decorreu da inadequação, oscilação e ineficiência do órgão estatal para cumprir, no nível de exigência do Estado Contemporâneo, as funções que lhe cabem. Isto, de fato, tem provocado um processo natural de interferências entre os órgãos estatais, passando-se a questionar o princípio da separação de poderes em seu modelo mais tradicional.

Essas interferências recíprocas entre os poderes sempre foram um ponto sensível na doutrina e na legislação constitucional. Tanto é que atualmente se percebe verdadeira falência da visão retrógrada desse princípio, a qual vem sendo anunciada há tempos por diversos doutrinadores.

Vale aqui ressaltar as lições de alguns autores que apontam uma necessária mudança no sistema ou no regime de governo de países como o Brasil, o que impactaria a reformulação das relações de poder.

Para o constitucionalista americano, Bruce Ackermann (2013, p. 8-9), em sua obra *A nova separação dos poderes*, há necessidade de estabelecer outra concepção do princípio da separação dos poderes, por meio de uma divisão com base no parlamentarismo limitado. A proposta do autor é trazer uma nova compressão e divisão entre os poderes, com a criação de novos centros de poder e com alteração do papel desempenhado pelos poderes tradicionais (Legislativo, Executivo e Judiciário). Para isto, critica o sistema presidencialista, adotado pelo Brasil, revelando suas fragilidades e desvantagens em comparação com o sistema parlamentarista limitado, ora defendido pelo autor.

Da mesma forma, o autor Juan Linz (1990, p. 51-69), em trabalho de amplo impacto, denominado *The perils of presidentialism*, já afirmava que a solução para a América Latina não é aperfeiçoar o presidencialismo, mas, sim, abandoná-lo, para adotar em seu lugar o parlamentarismo. Isto porque, segundo o autor, o presidencialismo não está apto a sustentar regimes democráticos estáveis.

Em pensamento semelhante, o sociólogo e cientista político italiano Giovanni Sartori (1996, p. 104-107), na obra *Engenharia Constitucional*, afirma que “o presidencialismo tem um registro preocupante de fragilidade e instabilidade”, baseando-se no que chama de “piores arranjos estruturais”. Entretanto, diferentemente de Ackermann e Linz, o autor (SARTORI, 1996, p.113) defende que, num país como o Brasil, a adoção do parlamentarismo se tornou

“não só impossível, mas totalmente inconcebível”. Isto porque a tradição e a cultura política do Brasil fomentam partidos políticos totalmente inaptos para o sistema parlamentar:

Nenhum país do mundo atual é tão avesso aos partidos como o Brasil – na teoria e na prática. Os políticos se relacionam com seus partidos como “partidos de aluguel”. Mudam de partidos frequentemente, votam contra a linha partidária e rejeitam qualquer tipo de disciplina partidária, com base no argumento de que sua liberdade de representar o eleitorado não pode estar sujeita a interferência. Assim, os partidos são entidades voláteis e o presidente é deixado flutuando sobre o vazio, com um congresso rebelde e eminentemente atomizado (SARTORI, 1996, p.112).

Portanto, a melhor fórmula para o Brasil não seria o parlamentarismo, mas, sim, o “presidencialismo alterado”, que representaria verdadeira “fuga da concentração excessiva de poder” e uma “excelente solução para qualquer sistema político com fraco desempenho” (SARTORI, 1996, p. 166-183).

Para levantar o debate sobre sistema de governo, reforma política brasileira e separação de poderes, é necessário o contínuo resgate de tais autores, que se tornam imprescindíveis para compreender que a superação das deficiências apontadas em nosso sistema depende de mudanças estruturais que vão além da adoção de fórmulas prontas.

Embora a ideia dos autores se aproxime da proposta do presente trabalho – buscar soluções para uma reformulação da relação entre os poderes tradicionais (Legislativo, Executivo e Judiciário) –, o modelo aqui proposto é bastante diferente, visto que pretende estabelecer uma releitura e reestruturação do princípio da separação dos poderes, calcado na conciliação, cooperação e comunicação.

Nesse sentido, para a racionalização dos rumos que se deseja seguir, é preciso haver um fortalecimento institucional por meio da atuação dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) de forma mais integrativa, participativa, cooperativa e dialogada. Isto indica que o princípio da separação dos poderes precisa ser entendido como capaz de estabelecer um novo padrão de relação entre os poderes estatais.

Essa percepção parte de uma necessária força integrativa entre os poderes do Estado, que vem enfrentando problemas a partir das novas preocupações e acontecimentos decorrentes do acelerado desenvolvimento populacional e do crescimento do modelo capitalista, com a produção em série e o consumo de massa, que alteraram principalmente o eixo central das atividades do Estado.

Premido pela necessidade de acompanhar as mutações ocorridas a partir de uma nova realidade constitucional brasileira no século XXI, o cenário brasileiro tem desenhado contornos diferentes, calcado na ascensão do Judiciário, na valorização crescente dos

precedentes vinculantes como fonte de direito e na preocupação com o tratamento isonômico e uniforme das decisões judiciais, amparado pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Sob essa nova ótica, o princípio da separação dos poderes passou a ser visto com maior flexibilidade, com vista a propiciar maior interferência e atuação entre os três poderes. Institui-se um mecanismo de controle mútuo, no qual há interferências que visam estabelecer uma proposta que vai além do sistema de freios e contrapesos, e busca o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade.

Assim, não é coerente nem factível a manutenção de poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções, tornando-as exclusivas do poder respectivo. A separação absoluta entre os poderes não só é impossível na atual conjuntura, como também indesejada.

Nessa linha, Ribeiro (2016, p. 232) afirma que “o conservadorismo e a pretensão à ausência de interferências recíprocas – ou o receio de tais interferências – entre os órgãos constituídos que exercem o poder do Estado, revelam uma ideia de separação radical dos poderes”.

Entretanto, o que se pretende aqui é estabelecer verdadeira cooperação, colaboração ou coparticipação entre os poderes em certas tarefas, nas quais um poder participa, de forma limitada e secundária, na função de outro, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.

A cooperação que aqui se defende deve prestigiar a formação e o desenvolvimento de um processo de simétrica paridade entre todos os sujeitos participantes, para a construção de uma decisão justa, pautada no diálogo e na conciliação de forças institucionais.

A doutrina classifica o modelo cooperativo em quatro espécies: deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio (SOUSA, 1997, p. 65-67).

A primeira concede ao Poder Judiciário a oportunidade de “se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo” (SOUSA, 1997, p. 65); a segunda impõe a obrigatoriedade de as partes serem alertadas pelo órgão jurisdicional acerca de “eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações e pedidos” (SOUSA, 1997, p. 65); a terceira estabelece obrigatoriedade ao órgão jurisdicional de possibilitar o diálogo ativo com as partes envolvidas antes mesmo de decidir (SOUSA, 1997, p. 66); por fim, a quarta espécie permite a prestação de auxílio para a “superção de

eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA, 1997, p. 67).

Dessa forma, almeja-se alcançar uma condição cooperativa do processo, mediante a participação, colaboração, auxílio e o estabelecimento do diálogo sem protagonismos, conforme afirma Didier Jr. (2010, p. 47).

Nesse cenário, não participa apenas o órgão jurisdicional, mas também os demais órgãos estatais (Legislativo e Executivo), compondo uma espécie de conciliação e integração de forças para alcançar o resultado democrático esperado. Em outras palavras, o processo cooperativo não opera numa via de mão única, estabelecendo novos padrões apenas ao órgão julgador, mas, sim, integrando também os demais poderes, Legislativo e Executivo.

Quando se admite a intervenção do Judiciário a ponto de decidir questões relativas à prestação de serviços concedidos, permitidos ou autorizados, relativos à administração pública, deve se permitir também que todos os agentes envolvidos e interessados – e aqui destaco não só os agentes jurisdicionados, mas também os agentes dos órgãos administrativos – façam parte de um debate público e democrático para o encontro da melhor decisão possível.

Esse é, pelo menos, o referencial de uma sociedade cooperativa, cujas bases estão consolidadas no Estado Democrático de Direito, esculpido no art. 1º, *caput*.

Segundo Boursier (2003, p. 297), um traço marcante da sociedade contemporânea é considerá-la um empreendimento de cooperação entre os seus membros, para o fim do proveito mútuo. Acrescenta ainda Häberle (2007, *passim*) que estamos vivendo no atual “Estado Constitucional Cooperativo”, expressão usada pelo autor.

A Constituição da União Europeia, por exemplo, já possui em seu texto legal a premissa de que os poderes institucionais devem manter um sistema de cooperação leal entre si. É o que preceitua o art. I-19º:

Artigo I-19º

Instituições da União

1. A União dispõe de um quadro institucional que visa:

- promover os seus valores,
- prosseguir os seus objectivos,
- servir os seus interesses, os dos seus cidadãos e os dos Estados-Membros,
- assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas acções.

O quadro institucional compreende:

- o Parlamento Europeu,
- o Conselho Europeu,
- o Conselho de Ministros (adiante designado “Conselho”),

- a Comissão Europeia (adiante designada “Comissão”),
 - o Tribunal de Justiça da União Europeia.
2. Cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pela Constituição, de acordo com os procedimentos e as condições que esta estabelece. As instituições mantêm entre si uma **cooperação leal**. (grifo nosso)⁷⁴

A expressão cooperação leal tende ainda a produzir outras noções, como a de comunicação entre as instâncias de poder do Estado.

A comunicação entre os poderes é também eixo central no constitucionalismo brasileiro do século XXI, porque, conforme assegura Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, p. 2.601), “um dos fatores da litigiosidade massiva no Brasil é o da falta de diálogos institucionais entre os ‘poderes’ e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direitos”.

Além disso, essa comunicação entre os poderes estatais tende a prestigiar o aprimoramento das leis editadas e o aumento da eficiência no âmbito da administração pública e da jurisdição.

Nessa linha, Ribeiro (2016, p. 234) afirma que é necessária uma “realimentação no processo de ação do Estado”, que só é possível por meio da integrativa comunicação entre os órgãos atuantes do Estado.

Acrescenta ainda o autor (RIBEIRO, 2016, p. 239) que “a superação do princípio da separação dos poderes não se dá com a eliminação da ideia de separação, mas com a sua integração numa nova concepção de comunicação entre os poderes”.

Essa inter-relação entre os poderes deve propiciar maior contato entre as esferas de poder, atuando de forma conjugada e promovendo ainda uma conciliação de forças, para que o Estado possa alcançar uma organização política e institucional mais eficaz.

Assim, por exemplo, se determinada empresa de telefonia impede ou restringe a liberdade de contratar do consumidor, estabelecendo prolongada fidelidade de plano, nada impede que o Judiciário, em sede de IRDR, possa intervir, juntamente com a participação da sociedade, dos órgãos jurisdicionais, das agências reguladoras e da empresa prestadora do serviço público, para tentar dirimir tal questão. Isto só será possível se compreendermos a necessidade de contato permanente entre os tradicionais poderes (Judiciário, Executivo e Legislativo).

Para resolver as contendas entre agências reguladoras, concessionários/permissionários de serviço público e sociedade, é necessário permitir um diálogo mais

⁷⁴ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:C2004/310/01>. Acesso em 15.04.2017, às 13h40min.

próximo e aberto das instâncias de poder. Por isso, é imprescindível que as agências reguladoras façam parte, desde o início, do debate para o julgamento do incidente, já que esse será o instrumento que regulará as diversas situações no plano administrativo⁷⁵.

A ausência da agência reguladora como órgão necessário na construção da tese do IRDR, quando este afetar a administração pública, foi inclusive objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.492 suscitada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, em que se questiona, entre outros, o art. 985, § 2º e o art. 1.040, ambos do CPC/2015.

A presente ação de inconstitucionalidade é sustentada sob as bases da garantia do contraditório e do devido processo legal, na medida em que, mesmo ausente do debate, o órgão regulador (agência reguladora) passa a submeter-se à tese resultante do IRDR, com a incumbência de vigiar e punir todos os agentes sujeitos à regulação que descumprirem a ordem judicial, o que violaria os respectivos mecanismos constitucionais. Vejamos trecho da peça:

II.7. Vinculação da Administração Pública para a “efetiva aplicação” de tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 985, § 2º, e 1.040, IV): a automática e direta submissão da Administração Pública, ainda que não tenha sido parte no feito, à tese resultante de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Repetitivos, com o dever de fiscalizar a efetiva aplicação no campo dos serviços públicos, ofende a garantia do contraditório e o devido processo legal⁷⁶.

Em que pese não concordar com as alegações de inconstitucionalidade apresentadas⁷⁷, defende-se neste trabalho que, embora a norma processual não faça menção à necessária

⁷⁵ A ideia de participação das agências reguladoras na formação da tese jurídica (IRDR) foi objeto de enunciado pelo Enfam, com a seguinte redação: “O tribunal deve intimar o ente público ou a agência reguladora imediatamente após a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência cujo objeto verse sobre prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, possibilitando a sua participação”. Ocorre, porém, que tal enunciado não foi aprovado por unanimidade, o que impossibilitou a sua vigência.

⁷⁶ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4959031>>. Acesso em 20.02.2017 às 19h22.

⁷⁷ As alegações de inconstitucionalidade, em suma, têm como base a lesão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob os seguintes fundamentos: a) o CPC/2015 não confere legitimidade para a Fazenda Pública instaurar o IRDR; b) a agência reguladora tem a possibilidade de participar do processo na qualidade de terceiro ou de *amicus curiae*, mas não possui as mesmas prerrogativas processuais que as partes, o que prejudicaria a intervenção da agência. Logo, tendo em vista a participação limitada da agência (por “restrições de prerrogativas processuais”), não se justificaria a extensão da coisa julgada material proferida em IRDR; c) não haveria meio efetivo na legislação processual para a Fazenda Pública rediscutir a tese fixada no IRDR. Embora se concorde com a necessidade de participação da agência reguladora na formação do incidente, discorda-se das alegações de inconstitucionalidade apresentadas, primeiramente porque a participação e a intervenção das agências reguladoras como terceiro interessado lhes dão a prerrogativa de requerer a juntada de documentos, bem como solicitar diligências necessárias à elucidação da questão, podendo inclusive, em audiência pública, prestar esclarecimentos que lhes sejam relevantes, sem contar ainda a possibilidade de realizar sustentação oral no julgamento do incidente (arts. 983 *caput* e § 1º e 984, inc. II, alínea “b” todos do CPC/2015). Assim, não há que se falar em “restrições de prerrogativas processuais”, além do que cairia por terra a

participação da agência reguladora, é imprescindível que o órgão regulador esteja presente na formação do incidente e debata ativamente, trazendo teses e argumentos que fortaleçam a formação do precedente. Em outras palavras, deve-se promover uma comunicação e integração democrática entre os poderes, em que as agências reguladoras e os entes regulados estejam preparados para discutir ativamente com o Judiciário, para que se possa avaliar previamente os efeitos da decisão do incidente.

É de suma importância compreender que, para a formação da tese no IRDR, a questão discutida deve estar profundamente madura, além de respeitar os princípios jurídicos e as proposições sociais que determinam o sistema jurídico. Para tanto, é preciso que o juiz abra mão da centralidade do processo, reconhecendo a complexidade do problema e da escolha das medidas necessárias, trazendo para o processo a ampla participação de todos os envolvidos. Isto é o que os autores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 37) chamam de modelo experimentalista de reparação.

Segundo Dierle Nunes e Ludmila Teixeira (2013, p. 94-96), esse modelo contribui para que sejam tomadas decisões mais flexíveis, com a possibilidade de inclusão dos envolvidos na supervisão das medidas adotadas, podendo ainda realizar revisões para adequação das medidas aos problemas, iniciando pelo que chamam de “decisões estruturantes” (organizadas), que visam estabelecer “metas, objetivos e parâmetros de controle do cumprimento e da efetividade das medidas judiciais adotadas”.

Esses modelos estão amplamente amparados pela ótica do CPC/2015 e pelo Estado Democrático Constitucional, no qual se preza um padrão resolutivo e mais participativo, resultando na construção conjunta da melhor solução jurídica. Além disso, tais definições perpassam pela experiência acumulada sobre os caminhos mais eficientes de gestão do conflito coletivo, em busca do seu mais adequado exercício.

Assim, o presente estudo é preciso em defender a participação integrativa das agências reguladoras na formação do incidente, o que pode se dar por meio da condição de terceiro interessado⁷⁸ quando não figurarem como parte nas demandas, mas demonstrarem perceptível

necessidade de incluir a Fazenda Pública como legítima a instaurar o IRDR. Outra questão que merece destaque é que não há no julgamento do IRDR a produção de coisa julgada material, tendo em vista ser instrumento processual que visa fixar teses e não julga o processo (ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [*et al.*]. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 3º ed. 2016. P. 2440). Por fim, há de se ressaltar que a legislação processual, a nosso ver, trouxe possibilidades de rediscutir o julgamento do incidente. Entre elas, destaca-se a possibilidade de recursos ao STF e STJ (art. 987 do CPC/2015) e a realização da revisão da tese jurídica firmada no incidente, o que se denomina *overruling* (art. 986 do CPC/2015).

⁷⁸ Acredita-se que essa intervenção de terceiros seja uma modalidade típica, pois sua previsão está claramente elencada no art. 983 do CPC/2015.

interesse na formação do incidente, pela existência de uma relação jurídica conexa com aquela discutida em juízo, sendo facultado ainda juntar documentos e apontar diligências necessárias à elucidação da questão de direito controvertida, tudo conforme prescreve o art. 983 do CPC/2015.

Aqueles que a lei chama de “demais interessados” são os que não estão diretamente ligados à formação do processo, porém sofrem as consequências do incidente. Afinal, julgado o incidente sobre o litígio de empresa de telefonia que impede ou restringe a liberdade de contratar do consumidor, a tese fixada terá o condão de gerar repercussão não somente às partes (eficácia *ultra partes*), mas também às agências reguladoras de telefonia, no caso a Anatel.

Por isso, deverá a agência reguladora integrar o debate para a formação do incidente, já que recairá também sobre ela o resultado do julgamento, posto que os reflexos da decisão do IRDR são expansivos. Além disso, a participação da agência reguladora é de fundamental importância, uma vez que poderá influir na construção da decisão, contribuindo para formar um posicionamento mais estável com a exposição de teses e com a representação de interesses.

Uma vez compreendido que a decisão do IRDR irá repercutir em diversas relações jurídicas, é preciso estabelecer um diálogo mais aberto e participativo de todas as pessoas, órgãos e entidades, para que se possa debater ativamente a formação do precedente, discutindo teses e elucidando questões controversas. Em outras palavras, antes de julgar o IRDR e fixar a tese jurídica única, deve-se abordar e arguir o maior número de teses que possam influir no incidente, possibilitando ainda que seja analisado antes de apreciado o seu mérito, com o fim de dar maior legitimidade àquela decisão. É de fundamental importância a participação de todos os envolvidos, partes, terceiros interessados, *amicus curiae* e outros, sob pena de se incorrer na violação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Cassio Scarpinella (2006, p. 626), há tempos, já defendia que, para tornar legítima a decisão com efeito vinculante e persuasivo, é necessário ouvir pessoas ou entidades representativas da sociedade civil, para que se possa analisar em que medida estão configurados os reais interesses, direitos e valores em jogo.

Há que se ressaltar também que a necessária intervenção se justifica não apenas para cumprir as normas constitucionais que garantem o contraditório e a ampla defesa, mas também para obedecer a uma previsão orçamentária das agências reguladoras e dos

concessionários de serviço público. Isto porque incumbirá ao concessionário o seguimento da tese fixada no IRDR, e à agência, a ordem fiscalizatória do seu cumprimento.

Logo, a participação da agência e do concessionário/permissionário contribuirá para que esses entes possam se organizar a ponto de estabelecer uma previsão orçamentária para o cumprimento e fiscalização do incidente. Esta questão é um ponto relevante, mas pouco discutida pela doutrina.

Incluem-se também nesse estímulo de diálogo e participação os demais órgãos que podem influenciar na formação do incidente, com destaque para órgãos representativos, órgãos de defesa do consumidor, câmaras técnicas consultivas, Ministério Público e Defensoria Pública. Isto porque, como já se viu, as decisões em sede de IRDR possuem ampla repercussão, de âmbito regional ou nacional, com força de produzir impacto vinculante, ou seja, de seguimento obrigatório perante a administração pública.

Além do mais, em determinadas circunstâncias, são as próprias agências reguladoras e as concessionárias de serviço público que têm mais capacidade para efetuar um juízo prognóstico daquele conflito. Isto advém do fato de que juízes e tribunais, por vezes, são obrigados a decidir questões demasiadamente específicas e técnicas, que fogem ao conhecimento rotineiro dos tribunais. Para Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003, p. 45-46), trata-se de questões que devem ser sopesadas quando da formação de um precedente.

Para se ter uma ideia da importância das agências reguladoras no enfrentamento de questões relevantemente técnicas, vale lembrar um recente julgado do STF, que foi instado a se manifestar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.501⁷⁹, que tinha como objetivo suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”. A lei autorizou o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Nesse julgado, a participação da Anvisa foi determinante para o voto dos ministros, pois a agência conseguiu passar informações técnicas importantes e até então desconhecidas por eles. Defendeu a agência que o medicamento ainda não tinha passado pelos estudos necessários e pelo controle técnico da Anvisa e, portanto, não havia nenhuma comprovação acerca da eficácia da pílula. Ressaltou ainda que a crença na cura graças ao consumo do medicamento levava os pacientes a abandonarem o tratamento tradicional, o que representava verdadeiro risco à vida e à saúde dos pacientes.

⁷⁹ Divulgado em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acesso em 28.04.2017 às 23h54.

Essa comunicação e cooperação estabelecida entre a agência reguladora e o Judiciário foi extremamente importante para a tomada de decisão sobre o caso em concreto. Por seis votos a quatro, o Supremo decidiu suspender a lei que autorizava o uso da conhecida “pílula do câncer”, sobrestando ainda milhares de decisões judiciais que obrigavam o governo a fornecer a substância.

Basta analisar os trechos do voto do relator e ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello para verificar a importância dada aos argumentos trazidos pela agência no desfecho desse julgamento:

O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano.

(...)

É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano. Salta aos olhos, portanto, a presença dos requisitos para o implemento da medida acauteladora. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.501 DISTRITO FEDERAL. Relator: AURÉLIO. Marco. Publicado no DJE em 14/02/2017. p. 3-6⁸⁰).

Nessa mesma linha votou o ministro Luiz Fux, que afirmou que a utilização do medicamento pode apresentar um risco ao direito à saúde e à vida digna. O ministro ainda citou o parecer da Anvisa para defender que o uso da fosfoetanolamina pode acarretar o abandono de tratamentos prescritos pela medicina tradicional, que podem beneficiar ou curar a doença.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, no mesmo sentido, afirmou que há evidente risco no uso do composto, já que ainda se desconhecem os efeitos colaterais. Aduziu que:

A interpretação conforme a Constituição liberaria de forma ampla e geral [o uso da substância] e sem os cuidados previstos pela Resolução nº 38, da Anvisa, que estabelece como um dever da própria agência a verificação de quais pacientes podem se submeter ao uso desse medicamento. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.501 DISTRITO FEDERAL. Relator: AURÉLIO. Marco. Publicado no DJE em 14/02/2017. p. 3-6⁸¹).

⁸⁰ Disponível

em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 28.04.2017 às 23h54.).

⁸¹ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 28.04.2017 às 23h54.

Isto demonstra que, em determinadas circunstâncias, são as agências reguladoras que detêm o conhecimento específico e técnico sobre o que se quer regular. Todavia, isto não significa que o debate sobre determinado tema não possa ser levado à porta do Judiciário, pois basta que o órgão jurisdicional compreenda a necessidade de participação ativa e integrativa dos demais órgãos. Daí a importância de estabelecer o diálogo e um debate aberto entre as instâncias de poder, o que não só proporciona um discurso mais democrático, como subsidia o Judiciário na tomada de decisões sobre temas em que os juízes, desembargadores e ministros, muitas vezes, não possuem conhecimento técnico específico.

Essa forma cooperativa, participativa e comunicativa do Judiciário, da agência reguladora e do concessionário de serviço público rechaça qualquer alegação de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Isto significa que, mais do que nunca, o Judiciário, para a fixação de tese que verse sobre controvérsia perante a administração pública, deverá comunicar as agências reguladoras e demais órgãos consultivos interessados na formação do incidente, sob pena de comprometer o mérito do incidente e ainda disseminar decisão formada unilateralmente pelo Judiciário, esvaziando o objetivo do IRDR.

Dessa forma, assegura Pedro Pinto (2013, p. 642) que:

A administração, através de seus órgãos especializados; a população, organizada em grupos ou não; e os partidos políticos podem habilitar-se como interessados, como *amicus curiae* nos processos de formação do precedente, trazendo suas informações e considerações institucionais ao Judiciário e participando do processo decisório.

Cabe ao Judiciário reconhecer que nem sempre terá conhecimento necessário para proferir decisões de cunho especializado. Portanto, as decisões, principalmente aquelas tomadas em sede de IRDR e de recurso especial ou extraordinário, que possuem ampla repercussão, devem ser tomadas com as cautelas legais, possibilitando a participação ativa de todos os envolvidos, direta ou indiretamente.

Essa postura comunicativa, dialogada e cooperativa vem sendo inclusive objeto de incentivo pelo próprio CPC/2015, pois há na doutrina crescente preocupação com as relações dialogadas entre as instituições de poder e o Judiciário. É o que prevê o art. 6º⁸² do CPC/2015, que estabelece um modelo cooperativo para a obtenção de decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva.

⁸² Nos termos do art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Para tanto, o CPC/2015 veda a possibilidade de que um juiz surpreenda as partes com decisões tomadas de ofício. Em todos esses casos, em vez de decidir direta e arbitrariamente, o juiz estará obrigado a dar a oportunidade para que as partes se manifestem no processo, segundo preceituam o art. 9º⁸³ e o art. 10º⁸⁴ do mesmo diploma legal.

Isto significa dizer que o código processual visa garantir, em todos os casos, o devido processo legal, por meio do exercício do contraditório⁸⁵, como garantia de diálogo, cooperação e conciliação entre os envolvidos no conflito. Nesse sentido, afirma Didier Jr. (2011. p. 213): “A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia”.

Busca-se aqui, nas palavras de Dierle Nunes (2015, *on-line*), o “respeito a uma teoria normativa da participação (cooperação) tendo o contraditório como influência e não surpresa como base”.

Dessa forma, garante-se que o processo seja construído sob bases democráticas, permitindo às partes influir na tomada da decisão. Por isso, a decisão que julga o IRDR só será considerada como precedente vinculante se respeitar o devido processo legal.

Nesse contexto, afirma-se, então, que o art. 985, § 2º do CPC/2015 deve ser compreendido dentro do modelo cooperativo de processo e deve garantir o devido processo legal a todos os envolvidos.

Segundo José Henrique Mouta Araújo (2015, p. 333):

O devido processo legal assegura a todos, em processos individuais e coletivos, o direito a participar na decisão judicial e a observância de toda a sistemática processual, entendida como o conjunto de garantias constitucionais assecuratórias do exercício de direitos e poderes processuais.

Pode ser ainda considerado o princípio do direito que procura dar proteção aos jurisdicionados, assegurando a todos o direito a um processo justo, sem qualquer espécie de nulidade, garantindo a persecução de todas as etapas previstas em lei, resguardando-se ainda as garantias constitucionais.

Vale ressaltar a lição de Calmon Passos (1981, p. 86):

⁸³ Nos termos do art. 9º do CPC/2015: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁸⁴ Nos termos do art. 10º do CPC/2015: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁸⁵ Tal princípio encontra-se consagrado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente; b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao judiciário; c) as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório.

Antônio do Paso Cabral (2007, p. 127) afirma ainda que o direito processual tradicional, individual, deve dar lugar a um devido processo legal de natureza social ou coletiva, sendo esta a única forma de garantir a adequada defesa desses novos direitos.

Além do mais, o contraditório, no CPC/2015, não se perfaz apenas com o direito de ser informado, mas possibilita uma ação mais ampla das partes na construção do resultado final do processo, influenciando de modo ativo e efetivo na formação dos pronunciamentos jurisprudenciais e garantindo que suas manifestações sejam devidamente levadas em consideração pelos magistrados. Esse é inclusive o entendimento de Marcos de Araújo Cavalcanti (2015, p. 343) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2013, p. 433).

Portanto, como forma de ampliar a participação e o debate sobre a matéria do incidente e para resguardar o contraditório, é possível extrair do texto do CPC/2015 que as partes da causa pendente no tribunal, bem como as partes de qualquer demanda repetitiva, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, poderão intervir no processo e suscitar a participação na formação do IRDR, conforme prevê o art. 983 do CPC/2015. Até porque, para considerar o acórdão do IRDR um autêntico precedente vinculante, com força de projetar suas decisões a casos presentes e futuros, há de se ressaltar a imprescindível observância do requisito a legitimar tal decisão, qual seja a participação na formação do incidente.

Nesse sentido, ao que tudo indica, o CPC/2015 trouxe diversas previsões de participação e integração na formação do incidente, não somente no intuito de respeitar os princípios constitucionais, mas com o fim de mostrar seu ímpeto democrático, permitindo sempre o mais amplo debate antes da fixação da tese.

Há a possibilidade, por exemplo, segundo Eduardo Cambi (2015, p. 291), de o relator designar audiência pública para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria que deu origem à questão de direito. Sem contar que o art. 984, inciso II, alíneas “a” e “b” do CPC/2015, abre margem para que, na sessão de julgamento do incidente, possa haver sustentação oral do autor e do réu do processo originário e do Ministério Público pelo prazo de 30 minutos, bem como dos demais interessados, no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, podendo esse prazo ser objeto de aumento, a critério do órgão julgador.

Vale frisar que, depois do julgamento de mérito do incidente, existe a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 987 do CPC/2015). Ainda poderá haver, segundo o art. 986 do CPC/2015, a revisão da tese jurídica firmada no incidente (*overruling*), cabendo aos demandantes demonstrar a mudança fática ou normativa capaz de gerar o efetivo reexame ou revisitação da questão jurídica definida no incidente, para a correta aplicação do direito.

Essa necessidade de reexame ou mudança da jurisprudência ocorre seja por alguma alteração do ordenamento jurídico que a fundamentava, seja porque houve uma evolução fática histórica.

É possível também, como forma de ampliar a discussão e o debate, a participação do *amicus curiae*, que contribuirá de forma ativa no esclarecimento e elucidação da questão controvertida, aumentando a participação democrática na formação da decisão paradigma. Para Leonardo Cunha (2011, p. 268-269), o *amicus curiae*:

(...) poderá ser uma entidade pública ou privada e funcionará como auxiliar do juízo, desde que possua interesse institucional em contribuir na formação de decisão judicial, com a possibilidade de apresentar argumentos, dados ou elementos capazes de conduzir à melhor resolução da questão jurídica.

Assim, verifica-se que o texto processual, acertadamente, conseguiu prever uma ampla participação na formação do incidente, que, diferentemente daquela relação individualizada (litígio “Caio *versus* Tício”), passa a dar lugar ao debate mais plural e democrático, no qual se permite o amadurecimento da controvérsia por meio da cooperação e colaboração de pessoas, órgãos, entes interessados no conflito, Ministério Público, Defensoria Pública, câmaras técnicas consultivas, entre outros participantes que puderem agregar para o julgamento e a fixação da tese.

Essa integração revela verdadeira conciliação e cooperação de forças capazes de efetuar um juízo prognóstico mais próximo das reais necessidades dos envolvidos e sem deixar de produzir um debate plural de ideias em que todos os pontos de vista sejam ouvidos e respeitados.

Há, hoje, uma clara valorização de teorias que prestigiam o diálogo, a conciliação e a cooperação entre as instituições. Para tanto, o Judiciário, como fonte de promoção dos direitos fundamentais do cidadão, deve, antes de proferir a decisão final, dar voz aos poderes e órgãos envolvidos, posto que a “massa sem rosto e sem identidade conhecida, mas que são atingidos

pela transferência alocativa” (AMARAL *apud* NOBRE; SILVA, 2011, p. 81-115), deve fazer parte da construção da decisão.

Isto é acentuado, principalmente, quando se trata de um sistema de produção de decisões vinculantes centradas nos tribunais superiores (STF e STJ), assim como aquelas de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, como é o caso do IRDR.

Esse perceptível fortalecimento de teorias que focam o diálogo entre instituições advém, segundo Brandão (2012, p. 287-289), da razão pela qual os poderes do Estado são concebidos numa estrutura institucional em que nenhum deles atua unilateralmente, mas, sim, possuem mecanismos de reação, contribuindo com sua própria capacidade institucional para construir a decisão.

Deste modo, parece claro que o Judiciário encontrou no IRDR um instrumento de combate efetivo às ações de massa, que representam grande parte do volume dos processos nos tribunais. Além disso, o incidente vem sendo tratado como o mecanismo judicial que supre a carência e falta de efetividade das agências reguladoras para a solução de problemas que afetam o cotidiano da população.

Para tanto, defende-se que o IRDR de fato possa concretizar uma ampla participação de todos os agentes na formação do incidente, incentivando a abertura de um diálogo cooperativo e integrativo, refutando todas as dúvidas e incertezas que giram em torno desse incidente, principalmente aquelas que ecoam em torno da possível ofensa à separação de poderes. Isto porque estamos diante de um novo desenho institucional, em que se valorizam as relações cooperativas, conciliatórias e dialogadas, que representam a face de uma reestruturação do princípio da separação dos poderes e uma nova sistemática institucional do Estado.

Portanto, o Judiciário estará apto a intervir no mérito da administração pública por meio do instrumento processual do IRDR quando promover de fato uma real integração entre os poderes tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), permitindo a todos os agentes atuar, interagir, debater e influir na formação do precedente.

Em suma, essa integração entre os poderes é que vai nortear a moderna concepção de separação de poderes do constitucionalismo brasileiro do século XXI, compreendendo ampla capacidade de participar, dialogar, cooperar e influir no resultado final.

Não se defende aqui o rompimento do princípio da separação dos poderes, mas, sim, uma junção de forças para alcançar o melhor resultado. O Judiciário, ao decidir matéria que envolva a administração pública, passa a ter maior capacidade na tomada de decisão quando

tende a promover a integração de todos os envolvidos, com a possibilidade de contribuir para a tese do incidente.

Essa deve ser a tônica do processo constitucional, em que a formação do precedente em âmbito administrativo, por meio do IRDR, está entre as funções que podem ser desenvolvidas pelo Judiciário sem imiscuir-se na função de outro poder.

No panorama brasileiro, a questão da separação de poderes e suas capacidades institucionais não deve ser um empecilho para o desenvolvimento de técnicas processuais voltadas a combater a multiplicação de processos, reduzir o tempo de trâmite das ações no Judiciário e conferir tratamento adequado, racional e uniforme às demandas repetitivas.

Chegou o momento de reconstruir o sentido de separação de poderes, a fim de albergar situações em que o Judiciário passa a gerir contendas antes não previstas, promovendo interferências na política, no meio social e em questões técnicas cada vez mais especializadas.

Em vista disso, entende-se que o controle judicial do IRDR perante questões de mérito da administração pública revela-se como um novo padrão de relação entre os poderes no constitucionalismo brasileiro do século XXI, voltado a valorizar a conciliação, a cooperação e a comunicação entre as instituições tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu analisar o controle judicial exercido pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), principalmente no que diz respeito à extensão dos seus efeitos perante a administração pública.

Assim, foram analisados tanto os principais elementos do incidente processual, como o princípio da separação dos poderes e a capacidade institucional dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com isso, verificou-se que o modelo tradicional de separação de poderes, resultado da divisão do Estado nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, calcado na concepção do pensador francês Montesquieu, já está longe de ser o ideal para o atual Estado Contemporâneo. Isto porque diversas transformações e variações ocorridas com o tempo – como a dinâmica social, a ascensão do Judiciário, mudanças na legislação que valorizassem o sistema de precedentes, preocupado com a isonomia e a segurança jurídica – impulsionaram a busca de um novo padrão de relação entre os poderes.

Vale destacar que os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram dados alarmantes sobre o número de processos que tramitam no Judiciário e o tempo gasto para resolvê-los, reforçando a tendência modificadora da legislação, que visa prestigiar precedentes judiciais. Sem contar que vem se constatando, de forma inequívoca, um aumento de provimentos que passaram a ser vinculantes, nos termos do art. 927 do CPC/2015.

A valorização dos precedentes de caráter vinculante perpassa por uma mudança profunda na forma de tratar as demandas coletivas. Viu-se que os instrumentos coletivos foram aos poucos se mostrando frágeis para o combate das demandas de massa. Diversas questões começaram a levar à conclusão de que o processo coletivo se mostrou incapaz de processar racionalmente o volume expressivo de ações coletivas, sobretudo aquelas caracterizadas por produzir em larga escala situações jurídicas homogêneas. Em outras palavras, os instrumentos coletivos não se adequavam mais a tutelar os conflitos contemporâneos caracterizados pela repetitividade.

Essa percepção fez crescer a necessidade imediata de mudanças efetivas no tratamento das demandas de massa no Brasil. Assim, foram realizadas alterações legislativas

que impulsionassem e consolidassem formas diferenciadas no tratamento do processo coletivo.

Acompanhando principalmente as tendências da Alemanha e Inglaterra, o Brasil buscou desenvolver um mecanismo próprio, apto a tratar milhares de ações idênticas em bloco, satisfazendo, assim, a celeridade processual, a isonomia no trato das questões e a segurança jurídica aos jurisdicionados. Está-se falando do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

O surgimento do IRDR, assim como de outros mecanismos processuais, como o recurso extraordinário repetitivo e o recurso especial repetitivo, mostra que não só se instituiu um microsistema de julgamento de casos repetitivos, como se consolida uma tendência uniformizadora nas decisões, pautada nos precedentes judiciais.

Tal vocação tem impacto direto no crescimento do Poder Judiciário, principalmente em relação à interferência deste sobre a competência dos demais poderes. Esse ponto de intercessão e controle judicial é exatamente o grande problema enfrentado no presente trabalho. Basta citar, como já se viu, o art. 985, § 2º do CPC/2015, que tende a projetar tese fixada em IRDR perante a administração pública. Em outras palavras, a administração pública estaria recebendo ordens não oriundas do próprio Poder Executivo, mas, sim, do Judiciário.

O legislador, assim, permitiu que o Judiciário passasse a regulamentar alguns atos da administração pública à luz dos instrumentos processuais pautados nos precedentes. Ou seja, a administração pública não está restrita ao Poder Executivo e pode sofrer controle do próprio Poder Judiciário. Isto implica a transferência, a juízes e tribunais, das tarefas originalmente exercidas por outros poderes.

É inevitável, porém, que essas transformações provoquem certo desconforto jurídico, já que há flagrante interferência do Judiciário quando resolve questão no plano administrativo. Afinal, estabelecer parâmetros para a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, discussão que encontra sua fonte no princípio da separação dos poderes, não tem sido tarefa simples.

Ocorre, porém, que estão sendo vivenciadas mudanças estruturais que tendem a acompanhar os novos contornos do constitucionalismo brasileiro do século XXI. O Brasil passa por diferente arranjo institucional, no qual as capacidades de atuação dos poderes estão sendo rearticuladas, havendo verdadeira transferência alocativa de funções. Tal percepção faz alterar os parâmetros mais tradicionais de separação de poderes, trazendo a necessidade de haver maior integração entre as instituições de poder, de maneira que Executivo, Legislativo e Judiciário possam agir conjuntamente para o deslinde de determinada questão.

Em outras palavras, ou se preza a inter-relação entre os poderes, calcada na conciliação, na comunicação e na cooperação de forças, tese que ora se defende, ou o presente incidente está fadado a violar diversos preceitos constitucionais que venham a tolher a participação, o diálogo e o próprio contraditório de quem possa ser diretamente atingido pelo julgamento do incidente.

Isto significa que, quando se admite a intervenção e o controle do Judiciário a ponto de que este decida questões relativas à prestação de serviços concedidos, permitidos ou autorizados, relativos à administração pública, deve se permitir que todos os agentes envolvidos façam parte de um debate público e democrático, incluindo, é claro, a própria administração pública.

Afinal, o resultado do incidente repercutirá também sobre as agências reguladoras, que terão o condão de recepcionar a tese e fiscalizar o seu cumprimento por parte dos concessionários/permissionários de serviço público.

Essa integração na tomada de decisão promove uma conciliação de forças com a capacidade de todos influírem no resultado final. A junção de forças consolida ainda mais a formação do precedente, já que torna receptível a discussão de teses e a elucidação de questões controversas que possam contribuir para o julgamento do incidente, além de proporcionar a pessoas, órgãos, entes e demais interessados na formação do incidente um debate mais democrático e plural.

Afinal, é esse propósito de união, cooperação e integração de forças que o CPC/2015 defende. Há um espírito voltado à composição de um processo mais harmonioso em busca de uma solução rápida, justa e efetiva. Aqui, os deveres são recíprocos, e todos os agentes são protagonistas da própria condução da demanda. Isto significa que se está diante da democratização do processo.

Portanto, é preciso compreender que o controle judicial realizado pelo IRDR perante a administração pública deve ser entendido como um novo arranjo institucional, que comporta a integração entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Vale destacar ainda que, por ser uma proposta incipiente, dados obtidos do Conselho Nacional de Justiça demonstram que, embora o IRDR já esteja disseminado por todo o território nacional, inclusive já tendo sido suscitado perante a corte superior (STJ), não há como concluir, até o encerramento do presente trabalho, que esse instrumento processual tenha de fato reduzido ou combatido efetivamente as ações de massa do país.

O que se percebe é que a incidência do IRDR tem aumentado a cada ano, nas mais diferentes esferas (Justiça Estadual, Federal ou do Trabalho) e que, ao menos no Tribunal de

Justiça do Estado do Pará, Estado em que se desenvolveu o presente estudo, têm se adotado todas as precauções para garantir os preceitos constitucionais, principalmente aqueles voltados a consagrar o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade dos atos processuais.

Espera-se, é claro, que o IRDR, por ser uma autêntica engenharia brasileira, possa servir como um grande instrumento de controle judicial para a produção de um discurso uniforme, isonômico e que garanta a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Mesmo sendo o IRDR um autêntico instrumento de controle judicial dos atos da administração pública, não se reconhece a violação aos primados da separação de poderes, por se considerar que a intromissão judicial, aqui, se pauta em um novo padrão de relação entre os poderes institucionais, que vai nortear a moderna concepção de separação de poderes do constitucionalismo brasileiro do século XXI, compreendendo a mais ampla capacidade de participar, dialogar, conciliar e cooperar, a fim de alcançar a formação do melhor precedente possível.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coords). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público**. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadres Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: **Revista de Processo**, n. 75: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

AMARAL. Guilherme Rizzo. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-24/guilherme-amaral-precedentes-vinculantes-vieram-ficar-cpc#_ftn19> Acesso em 04 de jun. 2017.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e Revisão da Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. Ed. São Paulo: Ed., RT, 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O Incidente de Resolução das Causas Repetitivas no Novo CPC e o Devido Processo Legal**. In: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre., (Org.). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O incidente de resolução de causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal**. Disponível em: [<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00b6379b82a515a>]. Acesso em 28 dez 2016. Publicado originalmente em: **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, p. 1066-1093, 2015.

ARI SUNDFELD, Carlos. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito traído pela filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

BARROSO. Luis Roberto. **Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jul.-Set. 2002.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**. v. 1. São Paulo: Manole. 2005.

BOTTINI, Píerpaolo Cruz. **A Reforma do Judiciário: aspectos relevantes**. In: Revista da Escola da Magistratura-ENM, Ano II, Nª 3. Associação dos Magistrados Brasileiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros. 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOURSIER, Marie-Emma. **Le principe de loyauté en droit processuel**. Paris: Dalloz, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm]. Acesso em 16 dez 2016.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: a história de outras Comissões**. Brasília: Biblioteca Acadêmico Luiz Vianna Filho, 2009. Disponível em: [www.senado.gov.br]. Acesso em 20 dez 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 março 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 08 dez. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm]. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pacto Republicano: parceria entre os Três Poderes a serviço da democracia**. Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547]. Acesso em 20 dez 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878]. Acesso em: 12 jan 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.501 Distrito Federal**. Relator: AURÉLIO. Marco. Publicado no DJE em 14/02/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5501&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 28 abr 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 7 - PR (2017/0071428-1)**. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília (DF), 2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73393118&num_registro=201700714281&data=20170623&tipo=0>. Acesso em 01 jul 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 592.581 - Recurso Extraordinário**. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJE em 01/02/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 10 mai 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. n. 147, São Paulo: 2007.

_____. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: **Revista de Processo**. n. 231, São Paulo: 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Incidente de Resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil**. In: Revista de Processo, vol. 243, ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. **Amicus Curiae e o Processo Coletivo: Uma Proposta Democrática**. In: RePro. São Paulo: Ed. RT, n. 192, fev., 2011, p. 13-14.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência lotérica**. Revista dos Tribunais, v. 90, nº 786, São Paulo, abril/2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, in Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano II, n. 5, jan./mar. 1977, traduzido por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos.

Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. **Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais**. Brasília: 2007. Disponível em [<http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/37d2eb26b555e0d79b3ae989da1b3215.pdf>]. Acesso em 05 nov 2016.

CAPONI, Remo. **Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto**. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. V. 61, n. 4 Milano: Giuffrè, dez. 2007. p. 1250. Disponível: [<http://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11210467>]. Acesso em 22 dez 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: Lucas Buriel de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre

Freire. (Org.). **Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Salvador-BA: JusPodivm, 2015, v. 6.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. de acordo com a EC 45/2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016, p 42. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf]. Acesso em 05 dez 2016.

_____. **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios**. Disponível em [http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true]. Acesso em 30 jul 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, nº 193, ano 36, mar/2011, p. 256-258.

_____. **Inovações no processo civil: comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro**. In: RePro. n. 209. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

DIAS, Jean Carlos. **O controle externo: Refutações às críticas fundadas na separação de poderes**. Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10ª ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)**. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, vol. 198, p. 213, ago, 2011.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Wolter Klumers, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de processo civil: Lei 8.455, de 24.08.1992, 8.637, de 31.03.1993, 8.710, de 24.09.1993, 8.718, de 14.10.1993, 8.898, de**

29.06.1994, 8.950, de 13.12.1994, 8.951, de 13.12.1994, 8.952 de 13.12.1994 e 8.953, de 13.12.1994. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A reforma da reforma: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Projeto 144/01 (Senado Federal), Lei 9.800, de 26.05.1999 (Lei do “Fax”), e Lei 10.173, de 09.01.2001 (Lei dos idosos).** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno.** Vol. II, 3ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do estado.** São Paulo: Atlas. 1993.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo.** Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KOCH, Harald. Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. In: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, solectivos e individuales em una perspectiva comparada.** México: Porrúa, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

LAMOND, Grant. **Persuasive Authority in the Law.** 2010. Disponível em: <<http://www.harvardphilosophy.com/issues/XVII/Lamond,%20Grant.%20Persuasive%20Authority%20in%20the%20Law.pdf>> Acesso em 02 abr. 2017.

LINZ. Juan. **The perils of presidentialism.** Journal of Democracy, (I), 1, Inverno de 1990. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/levitsky/files/1.1linz.pdf>. Acesso em 20.04.2017 às 22:11.

LOCKE. John. **Segundo tratado sobre o governo – Ensaio relativo à verdadeira origem extensão e objetivo do governo civil.** São Paulo: Abril Cultural, Os pensadores, 1983.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** Revista dos Tribunais. 2013.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4 ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI. Luiz Guilherme; MITIDIERO. Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Ed. Renovar, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set.2016. Disponível em: [<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello-Ascens%C3%A3o-dos-Precedentes.pdf>]. Acesso em 03 nov 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no Direito Comparado e Nacional**. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 211, set/2012, (versão digital).

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martines. BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo. Ed. Martin Claret. 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: **RePro**. N. 39. São: Ed. RT, jul-set., 1985. (versão digital).

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, vol. 61, Jan. 1991. (versão digital).

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

_____. Anotações sobre mutação constitucional – Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat”. In: SARLET, Ingo W.; LEITE, George S. (Orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

_____. **O IRDR do Novo CPC : este “estranho” que merece ser compreendido.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em 18/04/2017, às 22:50.

_____. José Coelho Nunes; TEIXEIRA, Ludmila Ferreira Teixeira. **Acesso à justiça democrático.** Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Comentários à Constituição do Brasil.** CANOTILHO, J.J. Gomes [et. Al] (Coords.) São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PEIXOTO, Ravi. **A vinculação dos precedentes no common law: mito ou realidade?** 2016. (versão digital).

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO, Pedro Duarte. O sistema de precedentes no novo código de processo civil e suas possíveis repercussões no diálogo do poder judiciário com os demais poderes. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Vol. XII. 2013.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Direito Sumular: construindo uma teoria.** Rio de Janeiro, 2009, p. 194.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos indivíduos homogêneos.** Curitiba: Juruá, 2013.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes.** 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional: Como Mudam as Constituições.** Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1996.

SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. **Revista de Processo.** Vol. 236, out, 2014 (versão digital).

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A produção normativa do Poder Executivo (medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos).** Brasília: 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o Novo Processo Civil.** 2ª ed.. Lisboa: Lex, 1997.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: **Michigan Law Review.** v. 101, n. 04, 2003.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 123. p. 33. São Paulo: Dialética, jun., 2013.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim [et. al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 3º ed. 2016.

ZANETI JUNIOR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.332.

ANEXO A

ANEXO A – MAPEAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS¹

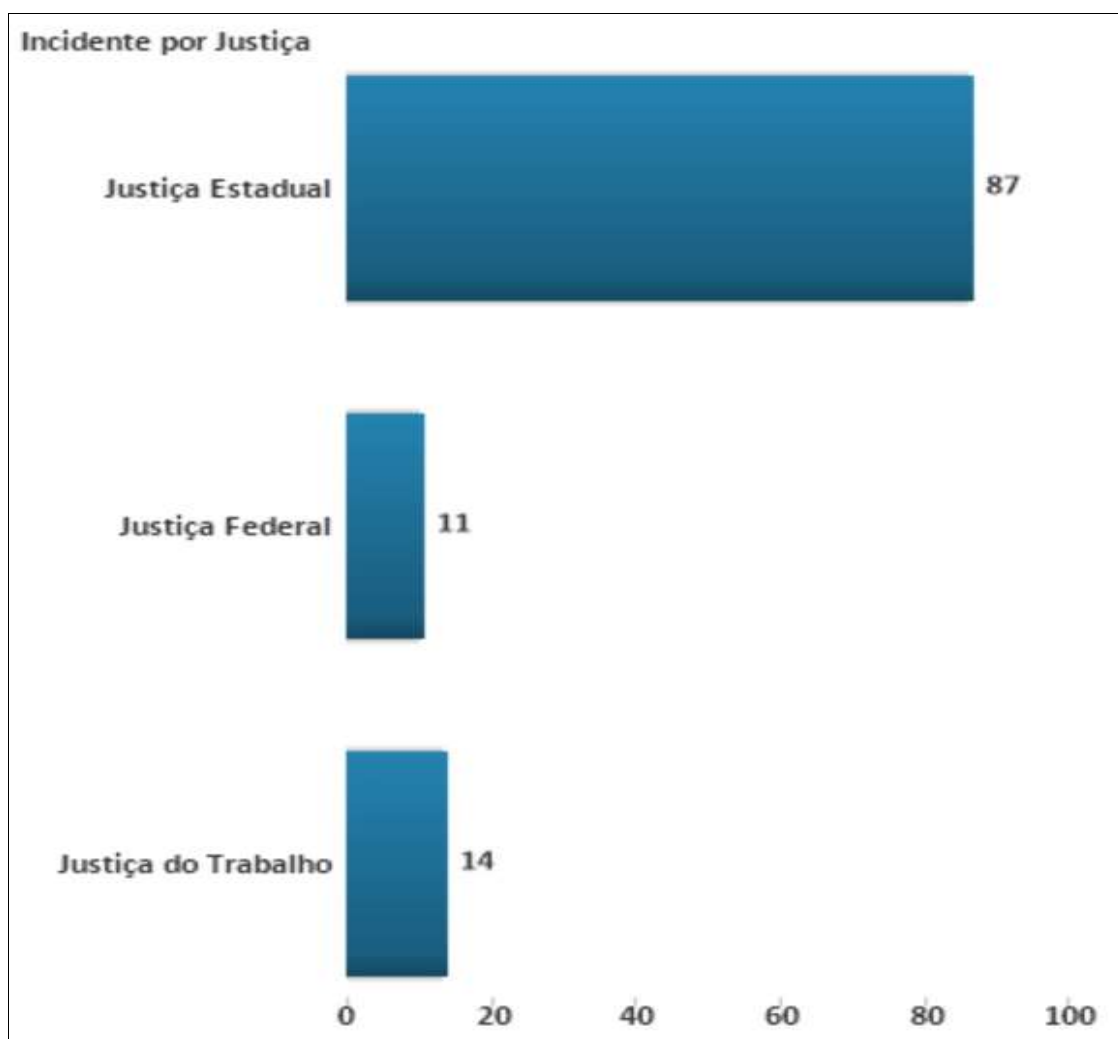
Gráfico 1 – Número de incidentes ingressados por ano



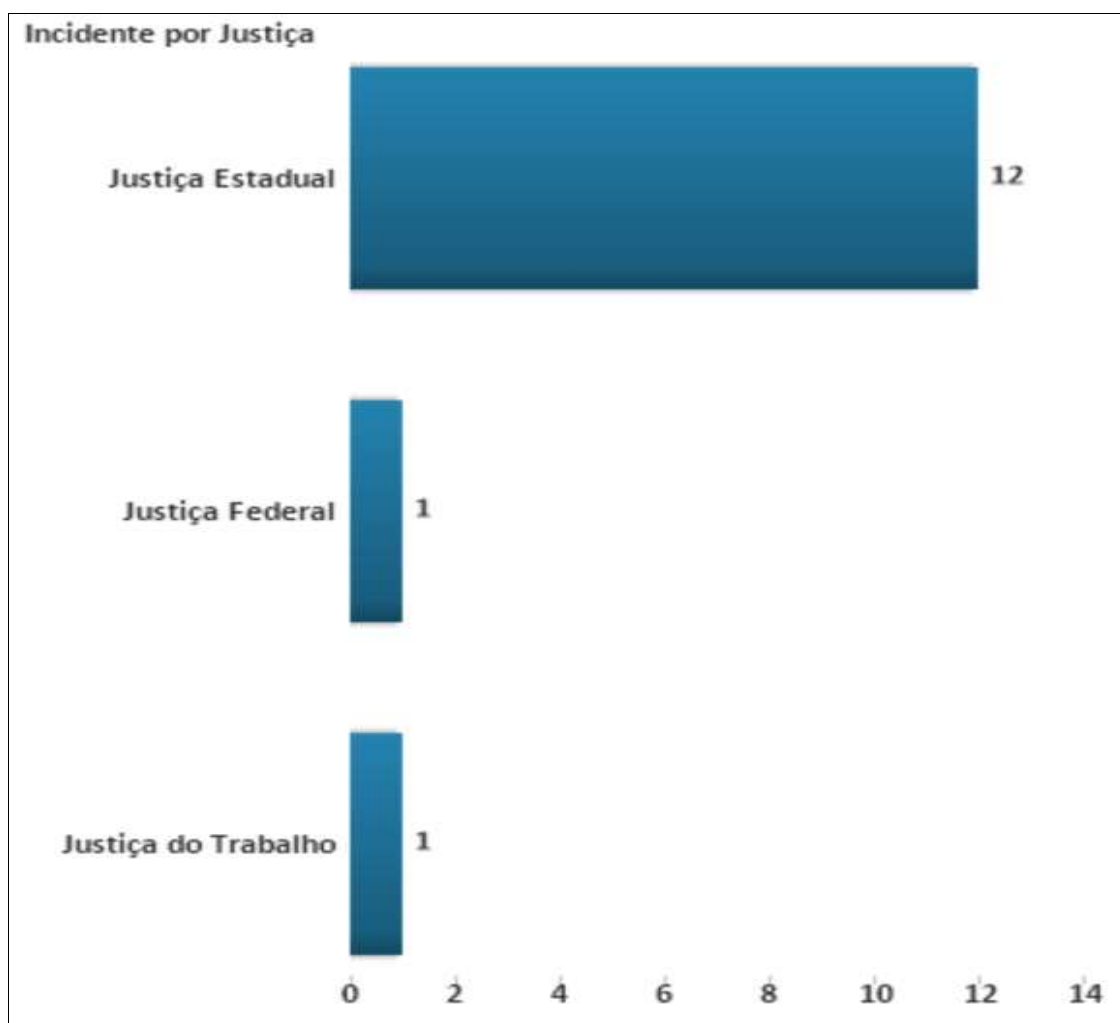
- CT - Controvérsia
- GR - Grupo Representativo
- IAC - Incidentes de Assunção de Competência
- IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
- RG - Repercussão Geral
- RR - Recurso Repetitivo

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

¹ Dados obtidos no *site* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.** Disponível em [http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true]. Acesso em 30 jul. 2017.

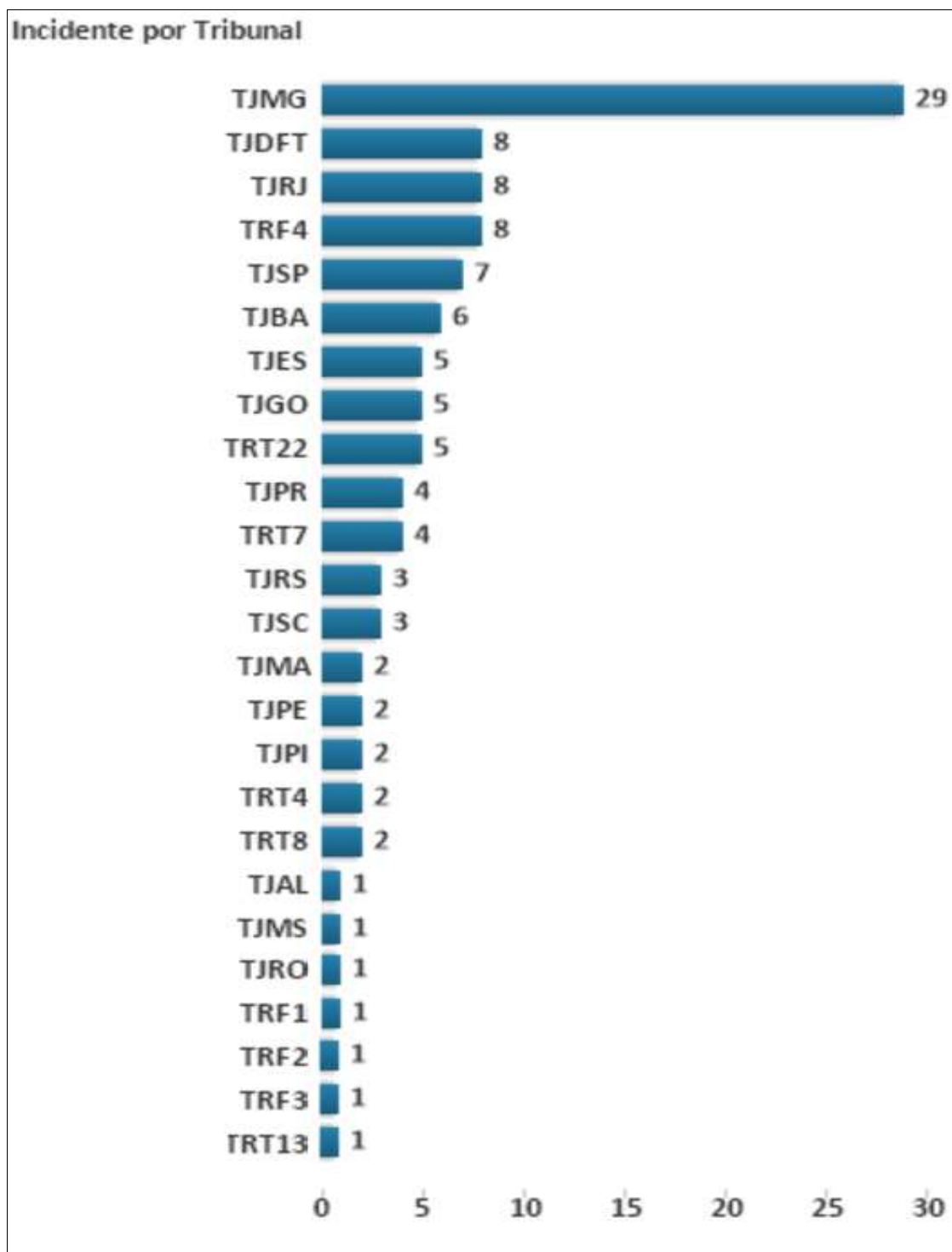
Gráfico 2 – Número de incidentes por Justiça

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

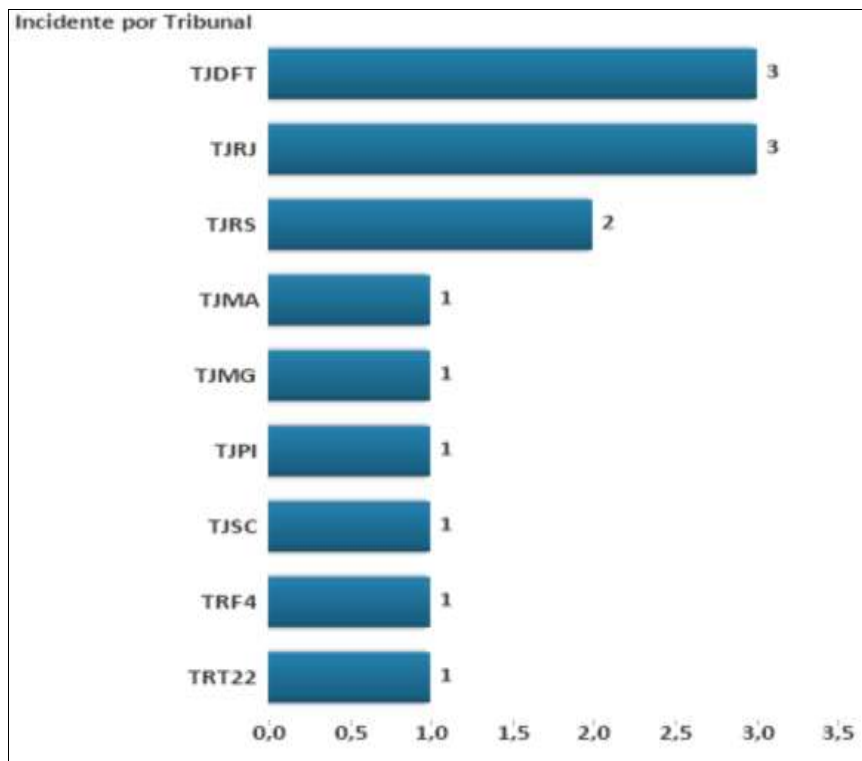
Gráfico 3 – Número de incidentes por Justiça – julgados²

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

² O gráfico mostra-se incompleto. Isto porque, no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, por ser a região do presente estudo, já existem dois IRDRs distribuídos, admitidos e **julgados**, que não aparecem neste gráfico. O primeiro foi disparado pelo Ministério Público do Trabalho do Pará e Amapá, e o segundo por membro da advocacia.

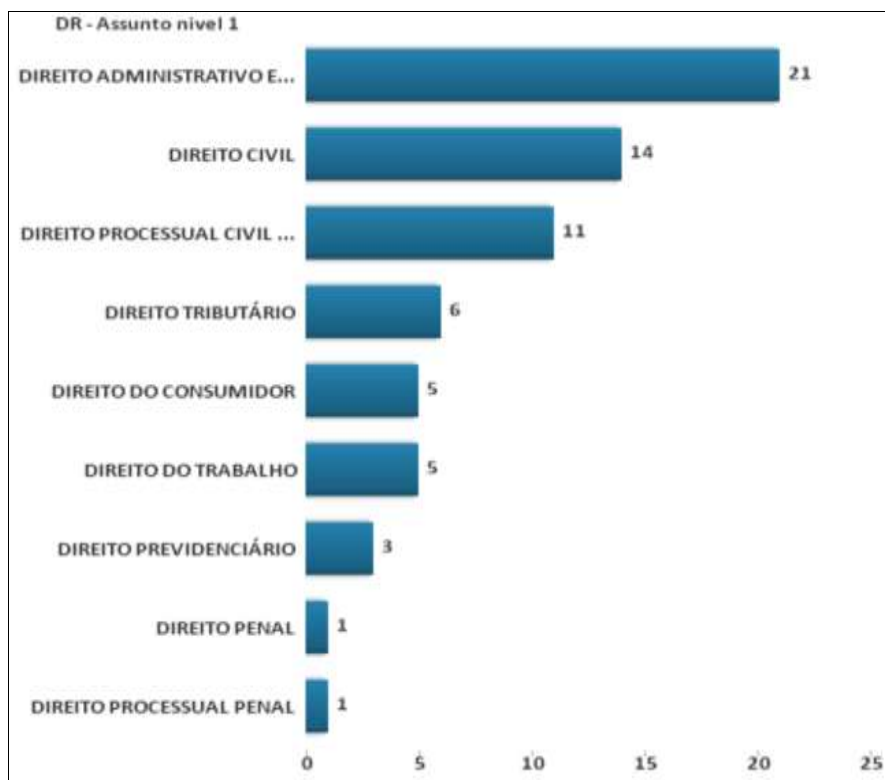
Gráfico 4 – Número de incidentes por Tribunal

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

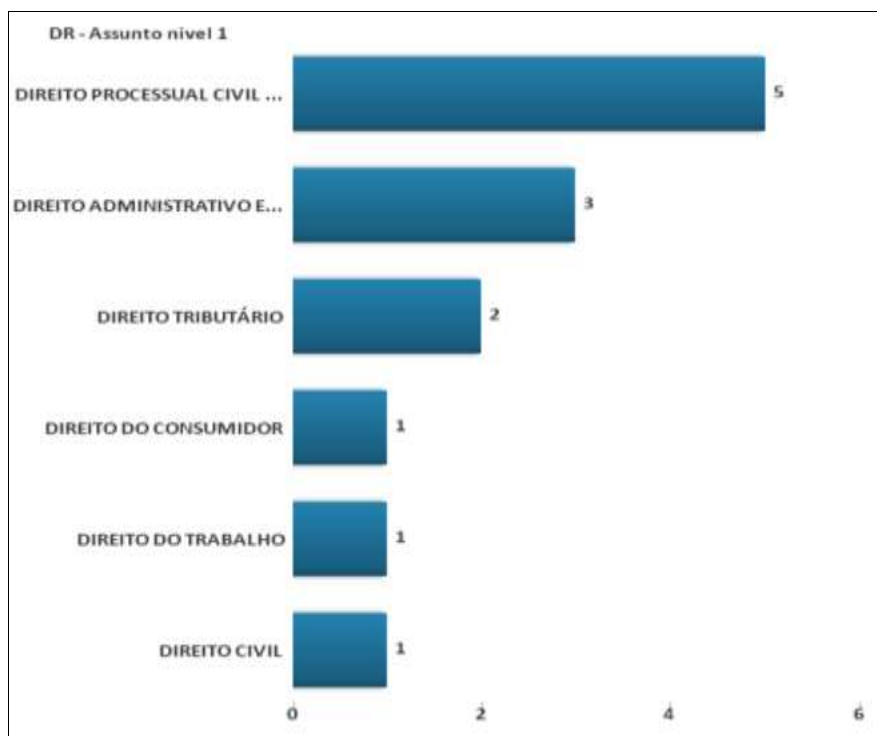
Gráfico 5 – Número de incidentes por Tribunal – julgados³

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

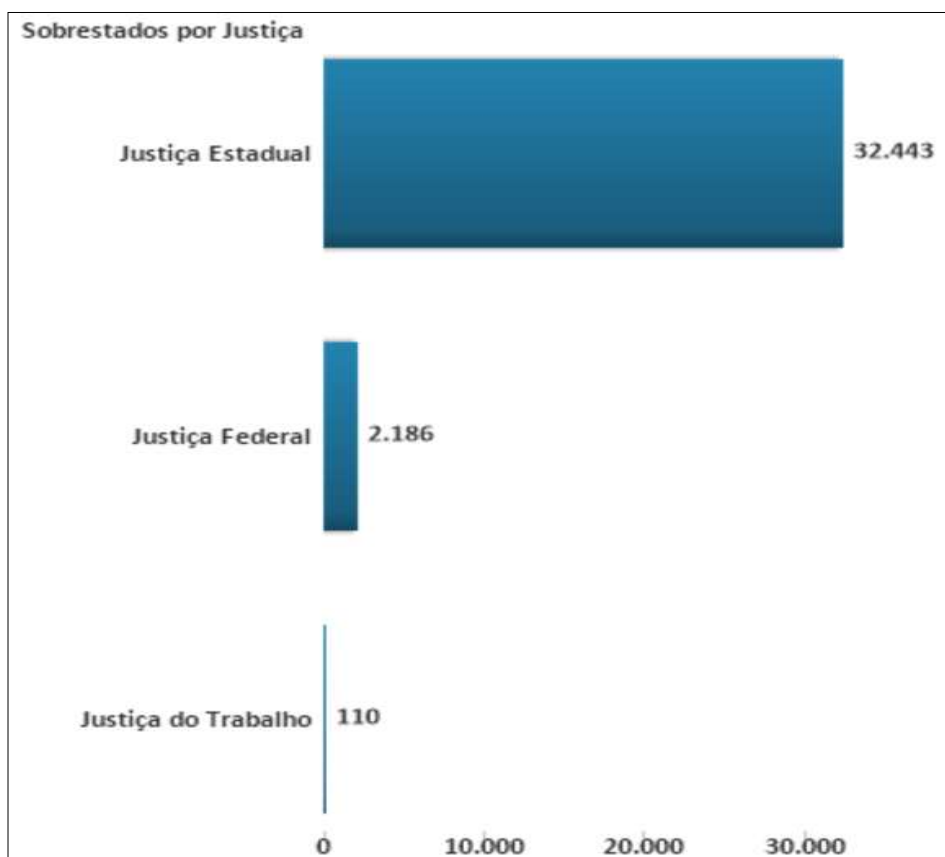
³ O gráfico mostra-se incompleto. Isto porque, no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, por ser a região do presente estudo, já existem dois IRDRs distribuídos, admitidos e **julgados**, que não aparecem neste gráfico. O primeiro foi disparado pelo Ministério Público do Trabalho do Pará e Amapá, e o segundo por membro da advocacia.

Gráfico 6 – Incidente por assunto

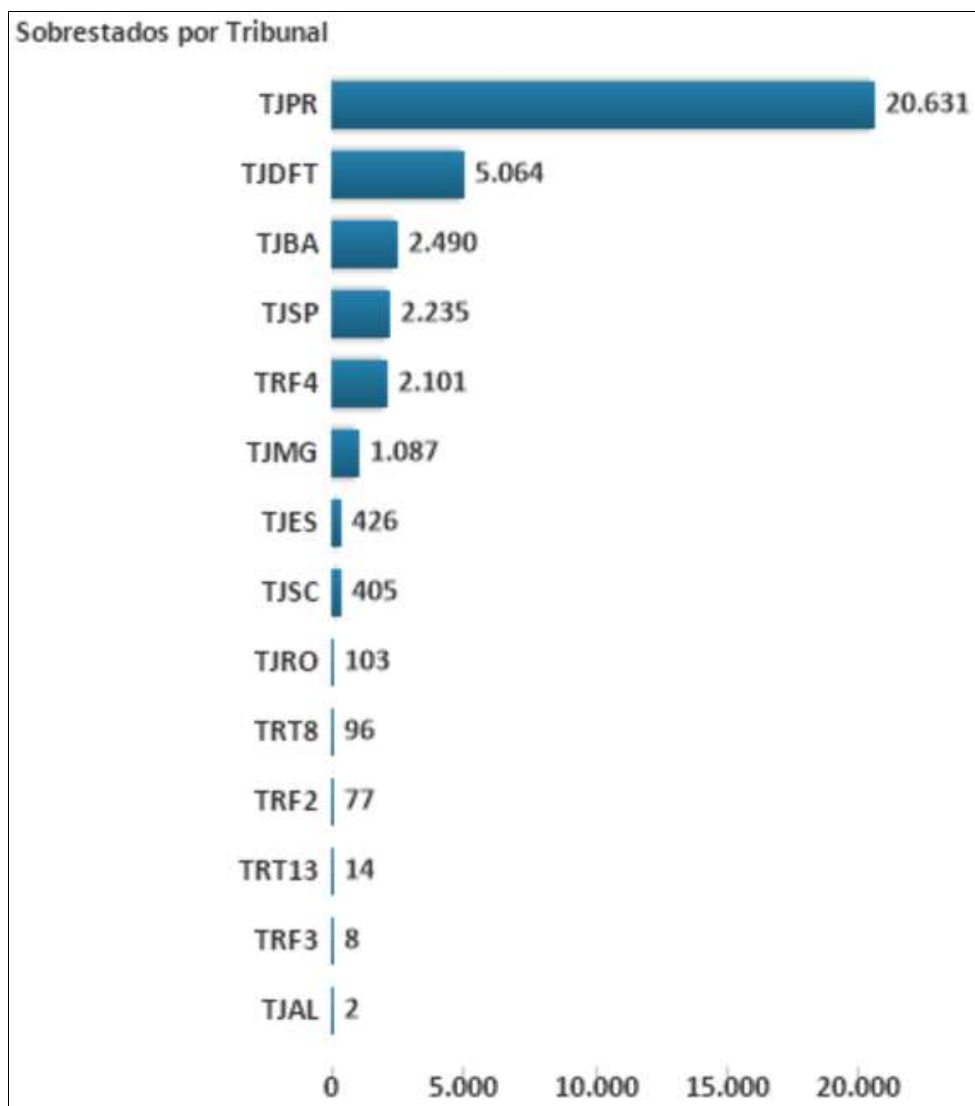
Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

Gráfico 7 – Incidente por assunto – julgado

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

Gráfico 8 – Quantidade de processos sobrestados por Justiça

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

Gráfico 9 – Quantidade de processos sobrestados por Tribunal

Fonte: CNJ (2017, *on-line*).

Tabela 1 – Lista dos incidentes pelo Brasil

PARTES						
Tema	Situação	Tipo	Questão ou Título	Tese ou Descrição	Assunto	Qtd. Sobrestados
TJES IRDR 2	Admitido	IRDR	(i) INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º-A, DA LEI ESTADUAL Nº 5.342/1996 (ALTERAÇÃO INCLUÍDA PELA LEI ESTADUAL Nº 8.278/2006) QUE SUPRIMIU O AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, REMUNERADOS PELO REGIME DE SUBSÍDIO, BEM COMO AS BALIZAS DE EVENTUAL MODULAÇÃO DE EFEITOS DAÍ DECORRENTES; (ii) SISTEMÁTICA DA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO PARA ESSA ESPÉCIE DE DEMANDAS; (iii) PERTINÊNCIA JURÍDICA DA RENÚNCIA DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO IMPLEMENTADA PELOS SERVIDORES QUE OPTARAM PELA REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO, NOS TERMOS DE VÁRIAS NORMAS ESTADUAIS, QUE DISPUSERAM SOBRE A REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO, CONSOANTE A RESPECTIVA CATEGORIA; (iv) A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA EM TAIS HIPÓTESES; (v) A LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA EFICÁCIA DA SENTENÇA.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	377
TJES IRDR 1	Admitido	IRDR	A legalidade ou não da jornada de trabalho de 220 (duzentos e vinte) horas mensais, o direito ao adicional noturno, a aplicação retroativa da Lei Municipal nº 774/2012, que institui o plano de carreira dos servidores públicos do quadro da Guarda Civil Municipal de Anchieta, e ainda, o adicional de risco.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	44
TJMG IRDR 16	Admitido	IRDR	Cômputo da decadência em sede de concursos públicos, com incidência sobre duas teses: a primeira, em que a decadência deve ser reconhecida quando ajuizada ação depois de findo o prazo de validade do concurso; a segunda, em que o prazo decadencial começa a fluir no dia seguinte ao esgotamento do prazo de validade do certame.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	1
TJMG IRDR 17	Admitido	IRDR	Discute-se sobre direito dos servidores públicos aposentados do Município de Sete Lagoas ao recebimento das verbas referentes à complementação de aposentadoria, prevista na Lei Municipal nº 6.544/2001, observada a redação conferida pela Lei Municipal nº 6.699/2002.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	5
TJES IRDR 4	Admitido	IRDR	Se o incapaz, devidamente representado, pode integrar o polo ativo de processos perante o Juizado Especial da Fazenda Pública, instituído pela Lei nº 12.153/2009	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	2
TRF3 IRDR 1	Admitido	IRDR	O redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.	-	DIREITO TRIBUTÁRIO	8
TJSC IRDR 2	Admitido	IRDR	Incidência do Imposto de Renda sobre a verba recebida por policiais civis e militares do Estado de Santa Catarina denominada	-	DIREITO TRIBUTÁRIO	24

			Indenização por Regime de Serviço Público Ativo – IRESA, prevista no § 1º do art. 6º da LCE n. 514/2013 e no § 2º do art. 6º da LCE n. 609/2013.			
TJES IRDR 5	Admitido	IRDR	Se os Direitos Sociais Constitucionais (Férias e Décimo terceiro) são ou não devidos àqueles trabalhadores temporários em que os contratos são considerados nulos.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	2
TJES IRDR 3	Admitido	IRDR	A incidência ou não de vantagens pessoais (adicionais de tempo de serviço e de assiduidade) sobre a gratificação de produtividade percebida pelos servidores fiscais do município de Vitória.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	1
TJMG IRDR 27	Admitido	IRDR	(Im)Pertinência da percepção, por ocupante de cargo comissionado no Município de Ipatinga, das diferenças decorrentes da redução de jornada e de vencimentos previstas no Decreto Municipal nº 7.247/2012.	-	DIREITO TRIBUTÁRIO	1
TJMG IRDR 14	Admitido	IRDR	Análise do direito à indenização pela remoção da parte possuidora de imóvel localizado em área de risco, mesmo sem a titularidade do domínio, concretizado o apossamento administrativo.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	1
TJSP IRDR 3	Admitido	IRDR	IRDR - Pretensão de uniformização de jurisprudência desta corte acerca da possibilidade ou não, de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, isto é, pedido genérico de prestação de contas - Tema de ordem exclusivamente jurídica e alvo de acentuada divergência na jurisprudência desta Corte - Requisitos de admissibilidade do incidente preenchidos na hipótese presente - Determinação de retorno dos autos digitais à Relatora, para as providências do art. 982, do CPC - Incidente admitido, a tanto afetada a apelação registrada sob nº 1025498-87.2014.8.26.0100.	-	DIREITO CIVIL	180
TJMG IRDR 3	Admitido	IRDR	Ação monitória extinta sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, quando embasada em duplicata sem aceite e com ausência de lastro pelo comprovante de recebimento das mercadorias.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO CIVIL	2
TJSP IRDR 7	Admitido	IRDR	"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Prêmio de Incentivo - Inclusão no cálculo do 13º salário, férias, terço constitucional de férias, quinquênio e sexta parte - Leis Estaduais nº 8.975/94, 9.185/95 e 9.463/96 e Decreto nº 41.794/07 - Efetiva repetição de processos - Questão unicamente de direito - Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica - Presença dos requisitos do art. 976, do Código de Processo Civil - Incidente admitido."	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	683
TJMG IRDR 24	Admitido	IRDR	As teses a serem definidas consistem em: a) firmar qual o Juízo (Cível ou Fazendário) para julgamento das demandas de caráter consumerista ajuizadas em face da CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A. b) E, caso firmada a competência do Juízo da Fazenda Pública, definir se, no âmbito do Juizado da Fazenda Pública e diante dos termos da Lei nº 12.153/2009, é possível que a sociedade de	-	DIREITO DO CONSUMIDOR	23

			economia mista figure como legitimado passivo.			
TJSP IRDR 6	Admitido	IRDR	INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Controvérsia das Câmaras de Direito Público quanto à existência, ou não, do dever da Administração Municipal de Cubatão em realizar a avaliação periódica de seus servidores, nos termos da legislação municipal - Lei Municipal nº 1.986/1991 e Decreto Municipal nº 6.594/1992 - Possibilidade de acolhimento do incidente - Inteligência dos arts. 976 e seguintes, do CPC/2015 - Requisitos legais que se fazem presentes - Insegurança jurídica e risco de julgamentos não isonômicos que se fazem presentes - Incidente acolhido.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	4
TJMG IRDR 2	Admitido	IRDR	Análise das normas contidas nos artigos 203 e 209 da Lei 5301/69, no âmbito da vedação à participação de servidores militares estaduais em cursos de formação interna, quando impedidos de serem promovidos.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	18
TJSP IRDR 1	Admitido	IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) - Fundo Garantidor de Crédito (FGC) - Majoração do limite máximo da garantia no período verificado entre a decretação da intervenção e a decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira associada ao fundo - Depositantes e investidores que receberam as garantias após o ato de majoração do limite, mas com base no teto pretérito - Discussão sobre o direito desses personagens a que o resgate se faça tendo como referência o novo valor máximo da garantia - Litígio travado em inúmeras ações em tramitação no Estado de São Paulo - Tema de ordem exclusivamente jurídica e alvo de acentuada dissensão na jurisprudência desta Corte - Requisitos do art. 976 do CPC atendidos - Incidente admitido, também para efeito de suspensão dos processos em tramitação em todos os juízos vinculados a este tribunal e que versem sobre o assunto - Ressalva das situações urgentes, cuja solução tocará ao juízo da causa ou do correspondente recurso (art. 982 e §§). Incidente admitido, a tanto afetada a apelação registrada sob nº 1116020-63.2014.8.26.0100. (dispositivos considerados pelas partes como pertinentes para a análise da questão: pelo suscitante - CDC, arts. 4º, 6º, III, IV, V e VI, 30, 37 e §§ 1º e 3º, 39, 47, 51 e 54, § 2º (Súmula 297 do STJ); CC, arts. 315, 322 e 423; e Resolução BACEN (CMN) 4.222/13; pelo suscitado - CF, art. 5º, "caput" e inciso XXXVI; LINDB, art. 6º; Lei 6.024/74, art. 6º, letra "c", e art. 15, I e II; Anexo I da Resolução BACEN (CMN) 4.087/12, arts. 3º, I, 10; Resoluções BACEN (CMN) 2.211/95 e 3.251/04)	-	DIREITO DO CONSUMIDOR	411
TJMG IRDR 22	Admitido	IRDR	Saber se a extinção do quinquênio e a instituição do anuênio prevista na Lei Municipal nº 2.754/98 abrange todos os servidores públicos do Município de Coronel Fabriciano ou somente é aplicável aos servidores públicos do magistério municipal.	-	DIREITO PREVIDENCIÁRIO	4
TJSP IRDR 2	Admitido	IRDR	Questão submetida a julgamento: ADMISSIBILIDADE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. Serviço Auxiliar Voluntário da	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS	957

			Polícia Militar. Soldado Temporário. Pedido de direitos remuneratórios e previdenciários do contratado. Constatação de decisões conflitantes nesta Corte, proferidas em expressivo número de ações de idêntico conteúdo. Reconhecimento do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Incidente admitido. Controvérsia relativa ao reconhecimento do vínculo empregatício público entre o Estado e o policial militar em caráter temporário, equiparando-o, ou não, (a) ao ocupante de cargo de provimento efetivo ou (b) somente o vínculo temporário (precário) ou (c) ainda a invalidade do contrato temporário, para fins de concessão das verbas remuneratórias e previdenciárias, nos termos do art. 39, § 3º, da CR e Lei Estadual nº 11.064/2002.		MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	
TJBA IRDR 6	Admitido	IRDR	A definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo do Estado da Bahia, ativos e inativos, e pensionistas, analisando se as Leis Estaduais n. 7.145/1997, n. 7.622/2000 e n. 8.889/2003 implicaram, ou não, na reestruturação das carreiras da Polícia Militar do Estado da Bahia e dos servidores públicos civis e militares da Administração Direta, das autarquias e fundações públicas.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	179
TJDFT IRDR 5	Admitido	IRDR	Efeitos do termo de ajustamento de conduta sobre ações reivindicatórias de terrenos localizados no Condomínio Porto Rico propostas pelos herdeiros de Anastácio Pereira Braga e João Pereira Braga.	-	DIREITO CIVIL	25
TJPR IRDR 2	Admitido	IRDR	A) A INDEVIDA COBRANÇA DE VALORES REFERENTES À TELEFONIA SEM SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO, COM O CONSEQUENTE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL; B) OCORRÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL, EM VIRTUDE DA COBRANÇA DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL SEM A SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO, BEM COMO, SE CONFIGURADO O DANO, SERIA APLICÁVEL O RECONHECIMENTO "IN RE IPSA" OU A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS; C) PRAZO PRESCRICIONAL INCIDENTE EM CASO DE PRETENSÃO À REPETIÇÃO DOS VALORES SUPOSTAMENTE PAGOS A MAIOR OU INDEVIDAMENTE COBRADOS EM SE TRATANDO DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS DE TELEFONIA MÓVEL ADVINDOS DE CONTRATAÇÃO SEM A SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO, - SE DECENAL (ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL), TRIENAL (ARTIGO 206, IV DO CÓDIGO CIVIL), OU OUTRO PRAZO; D) REPETIÇÃO DO INDÉBITO SIMPLES OU EM DOBRO E, SE EM DOBRO, SE PRESCINDE, OU NÃO, DA COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CREDOR (ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO	-	DIREITO DO CONSUMIDOR	7.780

			CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) OU DA SUA CULPA (IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA), PARA TELEFONIA MÓVEL; E) ABRANGÊNCIA DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – SE LIMITADA AOS PAGAMENTOS DOCUMENTALMENTE COMPROVADOS PELA AUTORA EM FASE INSTRUTÓRIA OU PASSÍVEL DE O QUANTUM SER APURADO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, MEDIANTE DETERMINAÇÃO À PARTE RÉ DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO, PARA TELEFONIA MÓVEL			
TRT8 IRDR 1	Admitido	IRDR	Competência da Justiça do Trabalho para apreciar demanda ajuizada em face a ente público, que envolva obrigação de fazer quanto aos descontos postulados por entidades sindicais, a título de contribuição sindical. (artigo 982, I, CPC)	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	36
TJAL IRDR 1	Admitido	IRDR	Nomeação de candidatos aprovados em concurso público para exercício do cargo de monitor, diante da contratação de terceiros com as mesmas atribuições, considerando que o quadro de carência e cargos vagos possuem significação diversa	Não disponível	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	2
TJDFT IRDR 2	Admitido	IRDR	(a) Possibilidade de inversão da cláusula penal moratória em desfavor da construtora, na hipótese de atraso na entrega do imóvel e (b) possibilidade de acumulação de indenização por lucros cessantes e da cláusula penal, em caso de inadimplemento da construtora.	-	DIREITO CIVIL DIREITO DO CONSUMIDOR	2.515 2.515
TJDFT IRDR 6	Admitido	IRDR	Definição da responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais geradas por imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda após a expedição da carta de habite-se, mas antes da efetiva assunção da posse pelo adquirente, quando a demora na transmissão da posse decorre de retardamento na obtenção de financiamento imobiliário imputável ao comprador.	-	DIREITO CIVIL	60
TRT8 IRDR 2	Admitido	IRDR	Extinção de processos sem resolução do mérito, por inépcia da petição inicial, sem oportunizar ao autor a possibilidade de emendar a exordial, no prazo e sob as penas do art. 321 do CPC/2015.	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	67
TRF4 IRDR 1	Admitido	IRDR	A Resolução nº 543/2015 do CONTRAN foi editada em estrita observação aos limites do poder regulamentar, do que resulta a legalidade da obrigatoriedade da inclusão de aulas em Simulador de Direção Veicular para os candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação - CNH.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	5
TRF4 IRDR 8	Admitido	IRDR	Legitimidade passiva da CEF, como representante judicial do FCVS, nas ações que se discute cobertura securitária no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, quando se tratar de apólice pública (ramo 66).	-	DIREITO CIVIL	336
TJPR IRDR 4	Admitido	IRDR	APLICABILIDADE DA REGRA DE IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO PREVISTA NO ART. 354 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM LIQUIDAÇÃO OU CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, QUANDO A MATÉRIA NÃO FOR OBJETO DE APRECIÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO.	-	DIREITO CIVIL	2
TRF4	Admitido	IRDR	Os servidores públicos que se aposentaram com	-	DIREITO	35

IRDR 3			base na regra do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 tem direito a receber proventos integrais, equivalentes à última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria, com a manutenção de todas as rubricas que a integram, inclusive a GDASS, esta sendo devida em patamar igual ao da última remuneração?		ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	
TJDFT IRDR 4	Admitido	IRDR	Definição acerca da possibilidade de percepção da GATE/GAEE por professores de rede pública de ensino distrital que atuam em turma, exclusiva ou mista, integrada por alunos com necessidades especiais.	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	205
TRF4 IRDR 6	Admitido	IRDR	O pagamento da indenização por exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, instituída pela Lei 12.855, de 02/09/2013, às carreiras relacionadas no respectivo artigo 1º, está condicionado à definição de critérios por ato do Poder Executivo, ou a norma é autoaplicável?	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	51
TRF4 IRDR 5	Admitido	IRDR	Discute-se se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213/91, destinado à aposentadoria por invalidez, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria, em face do princípio da isonomia.	-	DIREITO PREVIDENCIÁRIO	1.039
TJPR IRDR 1	Admitido	IRDR	TARIFA DE USO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA - TSUD E TARIFA DE USO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS DE TRANSMISSÃO - TUST NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS PARA CONSUMIDORES CATIVOS (DIFERENTE DE CONSUMIDORES LIVRES).	-	DIREITO TRIBUTÁRIO	2.013
TRF4 IRDR 7	Admitido	IRDR	Dever de a União incluir, no cálculo dos valores a serem repassados ao Fundo de Participação dos Municípios, parcela decorrente da arrecadação da multa prevista no art. 8º da Lei nº 13.254/2016 (Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária).	-	DIREITO TRIBUTÁRIO	13
TRF4 IRDR 4	Admitido	IRDR	Discute-se a aplicação da regra prevista no art. 29, I e II, da Lei 8.213/91, quando mais favorável que a regra de transição prevista no art. 3º da Lei 9.876/99.	-	DIREITO PREVIDENCIÁRIO	622
TJPR IRDR 3	Admitido	IRDR	SUSPENSÃO DOS FEITOS INDIVIDUAIS QUE VERSEM SOBRE A MESMA MATÉRIA A SER DISCUTIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	10.890
TJMG IRDR 21	Admitido	IRDR	Cinge-se a questão em analisar se o participante do plano de previdência privada, ao se desligar do plano por optar pelo recebimento do benefício da aposentadoria privada complementar, possui interesse de agir para pleitear a correção monetária plena, com incidência dos expurgos inflacionários, de forma análoga ao que ocorre no resgate de contribuições.	.	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	2
TJMG IRDR 25	Admitido	IRDR	Definir se a Lei Estadual nº 15.464/2005 é autoaplicável no que tange aos critérios estabelecidos para fins de concessão da promoção funcional por escolaridade adicional os servidores públicos estaduais ou se é cabível sua regulamentação conforme disposto no Decreto Estadual nº 44.769/2008.	.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	9
TJMG	Admitido	IRDR	Admissibilidade, ou não, de os servidores	Não houve ainda o julgamento	DIREITO	1

IRDR 8			públicos militares de Minas Gerais, que atuam na área de saúde, receberem o adicional de insalubridade previsto no art. 31, § 11 c,c, o art., 31, § 6º da Constituição Estadual, supostamente restringidos pelas Leis Delegadas nº 37/89e 43/00, aplicando-lhes a regra do art. 67 da Lei Estadual nº 5.301/69.	do mérito.	ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	
TJMG IRDR 10	Admitido	IRDR	Existência de direito subjetivo, por parte dos policiais civis do Estado de Minas Gerais ao recebimento do adicional de horas extras.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	10
TJMG IRDR 6	Admitido	IRDR	Direito dos servidores estaduais investidos no cargo efetivo de Agente de Segurança Penitenciária ao recebimento do Adicional de Insalubridade estabelecido na Lei nº 10.745/1992.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	10
TJBA IRDR 4	Admitido	IRDR	Existência de direito do Município ao recebimento de repasse integral da quota de participação do ICMS computando-se valores não arrecadados em razão de programas estaduais de incentivos fiscais, à luz do art. 158, IV, da Constituição Federal e do art. 4.º, §1.º, da Lei Complementar n.º 63/1990	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	84
					DIREITO TRIBUTÁRIO	84
TJBA IRDR 3	Admitido	IRDR	A natureza jurídica do ato que extinguiu a Gratificação de Habitação Policial Militar - GHPM, substituindo-a pela Gratificação de Atividade Policial Militar - GAP, através da Lei Estadual n.º 7.145/1997, se seria ato de efeitos concretos de modo a estabelecer o marco prescricional para o ajuizamento das ações que visem a manutenção do pagamento da referida gratificação como a data em que promulgada a norma que a suprimiu, ou seria o caso de reconhecer tratar-se de ato omissivo, que se renova mês a mês, em ordem a viabilizar a aplicação da Súmula n.º 85 do Superior Tribunal de Justiça.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	179
TJMG IRDR 4	Admitido	IRDR	Questão atinente ao cabimento da medida cautelar de exibição de documentos para obtenção de documentos a serem fornecidos pelos órgãos de Proteção ao Crédito.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO DO CONSUMIDOR	26
TJBA IRDR 5	Admitido	IRDR	Referência do teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo no subsídio de Governador do Estado ou de Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual.	-	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	58
TJRO IRDR 1	Admitido	IRDR	Possibilidade de suspensão do prazo prescricional do crédito tributário em razão da instauração, de ofício, do Processo Administrativo – PAT, previsto na Lei Estadual n. 688/96, art. 97	-	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	103
TJMG IRDR 11	Admitido	IRDR	Definição das verbas laborais componentes da base de cálculo das horas extras pagas ao servidor público do Município de Viçosa.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	2
TJMG IRDR 20	Admitido	IRDR	Interesse de agir das empresas concessionárias/delegatárias do serviço público de transporte coletivo nas ações em que se postula a cessação do transporte irregular de passageiros.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO CIVIL	5
TJMG IRDR 12	Admitido	IRDR	Discute-se se a ANDECC - Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios - na condição de associação civil que	Não houve ainda o julgamento do mérito	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS	16

			objetiva tutelar o direito ao preenchimento das vagas em serventias notariais e de registro por meio de concurso público - tem legitimidade ativa para propor ação civil pública à luz do disposto nos termos do art. 5º, XXI, CR e da Lei nº 7.347/85, a fim de compelir o Estado de Minas Gerais a observar a referida regra constitucional.		MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	
TJMG IRDR 26	Admitido	IRDR	Analisar se é devida a observância dos valores da Tabela da OAB, estabelecida por força do convênio firmado entre a AGE/MG, TJMG e a OAB/MG em 2012, para fins de fixação da remuneração do advogado dativo, antes e durante e mesmo após a revogação do convênio, neste último caso apenas como parâmetro de aferição da equidade/razoabilidade do montante.		DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	214
TJMG IRDR 5	Admitido	IRDR	Se o transporte individual privado e remunerado de passageiros realizado por meio de automóvel e mediante a utilização do aplicativo UBER, expõe-se à Lei nº 10.900/2016 e ao Decreto Municipal nº 16.195/2016, ambos do Município de Belo Horizonte, e ao Código de Trânsito Brasileiro (art. 231, VIII).	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	4
TJMG IRDR 28	Admitido	IRDR	Possibilidade de reconhecimento judicial da progressão horizontal administrativamente inviabilizada em função da omissão estatal quanto à realização da avaliação de desempenho, à luz da possível identidade de seu suporte fático com o adicional por tempo de serviço já ordinariamente creditado.		DIREITO CIVIL	1
TJMG IRDR 9	Admitido	IRDR	Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial em contrato de mútuo bancário garantido por alienação fiduciária.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO CIVIL	28
TJBA IRDR 1	Admitido	IRDR	Concessão de auxílio-transporte aos policiais militares do Estado da Bahia, nos moldes previstos no art.92, V, Letra H, da Lei Estadual n.º 7.990/2001.		DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	1.735
TJMG IRDR 7	Admitido	IRDR	Possibilidade, ou não, da exoneração de servidor, em razão da sua aposentadoria voluntária pelo RGPS, nos termos da lei local, sobretudo quando o ente municipal não possui regime próprio de previdência dos seus servidores.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	22
TJMG IRDR 15	Admitido	IRDR	Análise e definição da competência em razão da matéria, nos casos em que se discute o fornecimento de medicamento para menores.	Não houve ainda o julgamento do mérito.	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	163
TJBA IRDR 2	Admitido	IRDR	A controvérsia quanto à aplicação dos arts.7.º, §1.º, da Lei n.º 9.145/1997 e 110, §3.º, da Lei n.º 7.990/2001, que dispunham sobre a garantia de revisão dos valores da Gratificação de Atividade Policial - GAP na mesma época e no mesmo percentual de reajuste do soldo, quando se tratar de ato normativo que incorpore parcela da referida vantagem pessoal ao vencimento básico do Policial Militar. A revogação tácita ou não do art. 110, §3.º, da Lei n.º 7.990/2001, que tinha idêntica redação do art. 7.º, §1.º, da Lei n.º 7.145/1997, após este último ter sido suprimido expressamente por ocasião da promulgação da Lei n.º 10.962/2008.		DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	279
TRT13 IRDR 1	Admitido	IRDR	Uso indevido da imagem do empregado, quando da obrigação de utilizar uniformes com propaganda.		DIREITO CIVIL	14

TRF2 IRDR 1	Admitido	IRDR	Fixação do juízo competente para o processamento e julgamento de execução fiscal ajuizada por ente federal e distribuída anteriormente ao advento da Lei nº	-	DIREITO PROCESSIONAL CIVIL E DO TRABALHO	77
TJSC IRDR 1	Trânsito em julgado	IRDR	Necessidade ou não de comprovação de hipossuficiência do autor do pleito de dispensação de medicamento ou terapia no âmbito da assistência à saúde.	1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	381
TJDFT IRDR 1	Acórdão publicado	IRDR	Definição da natureza jurídica do encargo de 10% (dez por cento) do valor do crédito tributário inscrito em dívida ativa, disciplinada pelo art. 42, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n.º 4, de 30/04/94, se pode ser cobrado conjuntamente com a dívida tributária e se a destinação dos percentuais implica na incompetência funcional da Vara de Execução Fiscal para execução da totalidade da Certidão da Dívida Ativa.	O encargo de 10% do valor do crédito inscrito em dívida ativa, previsto no art. 42, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n.º 4/94, não perde a natureza de encargo pelo fato de, após arrecadado pelo titular (ente público), ser destinado aos advogados públicos do Distrito Federal; O encargo do art. 42 da CTDF, executado em conjunto com o crédito tributário pelo rito das execuções fiscais, nos termos do art. 39, § 4º da Lei 4.320/64 e do art. 2º, §§ 1º e 2º da LEF, ainda que não tenha natureza	DIREITO PROCESSIONAL CIVIL E DO TRABALHO DIREITO TRIBUTÁRIO	1.998 1.998

				tributária é receita pública que Pode ser inscrita em dívida ativa; A Vara de Execuções Fiscais do DF é competente para execução da totalidade do encargo de 10% previsto no art. 42, § 2º, do CTDF.		
TJDFT IRDR 3	Acórdão publicado	IRDR	Discussão quanto à competência para o julgamento de ações atinentes ao fornecimento de medicamentos e internação hospitalar em leito de UTI em desfavor do Distrito Federal.	a) Nos casos que envolvam pedido de internação em leito de UTI ou fornecimento de medicamento, eventual incapacidade temporária daquele que esteja acometido de alguma patologia, não afasta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública; b) As ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde não encerram, por si só, complexidade apta a afastar a competência do Juizado Especial Fazendário, ressalvada a necessidade de produção de prova complexa a atrair a competência do Juízo de Fazenda Pública; c) Considerando que as ações que têm como objeto o fornecimento de serviços de saúde, inclusive o tratamento mediante internação, encartam pedido cominatório, o valor da causa, fixado de forma estimativa, é irrelevante para fins de definição da competência.	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	277
TJDFT IRDR 7	Acórdão publicado	IRDR	Termo inicial dos juros de mora em ação de resolução imotivada de contrato de promessa de compra e venda de imóvel ajuizada pelo comprador quando inexistente mora anterior da incorporadora, com ou sem alteração de cláusula penal.	-	DIREITO CIVIL	48
TJMG IRDR 1	Mérito julgado (RE pendente)	IRDR	A teor da Lei Estadual nº 9729/88, qual é o conceito de remuneração e proventos para fins de cálculo do décimo terceiro salário pago aos servidores públicos estaduais.	"Na forma do artigo 6º da Lei Estadual nº 9.729/1988, o conceito de remuneração, para fins de pagamento do décimo terceiro salário, abrange as parcelas pagas ao servidor de maneira habitual, desde que tenham natureza salarial e não indenizatória, incluída assim a GIEFS e excluídos o adicional de férias e os auxílios transporte e alimentação, além do abono família".	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	520

Status da Seleção:**DR - Incidente tipo sigla** IRDR**DR - Incidente tipo** IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas