

Centro Universitário do Estado do Pará  
Área de Ciências Sociais Aplicadas  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito, Políticas Públicas e  
Desenvolvimento Regional



André Beckmann de Castro Menezes

**O IRDR como política pública judiciária**  
A proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação

Belém  
2018

André Beckmann de Castro Menezes

**O IRDR como política pública judiciária**

A proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação

Dissertação de mestrado apresentada e defendida perante banca examinadora, como parte dos requisitos avaliativos para obtenção do título de mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo

Belém  
2018

André Beckmann de Castro Menezes

## **O IRDR como política pública judiciária**

A proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação

Dissertação de mestrado apresentada e defendida perante banca examinadora, como parte dos requisitos avaliativos para obtenção do título de mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA.

Orientador: Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo

Data: 05 / 02 / 2018.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_ - Orientador

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo  
Doutor em Direito (Universidade Federal do Pará)  
Centro Universitário do Pará

\_\_\_\_\_ - Membro Titular Interno

Prof. Dr. Jean Carlos Dias  
Doutor em Direito (Universidade Federal do Pará)  
Centro Universitário do Pará

\_\_\_\_\_ - Membro Titular Externo

Prof. Dr. Jefferson Carlos Carús Guedes  
Doutor em Direito das Relações Sociais (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Centro Universitário de Brasília

**Aos meus filhos, Arthur e Bruno  
Razão e alegria da minha vida.**

**À minha Ilce,  
Que ama e sonha junto comigo.**

**À minha irmã Aline,  
Cujo amor à Academia, inspira.**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Senhor, Nosso Pai, ao Seu filho Jesus Cristo e a Nossa Mãe protetora, Nossa Senhora, pois me deram uma vida tão boa, tão cheia de oportunidades. A Eles, prometo o caminho da retidão e da caridade.

À minha amada esposa, amiga, namorada, companheira, confidente, que ri e que chora, que me dá a mão e torce por mim, pela paciência e incentivo. Quando quis esmorecer, ela me carregou. Sem você, Ilce, eu nunca chegaria aqui. Te amo...

Aos meus filhos, pela paciência e compreensão de minha ausência, por me esperarem acordados (ou tentarem!), por me fazerem companhia e me fazerem o pai mais feliz do mundo. Amo vocês!

À minha mãe, quem sempre foi a primeira a ler todos os meus textos, do ABC ao primeiro artigo publicado, cuja veia literária e científica transmitiu-me no DNA; quem me cedeu a casa para estudar, sem nunca esquecer um lanchinho; quem me fez carinho e me mostrou o caminho, quem me fez menino e me fez homem. A quem queria poder dar mais que um simples “obrigado”; de fato, daria até meu coração, se já não fosse dela. Te amo, mami.

Ao meu pai, que também me cedeu a casa e o silêncio para estudar. Obrigado pela torcida vibrante, pelo abraço protetor, pela presença constante, por ser meu modelo de homem, de bondade, de luta. Sou um pouco ele (ou muito!); meus filhos também serão. Te amo.

À minha irmã, que tem super-poderes: une e agrega quem está afastado, quebra o silêncio quando este machuca, tem a super força de carregar os problemas dos outros, tem a magia de alegrar o ambiente, tem o poder de paralisar o tempo (estuda, dá aula, trabalha, viaja, joga, namora e vê filme B) e, acima de tudo, ama todos e tudo o que faz e, por isso, me inspira tanto. Te amo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Henrique Mouta, meu professor querido na graduação, na pós-graduação *lato sensu* e na pós-graduação *stricto sensu*. Procurei o mestrado do Cesupa para ser orientado especialmente por ele. Obrigado pela confiança, por entender meu tempo e por me incentivar a crescer. Atenderei seu chamado e não vou parar por aqui. Seguirei seus passos. Saudações azulinas.

Ao Mestrado do Cesupa, personificado nos seus coordenadores e professores, que nunca exigiram menos que o nosso máximo. Uma palavra descreve a todos: excelência! Foi uma honra e um prazer ter passado por aqui. Registro meu carinho para aqueles que, mais de pertinho, marcaram minha vida: Obrigado, Jean! Obrigado, Sandro! Obrigado, Ana! Obrigado, Luiz Alberto! Obrigado, Henrique! Obrigado, Elísio! Obrigado, José Cláudio! Obrigado, Beth! Obrigado, Luciana! Obrigado, obrigado, obrigado! Aos professores do PPGD

do CESUPA, meus cumprimentos, porque o sucesso desse projeto é consequência do trabalho coletivo de todos.

Aos meus colegas de mestrado, hoje, meus amigos. Só não foi mais difícil porque vocês estiveram do meu lado. Um abraço forte pra Andreza, Geraldo, Karla, Stepheson, Anna Laura, Bernardo, Carla... e, é claro, Heloísa, minha “anja” protetora.

Ao Menezes e Raposo Advocacia que entendeu meu sumiço e trabalhou dobrado, segurando as pontas. Ao meu sócio Romulo, um amigo e irmão que a vida me deu, obrigado por nunca ter titubeado o “sim, vai estudar!”. Para galera que aguentou, com sorriso no rosto, os prazos, o mau humor, a desorganização, a bagunça, o abuso dos pedidos impossíveis e ainda me ajudou em finais de semana e feriado, minha eterna gratidão. Sintam-se verdadeiramente festejados, Bebel, Diego, Laércio, Luiz Alberto, Suellen, Wanessa.

Ao meu cunhado Delage que, sempre na última hora, recebeu meus textos e revisou. A qualidade do meu trabalho deve muito à sua dedicação. Você é nota 10.

À minha família toda, em especial meus avôs Clodoaldo e Adriano (*in memorian*) e minhas avós Ceres e Sulica, por me darem o exemplo e me ensinarem os valores que guardo comigo: na mão direita, o trabalho honesto; na mão esquerda, o estudo dedicado; no coração, um amor sem igual.

Agradeço à ANNEP – Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo, integrada pelas pessoas mais fantásticas que esse mundo acadêmico podia me apresentar, cuja admiração que tenho por eles, motivou-me a encarar o desafio do Mestrado. A gentil acolhida me foi dada, porém nunca serei um igual a vocês: serei sempre um devoto aprendiz.

Aos que me ajudaram lá no início, desde o processo seletivo, e que me embalarão a estudar e encarar as provas: Lise Tupiassu, Valena Chaves, Leonardo Fadul, Heitor Milhomens. Agradeço ao Felipe Neves, pela troca de experiência, material de estudo e palavras de incentivo. Obrigado sempre ao Luís Fernando, um irmão que me socorre a qualquer hora, independente da distância.

Agradeço a todos os professores que já tive na vida, no Colégio Ipiranga, no NPI, na UFPA, na UNAMA e em casa. Todos e cada um de vocês são lembrados quando fico de pé numa sala de aula. Esse mestrado é uma declaração de amor ao magistério.

Agradeço a todos os amigos da vida que transformam os dias mais duros em dias gostosos de viver. Vocês sabem quem são.

Obrigado a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para que esse trabalho fosse concluído.

“... os que vierem depois de mim  
farão melhor do que eu”

**Clodoaldo Beckmann**

## RESUMO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi criado como uma política pública judiciária pelo Poder Legislativo, com objetivo de redução do número de processos em tramitação, atingindo diretamente as questões repetitivas decorrentes, principalmente, das relações jurídicas de massa. Seus fundamentos são os princípios constitucionais da celeridade (eficiência), da segurança jurídica (previsibilidade) e igualdade (uniformidade das decisões). Apesar de ser um instrumento consequencialista, o IRDR é uma criação inovadora brasileira, com inspiração em diversos institutos estrangeiros, que visa à fixação de teses jurídicas sobre questões controvertidas para garantia do princípio constitucional da igualdade material. A prestação jurisdicional idêntica para partes em situações fático-jurídicas idênticas é consequência da aplicação da igualdade material. O tratamento processual distinto dado a todos os sujeitos afetados pela uniformização do tema jurídico também decorre do mesmo princípio. Em razão de possuir natureza de processo coletivo repetitivo, suas regras necessitam ser compreendidas de forma diferente das aplicáveis ao tradicional processo individual. A ressignificação do princípio da igualdade, portanto, foi feita a partir da teoria da circularidade entre princípios e regras de Marcelo Neves, absorvendo ainda a teoria dos sistemas de Niklas Luhman. O sistema jurídico autorreferente, limitado pela Constituição Federal, permite que o princípio (igualdade) balize as regras (IRDR) e, ao mesmo tempo, receba dela o seu significado. O sistema jurídico, ao mesmo tempo, heterorreferente, também permite que o princípio seja explicado por valores externos (contingências) do mundo circundante (políticas públicas). Esta compreensão exige do aplicador da norma cuidados já autorizados no sistema, principalmente com a publicização e com a escolha dos casos-modelo, de modo a propiciar a adequada representação. O direito comparado é importante fonte de evolução no processamento do IRDR em proteção à igualdade material.

Palavras-chave: incidente de resolução de demandas repetitivas; políticas públicas; igualdade; representação adequada; circularidade de princípios e regras.

## ABSTRACT

The incident of resolution of repetitive demands (IRDR) was created by the Legislative Branch as a judicial public policy, aiming to reduce the number of lawsuits in process, directly reaching the repetitive issues arising mainly from mass legal relations. Its foundations are the constitutional principles of celerity (efficiency), legal security (predictability) and equality (uniformity of decisions). Despite being a consequentialist instrument, the IRDR is an innovative Brazilian creation, inspired by several foreign institutes, that aims at the establishment of legal theses on controversial issues to guarantee the constitutional principle of material equality. The same jurisdictional provision for parties in identical factual-legal situations is a consequence of the application of material equality. The different procedural treatment given to all the subjects affected by the uniformity of the legal theme also stems from the same principle. Because it has the nature of a repetitive collective process, its rules need to be understood differently from those applicable to the traditional individual process. The re-signification of the principle of equality, therefore, was made based on Marcelo Neves' theory of circularity between principles and rules, also absorbing the theory of systems of Niklas Luhman. The self-referential legal system, limited by the Federal Constitution, allows the principle (equality) to guide the norms (IRDR) and, at the same time, to receive its meaning. The juridical system, at the same time, heteroreferent, also allows the principle to be explained by external values (contingencies) of the surrounding world (public policies). This understanding requires the applicator of the norm to take some cautions already authorized in the system, especially with the publicization and with the choice of model cases, in order to provide adequate representation. Comparative Law is an important source of evolution in the act of processing IRDR in protection of material equality.

Keywords: incident of resolution of repetitive demands; public policy; equality; adequacy of representation; circularity of principles and rules

## LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
AED	Análise Econômica do Direito
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> – Tribunal Federal de Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPCol	Código de Processo Civil Coletivo
CREE	Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
GLO	<i>Group Litigation Order</i>
IAC	Incidente de assunção de competência
IRDR	Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas
<i>KapMuG</i>	Lei de Introdução do procedimento-modelo para os investidores em mercados de capitais
NUGEP	Núcleo de Gerenciamento de Precedentes
NUT	Número Único de Temas
OLG	Tribunal regional de segunda instância alemão
PJe	Processo Judicial Eletrônico
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RITJPA	Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJE-PA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJ-AC	Tribunal de Justiça do Estado do Acre
TJ-AL	Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
TJ-AP	Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
TJ-AM	Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
TJ-BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJ-CE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJ-DFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJ-ES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJ-GO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJ-MA	Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
TJ-MT	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso
TJ-MS	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ-PA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJ-PB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
TJ-PE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
TJ-PI	Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
TJ-PR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ-RN	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ-RO	Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
TJ-RR	Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
TJ-SC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJ-SE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
TJ-TO	Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
TRT1	Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
TRT2	Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
TRT3	Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
TRT4	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
TRT5	Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
TRT6	Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região
TRT7	Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região
TRT8	Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
TRT9	Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
TRT10	Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região
TRT11	Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região
TRT12	Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região
TRT13	Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região
TRT14	Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região
TRT15	Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
TRT16	Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região
TRT17	Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região
TRT18	Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região
TRT19	Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região

TRT20 Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região  
TRT21 Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região  
TRT22 Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região  
TRT23 Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região  
TRT24 Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região  
USP Universidade de São Paulo  
UERJ Universidade Estadual do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>2</b>	<b>A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO PARA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO BRASILEIRO INOVADOR DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS MASSIFICADOS.</b>	<b>21</b>
<b>2.1</b>	<b>A coletivização do litígio individual</b>	<b>22</b>
<b>2.2</b>	<b>A inspiração do IRDR no direito estrangeiro</b>	<b>30</b>
<b>2.3</b>	<b>O incidente de resolução de demandas repetitivas</b>	<b>45</b>
<b>2.3.1</b>	<b>O procedimento do IRDR</b>	<b>65</b>
<b>3</b>	<b>O IRDR COMO MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	<b>78</b>
<b>3.1</b>	<b>A construção de um conceito de política pública</b>	<b>79</b>
<b>3.2</b>	<b>O poder legislativo como fomentador de políticas públicas</b>	<b>84</b>
<b>3.3</b>	<b>A nova legislação processual caracterizada como política pública de redução do número de processos judiciais</b>	<b>87</b>
<b>4</b>	<b>O SIGNIFICADO DE CELERIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE COMO FUNDAMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA: PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.</b>	<b>91</b>
<b>4.1</b>	<b>Celeridade e segurança jurídica no IRDR: consequencialismo utilitarista da política pública judiciária em proteção do acesso à justiça</b>	<b>92</b>
<b>4.2</b>	<b>Interpretação do princípio da igualdade para proteção dos direitos fundamentais</b>	<b>108</b>
<b>4.2.1</b>	<b>Igualdade como a virtude soberana de Ronald Dworkin</b>	<b>109</b>
<b>4.2.2</b>	<b>O princípio da igualdade</b>	<b>120</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Igualdade no IRDR: a circularidade entre princípios e regras</b>	<b>130</b>
<b>4.2.4</b>	<b>À guisa de conclusão</b>	<b>153</b>
<b>5</b>	<b>REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE</b>	<b>159</b>
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>186</b>

<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>189</b>
<b>APÊNDICE A</b>	<b>202</b>
<b>APÊNDICE B</b>	<b>206</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa foi pensada a partir da observação empírica e percepção fenomenológica de três fatores, ora adotados como premissas: a notória morosidade do Poder Judiciário brasileiro; a contribuição relevante dos litígios de massa para o abarrotamento de processos judicializados aguardando solução definitiva; e, finalmente, a criação de institutos processuais (ou procedimentos de julgamento) que visam otimizar as soluções para esses conflitos repetitivos e, assim, combater a perniciosa demora no julgamento das causas em geral que, entre tantos problemas, é responsável pelo crescimento de um sentimento de incredulidade da população na justiça, como é referida comumente a atuação pacificadora do Estado.

Trata-se, portanto, de observar que princípios constitucionais como duração razoável do processo, livre acesso à justiça, igualdade, entre outros, quando maculados pela eternização do conflito, acabam por traduzir violação a direitos fundamentais do cidadão.

O Estado brasileiro não se coloca de fora da discussão do problema, reconhecendo a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas para o enfrentamento da situação, ou seja, em proteção ao direito fundamental de acesso à justiça (cujo conceito amplo, precisa de celeridade nas soluções, isonomia no tratamento das partes e segurança jurídica para pacificação social).

Num primeiro momento, as atenções se voltaram ao desenvolvimento do processo coletivo, sem perceber as especificidades das causas repetitivas, geralmente tuteladas por ações individuais. Observando as últimas décadas de um movimento mundial para proteção aos direitos coletivos e difusos, Taruffo (2001) afirma que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é provavelmente a mais avançada realização jurídica nesta área. De fato, “o direito brasileiro ocupa papel de destaque entre os países da *civil law* no âmbito das ações coletivas” (ROQUE, 2013a, p. 71). No entanto, as ações coletivas vieram se mostrando insuficientes como remédios aos problemas modernos e com deficiências graves quanto ao tempo de tramitação dos processos. Segundo Roque (2013), os estudiosos passaram a se debruçar sobre a questão e a tentar reconhecer uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, com institutos e princípios diferentes do processo individual, reconhecendo no *due process of law* constitucional o devido processo legal coletivo. Concomitantemente, o reconhecimento de um microssistema legislativo de ações coletivas, formado pela Constituição Federal, Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, posteriormente integrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros, produziu

diversas tentativas de sistematização da matéria num Código de Processo Coletivo - CPCol. Gidi (2008) aponta que foram elaborados quatro anteprojetos de um CPCol, sendo o primeiro deles, em 2002, do próprio autor; seguido pelo Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (2005), Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP (2006) e, por último, o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ (2005).

O Poder Legislativo abandonou a ideia de um Código de Processo Coletivo (ROQUE, 2013a), uma vez que a própria existência de um sistema processual coletivo necessitaria do aprofundamento e reestruturação da argumentação principiológica dentro de uma teoria do Direito a ser adotada, como sustenta Dias (2012). Todavia, a casa legislativa encontrou consenso na necessidade de desenvolver uma nova lei de Ação Civil Pública. Gidi (2008, p. 81) salienta que a versão anterior da Lei da Ação Civil Pública - o Projeto Bierrenbach - previu expressamente que “o juiz deveria avaliar a adequação do representante caso a caso”. Outras inovações do projeto que merecem destaque pela pertinência com a presente pesquisa, foram: criação de um cadastro nacional de processos coletivos, aprimoramento de comunicação da coletividade em matéria de direitos individuais homogêneos, suspensão de processos individuais de questões idênticas (ROQUE, 2013a, p. 81). Em seguida, continua Roque (2013), outras ideias são apresentadas em projetos de lei para modernização do CDC, entre elas, regras de arbitramento de honorários de advogado e de compensação financeira à associação autora.

Essas ideias continuaram permeando as discussões políticas e acabaram sendo os embriões desenvolvidos para o nascimento de um novo Código de Processo Civil, com matizes criativas voltadas para a tramitação mais célere do processo, a participação em cooperação dos sujeitos processuais, a preocupação com o desenvolvimento de um contraditório substancial que reforce a necessidade da produção de decisão fundamentada e transparente, além do desenvolvimento de uma jurisprudência estável, coerente e íntegra.

Dentro das inovações da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (o CPC), apresenta-se, com destaque, um procedimento para fixação de teses jurídicas com efeitos vinculantes, irradiados a todos os demais processos que contenham idêntica discussão: o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. O instituto processual teve inspiração confessa no paralelo alemão *musterverfahren*, sem esconder influências de outros institutos estrangeiros como a agregação de causas no direito português ou o modelo de decisões de litígio de grupo (*group litigation order*) e demanda-teste (*test-claim*), estes últimos criação do Direito inglês, além, evidentemente, da própria técnica de julgamento de recursos repetitivos já existente no

Brasil, com a qual acabou formando uma espécie de microsistema de julgamentos repetitivos. O IRDR é uma criação brasileira e foi expandido em sua abrangência, em comparação ao direito estrangeiro, com o objetivo declarado de empreender celeridade e servir de solução para os litígios de massa decorrentes de uma sociedade automatizada, globalizada, que mantém relações jurídicas incessantes, de variadas naturezas. O caminho encontrado teria como fundamento último a proteção dos direitos fundamentais violados pela morosidade.

Neste ponto reside a grande dúvida do estudioso do tema, qual seja, saber se o modelo desenvolvido alcança os objetivos declarados e, ainda que o faça, perceber qual o custo para a sociedade na implementação de um procedimento que faz surgir uma verdadeira norma judicial, que estabiliza e vincula sua diretriz, de modo a coletivizá-la (expandindo obrigatoriamente seus efeitos) para outros conflitos. Como se trata de opção de política pública, a avaliação de efeitos – imperiosa, como o é de qualquer política pública – somente será possível com o decorrer do tempo, através do exame das decisões e dos reflexos no funcionamento geral do Poder Judiciário.

Todavia, a inquietação que move a presente pesquisa é outra. É preciso verificar se a norma jurídica produzida a partir do julgamento de uma questão jurídica retirada de um conflito base, cujos efeitos irradiam obrigatoriamente sobre a seara jurídica de terceiros não presentes direta e pessoalmente naquele conflito, permite a efetiva participação destes na construção da tese jurídica a ser adotada. Ou seja, está-se diante de um problema de legitimação (adequação) da representação a partir da observação da qualidade do contraditório exercitado na criação da decisão paradigma (desenvolvimento da tese jurídica a ser replicada para as causas suspensas e futuras). É possível enxergar o problema da seguinte forma: o procedimento de construção da norma judicial a partir da resolução do IRDR atende ao princípio da igualdade em razão da não participação do terceiro afetado por ela?

É objetivo do trabalho investigar se há suficiência dos requisitos legais de verificação da legitimação de representação ou se há necessidade de integração de exigências normativas para que seja observada a representação adequada, no intuito de preservar a igualdade

A investigação sobre a representação inclui observar o procedimento de escolha da causa paradigma, a natureza da legitimidade do ator, o interesse individual ou coletivo da defesa da tese, a integração de partes no incidente de julgamento, a extensão argumentativa considerada para fixação da tese jurídica. Todos esses indicativos vão contribuir para a conclusão de suficiência acerca dos requisitos legais de verificação da legitimação de representação ou, ao contrário, para o reconhecimento da necessidade de integração de

exigências no momento da recepção do incidente (ou de qualquer outro procedimento de produção de julgamento repetitivo) que faça observar a representação adequada.

Para buscar a resposta à inquietação motora desta pesquisa, o trabalho foi desenvolvido em quatro partes principais, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira parte, foi feita a apresentação do IRDR, tomado como importante e inovador instituto representativo das decisões de efeitos coletivos para atingimento dos objetivos declarados pelo legislador de redução do número de processos e combate à morosidade nos julgamentos. Foi construído um conceito de IRDR, sintetizando-o como um processo incidental para resolução de questões repetitivas.

Seria possível ter sido utilizado outro instituto, à semelhança do IRDR, para o mesmo fim de pesquisa. Porém, como se explicou ao longo do presente, o ineditismo do IRDR no sistema processual brasileiro deu-lhe a relevância justificadora de sua adoção - e não de outro - como objeto de estudo.

Em sequência, foi feita a contextualização social para identificação do ambiente de criação do IRDR (e institutos análogos) a partir da constatação do surgimento de litígios individuais repetitivos e da necessidade de solução única para questões idênticas, em nome não somente da celeridade e segurança jurídica, mas principalmente, diante do conceito jurídico de isonomia.

Para melhor compreensão do objeto de estudo e de suas diferenças na legislação brasileira, uma apresentação de modelos de direito comparado mostrou-se mandatária. O maior foco no instituto tedesco sobre outros de origem estrangeira que contribuíram para a formatação final do IRDR brasileiro se deu pelo fato de ter sido esta a referência legislativa apresentada pela exposição de motivos do CPC. Não obstante, características importantes de outras fontes inspiradoras do IRDR no Direito alienígena foram apontadas. Compreendida as bases do *musterverfahren* e correlatos estrangeiros, foram apresentadas as características do IRDR, seus fundamentos e seu procedimento. Vale ressaltar que o procedimento não foi trazido de maneira sistemática e exaustiva – não é esta a intenção do presente. Contudo, era imprescindível que se promovesse o destaque a algumas peculiaridades no recebimento, processamento e julgamento do IRDR para que se pudesse alcançar a finalidade da pesquisa, qual seja, a compreensão do modo de atuação do representante dos interesses coletivos, que conduzirá, junto com outros sujeitos, o caso-modelo junto ao tribunal que fixará a tese jurídica.

A seção seguinte dedicou-se a apresentar o IRDR como uma opção legislativa de política pública do Estado brasileiro e não somente como um mero instituto processual. A partir da construção de um conceito de política pública como uma atividade coordenada e

complexa do Estado, composta por atos e normas, com objetivo de concretizar direitos fundamentais, legitimada pelos interesse comunitário, o qual se encontra respaldado por princípios ou regras constitucionais, foi possível perceber que alguns efeitos negativos ou limitadores do IRDR, assim como suas mais relevantes diferenças do original alemão, decorreram de opção política e, portanto, sopesadas na propositura legislativa.

Uma vez compreendido como uma política pública legislativa para redução do número de processos, a quarta seção dedicou-se a compreensão dos significados dos fundamentos declarados do IRDR, os quais, a esta altura, já foram identificados na segunda seção do trabalho. Assim, a investigação prosseguiu sobre o ponto de maior relevância: o princípio da igualdade. De fato, “nenhuma obra sobre o processo coletivo pode iniciar sem colocar em relevo o papel da igualdade como núcleo essencial” (DIAS, 2012, p. 396). Esta é, portanto, a chave para enfrentamento do problema de pesquisa de adequação dos representantes de todos os titulares (atuais e futuros) do direito material, sem violar o princípio constitucional da igualdade, vez que o tema repetitivo será fixado sem a participação direta e pessoal dos sujeitos afetados, uma vez limitada (ou, pior, inexistente), em razão da própria natureza do procedimento.

A celeridade e a segurança jurídica foram admitidas como consectários lógicos do instituto, mesmo considerando que não existam ainda dados estatísticos suficientes que coloquem à prova o sucesso ou fracasso do IRDR para o alcance desses desideratos. Assim, a investigação proposta se deu ao largo do enfrentamento desses dois princípios, também pilares de sustentação do incidente, de modo a não permitir uma extensão indevida da pesquisa ou a digressão desproporcional do foco do debate. Restou, portanto, na verificação do conceito de igualdade, o desenvolvimento nuclear necessário ao tema da adequação da representação. Tomou-se como substrato teórico para compreensão da igualdade, a teoria de Ronald Dworkin e seus dois princípios éticos – o princípio da igual consideração por todos e o princípio da responsabilidade especial -, plenamente vislumbrados no instituto em exame.

Por outro lado, o fundamento de constitucionalidade da norma, em referência ao princípio constitucional da igualdade, foi explicado com base na teoria de princípios e regras de Marcelo Neves e da necessidade de interpretação e aplicação das normas de forma circular (não hierárquica) e reflexiva, utilizando-se, ainda, a teoria sistêmica luhmaniana. Para Neves (2014), o Direito é um complexo sistema social autopoietico, sem norma pronta e acabada, cujo desenvolvimento constante e adequado é ainda mais relevante no plano constitucional. Para Luhman (1980), a Constituição é um limite sistêmico interno de aprendizado. A igualdade, portanto, foi reconstruída sob o viés sistêmico como forma de reduzir a

complexidade, de modo que seu conceito foi (re)construído a partir de elementos autorreferentes (direitos fundamentais) e heterorreferentes (políticas públicas), permitindo concluir que o IRDR é uma regra que orienta a interpretação do princípio da igualdade, dada a importância de sua implementação como política pública. Ademais, foi demonstrado que o IRDR deve receber tratamento de norma de processo coletivo e, portanto, movido por princípio do devido processo legal coletivo (não individual).

A seção 5 do trabalho buscou demonstrar que o IRDR, tal como normatizado, não impede que se promova a legitimação dos representantes de todos aqueles que estarão sujeitos aos efeitos da decisão, a partir da recepção de lições e experiências do direito estrangeiro acerca da adequada representação, garantindo, deste modo, o respeito à igualdade. Mesmo se reconhecendo a importância do instituto diante do mal que visa debelar, mas ressaltando a gravidade de um sério enfrentamento do problema da representação, buscou-se no estudo do direito comparado, principalmente das *class actions* estadunidenses e dos institutos inspiradores ao IRDR, requisitos que podem ser importados ou adaptados para garantir que a fixação do tema repetitivo se dê sem perigo de violação constitucional. Por conseguinte, um exame da fundamentação acerca de ilustrativas decisões de afetação de causas paradigmáticas nos tribunais pelo país<sup>1</sup>, permitiu a proposição da adoção de critérios que servem de auxílio na proteção da representatividade da coletividade afetada pela fixação da tese jurídica repetitiva.

Tendo em vista o objetivo do trabalho, o procedimento metodológico se deu a partir de revisão bibliográfica de livros e artigos científicos, nacionais e internacionais, pertinentes ao tema, observando produções acadêmicas de teses de doutorado e dissertações de mestrado correlatas, além da legislação aplicável. Outrossim, foram utilizados dados de julgamento obtidos em fontes oficiais do Poder Judiciário e realizado o estudo de algumas decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas, em sede regional e nacional, como meio de observar se a fundamentação tomou os devidos cuidados com a representação adequada.

---

<sup>1</sup> Em sede regional, o TRT-8 foi o único tribunal com atuação sobre o Estado do Pará que admitiu e julgou incidentes de resolução de demandas repetitivas. Até 12/12/2017 foram apenas 2 (dois) julgados (Apêndice A).

## **2 A NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO PARA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO BRASILEIRO INOVADOR DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS MASSIFICADOS.**

É premissa do presente trabalho a compreensão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Instituto processual desenvolvido durante o projeto de um novo código de processo civil, como resposta a um dos problemas de maior gravidade que atinge o Judiciário e aflige o jurisdicionado, o IRDR não foi esculpido sem planejamento ou base em outra experiência vitoriosa. Ele nasce a partir de institutos análogos do direito comparado e se adapta às necessidades brasileiras, propondo-se a atingir mudança substancial no quadro de demandas idênticas e repetitivas.

Portanto, foi diante de um cenário social negativo propício ao seu desenvolvimento, que surgiu o instituto brasileiro, seguindo um movimento mundial de busca por soluções às questões jurídicas decorrentes das relações massificadas. Arenhart (2014, p. 87) já há muito defende a necessidade de se reconhecer e enfrentar as ações de massa através de tutelas coletivas que venham racionalizar o trabalho jurisdicional e tratar de forma isonômica os interesses individuais, contribuindo para eliminação de uma carga imensa e supérflua de ações, apontando diversas soluções (ou tentativas de solucionar) do direito estrangeiro. Cita as *class actions* canadenses e americanas, com especial referência a estas últimas, às *small claim class actions*, às *class actions for damages* e, ainda, à *multidistrict litigation*. Esta última, similar as *group litigation order* do direito britânico ou a técnica de agregação de causas portuguesa, visa à reunião de causas semelhantes para instrução conjunta. Na Austrália, a *representative suit* assume a condição de principal tutela coletiva quando “sete ou mais pessoas ajuízam demandas que tenham origem em circunstâncias iguais, similares ou relacionadas, que gerem questões comuns de direito ou de fato” (ARENHART, 2014, p. 107), traduzindo-se num procedimento mais adaptável, sem o rigor da certificação americana, com vinculação da decisão, exceto para quem exerceu o direito de exclusão (*opt-out*).

Na Alemanha foi desenvolvido o procedimento-modelo *musterverfahren* para proteção dos investidores do mercado de capitais, com escopo de produzir uma decisão coletiva acerca de questões comuns a litígios individuais, fixando premissas fáticas e jurídicas relevantes para solução das pretensões repetitivas (CABRAL, 2007).

Em Portugal, ao lado da técnica de agregação de causas - medida provisória especialmente pensada para racionalizar procedimentos e dar celeridade ao julgamento de

causas individuais com questões comuns (mas que já foi extinta) - há a “ação popular” como instrumento de proteção dos interesses coletivos, que incentiva o acesso à justiça e reparação de danos coletivos em única ação, garantindo a igualdade de tratamento em litígios idênticos, com aproveitamento da produção de provas, também permitindo o *opt-out* (LOURENÇO, 2011), mas que ainda necessita de alargamento da legitimidade processual para defesa de direitos difusos e participação procedimental nas decisões administrativas, segundo Sotomaior (1998).

Portanto, o Brasil não está isolado na busca por resolução das questões coletivas, principalmente decorrente das causas em massa, de modo que teve a oportunidade de estudar vantagens e desvantagens de modelos estrangeiros para, enfim, desenvolver o IRDR. Observe-se que, a despeito da exposição de motivos do CPC declarar expressamente a inspiração no *musterverfahren* alemão, não se pode negar as importantes influências estrangeiras, com destaque à GLO britânica e da absolutamente consolidada *class action* americana. As divergências entre o IRDR e os institutos estrangeiros foram todas opções legislativas de política pública, não só decorrente da consciência de aplicação do instituto processual numa cultura diferente, mas, principalmente, em nome de perseguir um objetivo próprio, amplo e ousado. O IRDR, como instituído na legislação brasileira pelo CPC, não é remédio processual, é política pública legislativa.

Compreender o IRDR como política pública é fundamental para os fins almejados, de modo que é imperioso entender o instituto, seus fundamentos, seu cabimento, seu processamento, o que implica, às vezes, a necessidade inevitável de realizar o exame da lei positivada. O foco, contudo, será no desenvolvimento do incidente e sua preocupação com a legitimidade da representação (adequação) dos atores que contribuirão para a formação da tese proveniente do julgamento do IRDR.

## **2.1 A coletivização do litígio individual**

A história vem mostrando que o homem, quando ameaçado, age para autopreservação, na defesa de seus próprios interesses. Não são poucos os exemplos que demonstram a crueldade humana, justificada sob pretextos ilusórios, como se constata a partir da observação de guerras de proporções mundiais, dizimação de povos, manutenção de disparidades de concentração de renda, em que um muro divide uma vida palaciana e a morte por inanição. Assim, a reação humana é dirigida à proteção do indivíduo (ou de sua família ou grupo). É fácil, portanto, observar tomadas de decisões egocêntricas, as quais, racionalmente são

percebidas como prejudiciais ao grupo maior, uma vez que imediatamente parecem salvar a individualidade.

Ao lado disso, o homem diverge. Não há consenso absoluto sobre qualquer assunto, em qualquer grupo, por menor que seja o corte social. A idade, a origem, a classe social, o gênero, tudo serve para salientar diferentes pontos de vista sobre um mesmo assunto. É difícil conciliar os interesses das pessoas em se unirem em prol do bem comum. Os homens discordam e isso, novamente, faz com que ajam na defesa dos interesses individuais e imediatos, segregando os que não comungam do mesmo pensamento.

O sistema processual brasileiro se desenvolveu, voluntária ou inadvertidamente, tomando por base essas duas características e reconheceu a legitimidade do titular do direito, incentivando-o ao litígio individual para proteção dos seus interesses violados ou ameaçados de lesão, ainda que sejam interesses idênticos aos de tantas outras pessoas. Portanto, são inequívocos os avanços e transformações nos procedimentos de tutelas individuais, num tempo em que sequer se reconhecia a proteção da tutela coletiva.

Nery Júnior (2002) ensina que o primeiro exemplar legislativo de tutela coletiva no Brasil se deu com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em 1943, com a legitimação extraordinária dos sindicatos para a defesa da categoria ou profissão, além de atuarem como representantes na assinatura de convenções coletivas do trabalho.

Gaizo (s/d) aponta quatro marcos para o avanço da tutela metaindividual no Brasil: o surgimento da Ação Popular, em 1965; a Lei da Ação Civil Pública, em 1985, o advento da Constituição Federal, em 1988 e, finalmente, a consagração da proteção dos direitos coletivos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, os marcos legislativos, permeados temporalmente com o surgimento de tantas outras normas legisladas para proteção de interesses coletivos, ainda não se mostraram suficientes para mudar, em números, a evidente litigiosidade individual levada ao Judiciário.

Como aponta Cunha (2010), há um crescente número de litígios motivado pelos mais variados fatores, dentre eles, o aumento populacional, a aproximação do Judiciário ao cidadão, a velocidade da informação, a produção em massa. Amaral (2012) destaca a ampla massificação da economia como fator primordial para a mudança em qualidade e quantidade dos litígios judiciais. Cita as privatizações de serviços públicos e o *boom* de litígios que se seguiu, reconhecendo no Brasil o mesmo efeito *deep pocket* ocorrido nos EUA, em razão da maior facilidade de se litigar com entidades privadas do que contra o Estado. Reconhece que o acesso facilitado ao crédito para população de baixa renda incrementou as relações de consumo e os negócios jurídicos a prazo, trazendo consigo uma enxurrada de ações judiciais

envolvendo instituições financeiras, grandes redes de loja, empresas aéreas, entre outras. Continua o autor destacando o papel do Estado na produção (como causador) de litígios em massa, seja pelo contumaz inadimplemento de suas obrigações, seja pela má prestação dos serviços públicos, violando, inclusive, direitos constitucionais, como quando, numa sanha arrecadatória, institui tributos ilegais, ou, num exemplo notório, acabou provocando o surgimento de milhões de ações decorrentes de planos econômicos e expurgos inflacionários dos anos 80 e 90 e que mantêm reflexos no Judiciário até os dias atuais.

A explosão de litígios exige que se produza igual número de decisões<sup>2</sup>, o que nem sempre acontece, seja porque os feitos são extintos sem solução de mérito, mantendo vivos os conflitos sociais, seja porque restam os feitos paralisados nas varas judiciárias sem solução alguma, apenas contribuindo ao abarrotamento e ao efeito bola de neve da morosidade e ineficiência.

Aliás, Amaral (2012) reconhece nefasto impacto da massificação para a efetividade e para a segurança jurídica, destacando a supervalorização da forma como meio de redução dos litígios acumulados. Ou seja, ao invés de preocupar-se com a solução de mérito, contenta-se o Judiciário, em grito de desespero, a elevar em relevância filigranas procedimentais, de modo a encerrar debates e recursos. Ademais, em meio a julgamentos apressados, torna-se comum a contaminação das decisões de massa para causas não idênticas, fazendo com que os operadores do Direito convivam naturalmente com o erro, caindo em desgraça a confiança do jurisdicionado no Poder julgador.

As ações coletivas se mostram importantes para solução de diversas naturezas de litígios, principalmente sobre aqueles em que dificilmente haveria o interesse individual ou a mobilização social (de múltiplos indivíduos, grupos ou coletividade maior) para ajuizamento de demanda judicial com objetivo de retomada da regularidade jurídica. Essa condição há muito é percebida no direito estadunidense, onde as ações coletivas – *class actions* – encontram-se em patamar mais consolidado (em termo de previsão normativa e de construção das decisões judiciais) que entre nós. A este respeito Kalven e Rosenfield (1940, p. 686) ressaltam:

*Modern society seems increasingly to expose men to such group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random and fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in*

---

<sup>2</sup> O atraso nos julgamentos fez com que o CNJ estipulasse uma meta para os tribunais, na tentativa de diminuição do número de processos pendentes no Judiciário. Meta 1 do CNJ: Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos no ano corrente (BRASIL, 2017a).

*the particular case, but it will operate seriously to impair the deterrent effect of the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive group remedy is thus a major one.*

De fato, o indivíduo, diante de situações jurídicas de interesse econômico ínfimo, quando consideradas individualmente – por exemplo, um litígio contra um fornecedor de alimentos que vende 10g a menos que o indicado na embalagem, a cada porção – ou diante de questões fáticas ou jurídicas que, a despeito da ilegalidade, não produzirão benefício direto na sua esfera jurídica – v.g., a obrigatoriedade de indicação etária nas embalagens de determinados brinquedos postos no mercado – não quererá assumir um ônus econômico relevante decorrente do litígio, pois, se vencer a ação, pouca ou nenhuma diferença sentirá; se perder, arcará sozinho com o ônus da sucumbência. Além disso, será obrigado a investir na contratação de assessoria jurídica diferenciada para proteção de interesses da coletividade (portanto, que não são seus diretamente ou exclusivamente).

Arenhart (2014, p. 234), reconhecendo o imperioso uso da tutela coletiva em situações jurídicas em que o dano individualmente considerado é ínfimo, uma vez que “ninguém teria interesse em demandar, sozinho, pela satisfação de seu interesse – por conta do diminuto benefício que auferiria”, vai além, considerando essa hipótese como um critério para aferição de representação adequada (por consequência lógica, quem não tem interesse na demanda individual, menor interesse teria em assumir uma cara e complexa demanda coletiva).

Aliás, o direito estadunidense prevê as “*small claims class actions category: an action defined here to embrace those cases in which the claim of any individual class member for harm done is too small to provide any rational justification to the individual for incurring the costs of litigation*” (SHAPIRO, 1999, p. 923-924), cuja intenção é, ao contrário de promover indenização aos lesados, permitir que o agente danoso internalize o imenso custo em responder uma ação coletiva e corrija seu ato, em observância ao bem-estar geral.

Roque (2017) aponta uma zona de sobreposição de interesses tuteláveis através de “processos coletivos das ações coletivas” e “processos coletivos das questões repetitivas” - denominações apresentadas por Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017a, p. 49), que ilustram a diferença do significado proposto -, qual seja, a zona “dos direitos individuais homogêneos com pretensões individuais significativas” (p.32). Destaca o autor, que as ações coletivas servem para “promover o acesso à justiça, assegurando a tutela de direitos ontologicamente coletivos e insuscetíveis de fracionamento” (p.30), ratificando o ponto de vista acima exposto, de que possuem valor pelo poder de agregação de pretensões ínfimas do ponto de vista

individual, assim como justificando que os titulares do direito, muitas vezes, não possuem informação ou incentivos suficientes para litigar em juízo.

Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017a) criam restrições impeditivas ao uso do IRDR (portanto, às causas repetitivas) quando se está diante de certas situações jurídicas coletivas e exemplificam asseverando ser vedada a instauração do incidente para firmar tese jurídica a respeito do suposto dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em suas chaminés. Defende-se, com respeito, posição contrária.

Não há dúvida de que a situação pode ser vista sob a ótica do dano ao meio-ambiente, portanto, não sob a ótica da tutela individual ou individualizável, em razão da natureza de direito difuso.

É dano ambiental toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (*in pejus*) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas. (MILARÉ; MILARÉ, 2015, p. 229)

O interesse difuso, segundo Mazzilli (2015), são os que envolvem um grupo indeterminável de lesados, reunidos por uma situação de fato comum, tendo objeto indivisível. E continua ensinando, em conformidade a doutrina tradicional, que os interesses coletivos em sentido estrito são os que envolvem um grupo determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum e objeto indivisível; por último, ensina que os interesses individuais homogêneos são os que envolvem um grupo determinável, reunido por uma lesão de origem comum, tendo um objeto divisível.

Menezes e Araújo (2017) reconhecem que um determinado fato é possivelmente gerador de agressões a diversos tipos de direitos em concomitância e que, além do dano ao meio ambiente (difuso), pode-se reconhecer o dano ao patrimônio individual dos afetados (tutela individual autônoma ou tutela repetitiva), de modo que podem ser tanto objeto de proteção por ações autônomas, quanto podem ser reunidos numa ação coletiva única, como a ação civil pública, por exemplo. Continuam os autores afirmando que tais interesses podem ser protegidos através de tutelas coletivas ou individuais, definidas, justamente, pelo objeto da ação (ainda que se admita que a natureza do dano ambiental seja sempre difusa). Retomando-se o exemplo sugerido acima, no caso de inércia do Ministério Público ou de associações civis, por exemplo, ao ajuizamento de ação coletiva, não se permitiria, portanto, que o indivíduo, lesado por doenças respiratórias e de pele, ajuizasse ação individual de obrigação de fazer (ou tutela inibitória em razão da poluição) cumulada com pedido indenizatório? Considerando também a falta de aproximação e diálogo desta comunidade entre si, não seria

possível admitir que milhares de pessoas afetadas ajuizassem, cada uma, uma ação individual autônoma, com mesmo objeto de reconhecimento do dever de colocar um filtro nas chaminés (usando exatamente a situação proposta no exemplo acima)? Nada impede que cada uma formulasse pedidos indenizatórios de naturezas diversas, como: tratamentos de saúdes diferenciados, tutelas antecipadas de caráter distinto, como custeamento do tratamento médico especializado, aluguel em moradia longe da área afetada diretamente pela poluição, fornecimento de EPI para trabalhadores em empresa vizinha ao local, entre outros. Nesse caso, não poderia haver o processamento do IRDR sobre o dever jurídico de colocar filtros nas chaminés? Aqui haveria, portanto, a identificação do processo coletivo repetitivo, em busca de tutela coletivizada, partindo de milhares de direito individuais que têm como ponto de partida um dano ambiental (interesse difuso), com origem no mesmo fato.

Watanabe (2014) considera que ações individuais que veiculem a mesma pretensão que ações coletivas são inadmissíveis por significarem *bis in idem*, capazes de produzirem conflitos lógicos e práticos de julgados. Ressalta que a natureza dessas ações seria de demanda coletiva. “São individuais apenas no sentido de que são propostas por indivíduos, mas a pretensão é de alcance coletivo” (p. 232). O argumento, portanto, reforça a viabilidade do IRDR, tal qual defendida acima.

Portanto, a classificação tripartite dos interesses coletivos (*lato sensu*) em difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos - como prefere a doutrina tradicional e a própria legislação (CDC, art. 81) - não se justifica e, por vezes, confunde. Não à toa, Gidi (2008) defende a desnecessidade de classificar os direitos coletivos, considerando o esforço uma inutilidade prática. Admite, contudo, que a manutenção de uma tipologia legal não necessitaria mais que dois tipos: “o transindividual, do qual é titular o grupo como um todo e os direitos individuais (chamados homogêneos), dos quais são titulares os membros do grupo individualmente” (GIDI, 2008, p. 215). Moreira (2015) também acolhe a divisão bipartite, chamando-os de litígios essencialmente coletivos e litígios acidentalmente coletivos.

De fato, como se defendeu acima, raros são os movimentos de união social em prol da defesa dos interesses metaindividuais. Gidi (1995, p. 36) admite como verdade que “o povo brasileiro não demonstra uma tendência (que é muito diferente de “vocaçã”) histórico-social marcada pelo associativismo”. Portanto, esses sujeitos desconhecidos entre si, mas ligados pelo mesmo interesse jurídico, acabariam ajuizando ações individuais ou, como ainda é mais provável, nada fariam a respeito. Daí a importância do desenvolvimento das normas coletivas que legitimam extraordinariamente entes representativos de parcelas da sociedade, que assumem essa função, com papel de destaque à Defensoria Pública e ao Ministério Público.

Ocorre que essas ações nem sempre socorrem os litígios individuais repetitivos, os quais, numa sociedade de relações jurídicas massificadas, acabam se tornando os maiores responsáveis pelo travamento do Judiciário com milhões de litígios idênticos aguardando soluções. Portanto, são interesses diferentes reconhecidos aqui.

Essas causas ditas individuais – que tratam de matérias repetidas, de ações reincidentes – contribuem decisivamente para o referido assoberbamento do Judiciário, permitindo que se constate o surgimento de uma nova modalidade de litigantes, os chamados “litigantes habituais”<sup>3</sup>, assim nominados por Cappelletti e Garth (1998), os quais enumeram numerosas vantagens a si relacionadas:

- 1) maior experiência com o direito, possibilita-lhes melhor planejamento do litígio;
- 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos;
- 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora;
- 4) ele pode diluir o risco da demanda por maior número de casos;
- 5) pode testar estratégias com determinados casos de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros (p. 25).

Portanto, esses grandes litigantes possuem “uma estrutura consentânea com o volume de demandas de que participam, em muito superior ao assessoramento jurídico e a capacidade financeira de que dispõem os cidadãos comuns” (RODRIGUES, 2015, p. 563), a quem, o decurso do tempo (a morosidade que eles mesmos impõem e incentivam) funciona como bônus, acabando por servir de moeda de troca para forçar soluções “consensuais” com quem já não suporta a permanência de processos sem perspectivas de solução definitiva. Aliás, a distribuição do ônus do tempo é matéria, inclusive, de fundamento para concessão (ou não) de tutelas de urgência<sup>4</sup>, quando é insustentável a permanência do *status quo* prejudicial ao hipossuficiente.

A identificação e o reconhecimento desse grave problema do Poder Judiciário, como já visto, um problema de magnitude mundial, motivaram o interesse do legislador e da comunidade jurídica em buscar uma solução adequada, superando as limitações da tutela coletiva convencional. A resposta encontrada é o que se reconhece por técnica de coletivização do litígio individual.

Portanto, o desenvolvimento de diferentes técnicas de coletivização de litígios, com apresentação de solução plural de conflitos é uma necessidade para acabar com o crescente

---

<sup>3</sup> O Conselho Nacional de Justiça apresenta que o INSS, a CEF e a União/Fazenda Nacional como responsáveis por nada menos de 45% das causas no país (as quais, certamente, constituem na sua maioria, causas com teses repetitivas), seguidos por bancos e empresas de telefonia (BRASIL, 2011).

<sup>4</sup> CPC, art. 311, I: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;”(BRASIL, 2015)

número de ações ajuizadas (ao lado de outras técnicas processuais também implementadas com grande enfoque e veemência pelo novo CPC, como as técnicas de mediação e conciliação e as soluções extraprocessuais). Essas técnicas coletivas visam alcançar múltiplos objetivos: apresentação de solução única e concomitante para uma pluralidade de ações, gerando celeridade e segurança jurídica, além de prevenir a repetição inútil de litígios, idênticos no objeto, por meio da obrigatória irradiação de seus efeitos para todos os litígios presentes e futuros (respeitando, evidentemente, a coisa julgada).

Tais técnicas de coletivização não são propriamente uma inovação trazida pela novel legislação processual (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015), pois vêm sendo produzidas e desenvolvidas há alguns anos no mundo todo. No direito alienígena, Cunha (2010) identifica como exemplos das técnicas ora referidas, o *musterverfahren* alemão e a agregação de causas no direito português. Mendes e Temer (2016) destacam também o modelo de decisões de litígio de grupo (*group litigation order*), ao lado da demanda-teste (*test-claim*), institutos desenvolvidos na Inglaterra. No Brasil, possuem especial relevância a técnica de julgamento de recursos repetitivos, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A técnica de julgamento de recursos repetitivos foi desenvolvida para aliviar os tribunais superiores, de modo que Recursos Extraordinários (RE) e Recursos Especiais (REsp) que versem sobre a mesma controvérsia são submetidos a “mecanismos voltados à concentração, homogeneização, aceleração e simplificação no seu julgamento” (BONDIOLI, 2012, p. 414). A técnica, prevista nos artigos 1.036 e seguintes do CPC, determina que sejam selecionados dois ou mais recursos de idêntica questão de direito, representativos da controvérsia e encaminhados ao tribunal respectivo, suspendendo-se a tramitação de todos os processos pendentes a eles relacionados, individuais ou coletivos, para ao final serem julgados à luz do caso paradigmático afetado. Essa técnica de julgamento foi introduzida no ordenamento pela Lei nº 11.418/2006 e Lei nº 11.672/2008 e mais recentemente alterada pela vigência do novo CPC. Portanto, não se pode dizer que se trata de novidade trazida com a principal legislação processual do país.

Com previsão no artigo 947 do CPC, o incidente de assunção de competência – IAC é mecanismo processual destinado a concretizar a segurança jurídica, através do deslocamento de competência para o órgão de maior composição, quando se tratar de relevante questão de direito, com grande repercussão social, de modo a prevenir ou dirimir divergência jurisprudencial e formar precedente vinculativo. Como salientam Didier e Cunha (2016), o IAC, juntamente com as técnicas de julgamento de recursos repetitivos e o IRDR, constituem

um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, ou seja, cujas decisões ali proferidas serão necessariamente observadas por juízes e tribunais, com consequências de aceleração de julgamento, através de decisão de improcedência liminar, dispensa de remessa *ex officio* e conferindo poderes ao relator de decidir a causa monocraticamente.

O IAC<sup>5</sup> não reflete exatamente uma técnica de julgamento de casos repetitivos, pois sequer é requisito legal a existência de pluralidade de questões. Todavia, faz parte da técnica de coletivização do litígio individual, justamente em razão do atendimento à exigência da lei de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente.

O IRDR pode ser entendido como um incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante a nível local. Marinoni e Mitidiero (2010), desde à época em que estudavam o anteprojeto do CPC, destacavam a similitude deste com a técnica de julgamentos repetitivos, pela promoção da suspensão dos casos similares ao paradigma, a construção da tese jurídica a partir do envolvimento de diversas partes em cooperação com o Judiciário e a obrigatoriedade do precedente, que legitimava o uso da reclamação<sup>6</sup> em caso de sua não observância.

Temer (2016) ensina que o IRDR se constitui numa técnica de solução de demandas repetitivas para fixação de tese jurídica *in abstracto*, de modo que o conflito individual terá resposta em momento posterior, já considerando a tese resolvida pelo incidente.

O IAC é uma evolução legislativa do antigo incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC revogado. O julgamento de recursos repetitivos juntos aos tribunais superiores também advém de legislação que conta com mais de dez anos. O IRDR, por sua vez, é a técnica de coletivização que implica em maior novidade e sobre a qual a doutrina, de uma maneira geral, tem grande expectativa acerca de seu uso para as finalidades propostas de solução do problema de massificação dos litígios individuais. É, por isso, a espécie de técnica de coletivização escolhida nesta pesquisa, que merecerá maior interesse e exame com maior profundidade.

## **2.2 A inspiração do IRDR no direito estrangeiro.**

---

<sup>5</sup> O STJ admitiu apenas dois IAC (REsp 1604412/SC e REsp 1303374/ES) e nenhum deles foi julgado até 30/08/2017 (BRASIL, 2017b)

<sup>6</sup> Mesquita (2015, p. 257) destaca que “o STF e o STJ reduziram o cabimento da reclamação no tocante aos recursos repetitivos” (...), adotando “majoritariamente o entendimento de que não se deve admitir a reclamação quando recursos sobrestados forem mal indeferidos ou forem mal julgados após a decisão no caso paradigma (...), ao argumento de que a aplicação equivocada de precedente em repetitivo não usurpa a competência do Tribunal Superior”.

Arenhart (2014) há muito apontava a necessidade de conhecer a experiência estrangeira a respeito do trato com os problemas da massificação de causas e letargia nos julgamentos, principalmente para buscar soluções de racionalização da atividade jurisdicional (efetividade, celeridade e economia) e tratamento isonômico das partes, principais objetivos a serem alcançados com o IRDR.

O direito estrangeiro, portanto, provê diversos exemplos e modelos de solução para litígios coletivos (ou coletivizados), dentre os quais, merecem destaque, o sistema de agregação de causas português, as *class action* americanas, as *Group Litigation Order* (GLO) britânicas e o *Musterverfahren* alemão. Na medida da necessidade de argumentação acerca das ideias levantadas neste trabalho, as vantagens e críticas acerca dos institutos estrangeiros serão apresentadas, inclusive com destaque para a última seção, na qual serão usados como modelo, para melhor concretização dos direitos fundamentais, na interpretação e aplicação do IRDR (em observância ao princípio da igualdade). Não há, deste modo, qualquer intenção em discorrer de forma exaustiva as nuances de cada um dos institutos estrangeiros, mas apenas de demonstrar a validade da experiência alienígena para a compreensão e aplicação do análogo tupiniquim.

O direito lusitano previu um procedimento de agregação de causas, constituído num regime processual civil de natureza experimental, aprovado pelo Decreto-lei nº 108/2006, mas já revogado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013. Como explicam Kryminice e Henriques Filho (2014), pela agregação das ações, os processos com a mesma questão de fato ou de direito poderiam ser reunidos transitoriamente, possibilitando a produção concomitante de atos processuais ou decisões interlocutórias e sentenças. Tratou-se de um procedimento experimental para aperfeiçoar mecanismos de aceleração e simplificação de julgamentos, como salientou Cunha (2010). Este autor aponta, outrossim, que o Direito português admite um contencioso administrativo, cujas causas são resolvidas por meio de aplicação de regramento do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com previsão de seleção de causas paradigmas, suspensão das demais causas submetidas à mesma norma jurídica em exame ou, ainda, o envio para o Supremo Tribunal Administrativo para que decida de forma vinculativa. Em razão do contencioso administrativo, “a regra da agregação é tão somente aplicável às causas entre particulares ou entes privados” (DURÇO, 2011, p. 546).

Importante destacar algumas ideias inspiradoras ao incidente brasileiro provenientes do direito português, como a eleição de causa paradigma (uma ou mais), suspensão de outras causas que versem sobre a aplicação da norma jurídica em exame, vinculação da decisão aos demais casos e, principalmente, a razão de existir da norma: a busca da racionalização das

práticas dos atos judiciais e da aplicação isonômica do direito – ou seja, exatamente os pontos de relevância destacados pelo legislador brasileiro na criação do IRDR.

Fonte inestimável de direito, quando se refere às ações coletivas, é o sistema estadunidense - já bem consolidado (nem por isso imune a críticas) - das *class actions*. Para Bueno (1996, p. 93) as *class actions* constituem um “procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem entre si, um interesse comum”. Roque (2013b) apresenta conceito mais conciso e objetivo, com base nos elementos fundamentais da *class action*: a classe e o representante. Para o autor, uma *class action* é “uma ação ajuizada por um ou mais representantes em favor de toda uma classe (coletividade)” (p.71).

A classe é um ente jurídico despersonalizado cuja existência se justifica apenas para identificação da representação em juízo e vinculação à decisão da ação coletiva. É elemento essencial com finalidade de estabilização subjetiva da demanda coletiva, definição dos efeitos da coisa julgada e regulamentação de atos procedimentais (como a notificação pessoal, por exemplo). Dependendo do objeto da ação, os membros da classe serão individualizados, serão apenas identificáveis ou até mesmo abrangerão membros futuros, o que é muito comum nas *mass tort class actions* em que os efeitos danosos podem ser verificados após o julgamento da ação (ROQUE, 2013b, p. 74).

O representante da classe é o segundo elemento: é a parte que atua diretamente no processo em nome dos *absent class members*. Há um rígido controle judicial na escolha do representante da classe, com o objetivo de “minimizar o risco de colusão entre as partes, incentivar uma conduta vigorosa pelo representante e pelo advogado na tutela dos interesses do grupo e assegurar que se leve para o processo a visão e o real interesse de todos os membros do grupo” (GIDI, 2008, p. 76).

O direito estadunidense já consolidou nos seus precedentes a necessidade de verificação de quatro requisitos concomitantes para admissibilidade das *class actions* exigidos na Rule 23(a): *numerosity, commonality, typicality, adequacy of representation*. Roque (2013b) aponta que o ônus de provar a presença dos requisitos é do postulante ao processamento coletivo e que o julgamento é feito a partir de um juízo comparativo de preponderância (*preponderance of evidence*) entre as versões apresentadas por cada parte.

O primeiro requisito – *numerosity* - diz respeito à impraticabilidade de cumulação subjetiva originária ou incidental. Não se trata de reconhecer que seja impossível a presença de todos os envolvidos, mas a “dificuldade ou inconveniência de se administrar um processo

com a presença de todos os interessados” (GIDI, 2007, p. 73), seja pelo excesso de documentos, pedidos e provas, seja pela dificuldade de identificação e contato com todas as partes. Como ensina Roque (2013b), existem condições que favorecem o preenchimento do requisito (ou seja, condições para a admissão da ação como coletiva), como: a identificação de interessados espalhados em diversos espaços geográficos; o reconhecimento do estímulo negativo para ocorrência de ações individuais quando o interesse econômico individual é pequeno e é elevado o custo do litígio; matérias que tratam de hipóteses nas quais as pessoas envolvidas tenham receio de retaliação da parte adversa; e, ainda, quando se tratar de objeto jurídico para proteção de pessoas de baixa instrução ou grupo de vulneráveis. Nessas situações, é mais fácil considerar preenchidos os requisitos da numerosidade.

O requisito de verificação de existência de uma “questão comum, de fato ou de direito” (*commonality*), é a base para solução de qualquer tipo de demanda coletiva. Não se teria justificativa para reunião, sob um mesmo representante, questões distintas dentro do grupo. O requisito da questão comum não exige, contudo, questões idênticas; a comunhão pode ser parcial, assim como as questões individuais a estas relacionadas podem ser resolvidas posteriormente, em ações autônomas; ou pode o juiz reconhecer e dividir o todo em sub-grupos na ação coletiva; ou, mesmo, pode o julgador redefinir o grupo, restringindo com mais exatidão a matéria à questão comum que une os interessados. O requisito não apresenta maiores dificuldades na jurisprudência americana, porém, cria entraves para a admissibilidade da ação coletiva na modalidade conhecida por *class actions for damages - Rule 23 (b) (3)*. Isso porque se exige a demonstração de “predominância” e “superioridade” para o processamento dessas causas indenizatórias. A predominância diz respeito a um critério qualitativo, em que a questão comum prepondera sobre as questões individuais. Gidi (2007) critica a excessiva rigidez na aplicação do requisito, o que vem inviabilizando diversas ações coletivas indenizatórias de massa, sob alegações como, a produção complexa de prova da causa individual do prejuízo, a existência de defesas pessoais contra membros do grupo, entre outras questões particulares. A superioridade se refere ao caráter residual de utilização dessa modalidade de *class action*, haja vista que a técnica de tutela coletiva deva se mostrar “não inferior” às alternativas existentes, em termos de eficiência, celeridade e entrega da prestação jurisdicional. Ou seja, havendo outra maneira mais eficiente de proteção do direito, não se deve aceitar o prosseguimento da ação coletiva. A própria norma enumera os fatores a serem considerados para qualificação da superioridade: interesse do processamento individual das demandas, a extensão e natureza dos litígios, a conveniência de concentração do litígio num

só juízo, em razão de economia e segurança jurídica e as dificuldades de administração coletiva (BUENO, 1996).

A demonstração de pretensões ou defesas típicas (*typicality*) exige uma perspectiva relacional entre o mérito da tese de defesa do interesse do representante e dos ausentes, ou seja, o objeto de defesa deve ser típico, próprio, característico da coletividade, único para todos. Para tanto, há uma exigência legal de que o representante seja membro do grupo. Roque (2013b) salienta, contudo, que a Suprema Corte americana definiu requisitos para que a representação se dê por associações em geral (portanto, não por um sujeito de direito pertencente ao grupo), uma vez que os EUA desconhecem a figura do legitimado extraordinário, como se vê no Brasil. Assim, continua o autor, essas associações precisam demonstrar que um de seus membros seria legitimado para propor a ação individual, que seus interesses institucionais estão relacionados ao objeto da demanda e que o remédio processual não depende da participação individual dos membros associados.

A *typicality* é abarcada pelo requisito da adequada representação. “Na cultura jurídica americana, um representante atípico é um representante inadequado e um representante inadequado é um não representante” (GIDI, 2007, p. 95).

*Adequacy of representation*, portanto, é requisito fundamental de certificação das *class actions* e decorre do devido processo legal (ROQUE, 2013b). O devido processo legal tradicional exige que a parte, para ficar vinculada ao comando decisório, tenha podido exercer regularmente o contraditório, o que significa dizer, tenha tido a possibilidade de participar do processo, o que se alcança a partir da citação válida. É o que se chama, nos EUA, do direito da parte de ter seu *day in court*. As ações coletivas excepcionam a regra tradicional, uma vez que garantam, através do procedimento de certificação, a representação adequada, de modo que o representante seja o portador dos interesses da classe (e não apenas de seus interesses individuais). Gidi (2007) ensina que a certificação é usada em dois sentidos: *certification of a class* e *certification of a class action*. Ou seja, é a decisão judicial que traça os contornos do grupo que será submetido aos efeitos da coisa julgada coletiva e também autoriza o processamento da causa como ação coletiva.

O modelo estadunidense de ação coletiva vincula todo o grupo à decisão proferida; todavia, as *class actions for damages* funcionam no sistema *opt-out*, por meio do qual a parte pode escolher não se sujeitar aos efeitos da decisão coletiva ou permanecer na demanda e ter a mesma sorte do representante do grupo. Como aponta Gidi (2003, p. 337), o sistema *opt-in*, cujos efeitos da coisa julgada se dão apenas sobre quem promoveu aceitação expressa de ingresso na ação ou autorização expressa junto às associações representativas para aquela

específica finalidade, nem poderiam ser realmente chamadas de ações coletivas. Ademais, salienta o autor, que o tal sistema agrega um número menor de participantes e, conseqüentemente, seu poder de barganha para solução amigável é inferior. É usual nos EUA que a ocorrência da *certification of a class action* promova entre as partes uma solução consensual.

Deste modo, existem duas exigências de fundamental importância que decorrem do *due process of law*, sendo a primeira, a “notificação adequada”, para dar a publicidade necessária à parte, de modo que possa optar por sair da classe representada e exercer o controle sobre a segunda exigência, qual seja, de “representação adequada”, visando garantir que o representante defenda verdadeiramente os interesses do grupo.

São, portanto, conceitos de destaque relevantíssimos para o avanço da proteção dos direitos coletivizados, o reconhecimento do interesse comum, representação adequada e os efeitos da coisa julgada dela decorrentes. A representação adequada será revisitada mais a frente, pois constitui, justamente, parte integrante do núcleo do objeto de pesquisa proposto neste trabalho.

Em meio a diversos outros modelos de soluções para ações coletivas, incluindo nestas, as ações de massa, é imperioso reconhecer a maior influência para o IRDR brasileiro, das *Group Litigation Order* – GLO do direito britânico e do *musterverfahren* alemão. Passa-se ao exame de ambas, sempre no intuito de apresentá-las naquilo que serviu de inspiração para a criação brasileira e não com qualquer intuito de transformar este numa plataforma de enfrentamento de todos os temas a elas relacionados.

No direito inglês, existem quatro formas de regulamentação dos litígios coletivos, como aponta Andrews (2013): *test case litigation*, *consolidated litigation or joinder*, *representative proceedings* e a *group litigation order*. Os primeiros - casos modelos – referem-se à técnica de suspensão do julgamento das demais ações similares que envolvam o pedido de declaração jurídica por um órgão público em favor de uma determinada comunidade ou segmento. Cavalcanti (2016, p. 81) explica que o litígio consolidado “corresponde ao litisconsórcio ativo simples do direito brasileiro”. Ambas as soluções tinham hipóteses de aplicação reduzidas e eram insuficientes para regulação das situações jurídicas coletivas. Não merecem maiores considerações neste momento, pois não são, em si, a fonte de inspiração do IRDR. Todavia, vale destacar o procedimento de suspensão das causas similares para posterior aplicação do precedente paradigmático da causa modelo previsto nestas técnicas referidas.

O recente *Civil Procedure Rules* (Código de Processo Civil inglês de 1998) passou a regular dois instrumentos de tutela coletiva: as *representative actions* e as *group litigation order*. O primeiro grupo é similar às *class actions* americanas, na qual o autor da ação representa toda a classe no processo e a decisão, ali proferida, é vinculante para todos. Trata-se, contudo, de um sistema *opt-out*, no qual a parte pode requerer à Corte sua exclusão dos efeitos do julgamento. A decisão proferida, nestes casos, pode ser excepcionalmente imposta a quem não foi parte, desde que por ordem expressa do tribunal. A parte pode requerer sua exclusão dos efeitos da decisão no curso da ação, principalmente sob o argumento de falta de representação adequada. Andrews (2013) reconhece que as ações representativas têm pouco uso e, quase sempre, são relacionadas às prestações jurisdicionais declaratórias (abrangência de uma norma contratual, por exemplo) ou medidas cautelares preventivas, sendo o uso muito restrito para ações indenizatórias em razão de dois fatores principais: o alto custo da ação coletiva a ser absorvido pelo autor, tanto na propositura e processamento, quanto em caso de sucumbência; a interpretação restritiva da norma legal de admissibilidade acerca do “*same interest in a claim*”, afastando, por exemplo, o interesse indenizatório que seria peculiar a cada parte. Contudo, o autor aponta que o caso *Millharbour Management Ltd v. Weston Homes (2011)* passou a construir o entendimento de que as ações coletivas indenizatórias seriam possíveis quando, ao tempo do julgamento, o juiz pudesse determinar com precisão os danos causados e o valor individual devido a cada pessoa representada, naquilo que o autor considera um avanço para evolução do uso desse instrumento processual.

Já a GLO “estabelece um gerenciamento (*case management*) coletivo de demandas que versam sobre questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito, denominadas “questões de ordem de litígio em grupo” (CAVALCANTI, 2016, p. 87). Verifica-se, sem sombra de dúvida, que o procedimento foi criado para solução de conflitos em massa, dando ao julgador maiores poderes de gerenciamento da causa, buscando eficiência, economia e acelerando a entrega da prestação jurisdicional. O ponto primordial nem é garantir a perfeita identidade das questões de fato ou direito, mas reconhecer que são minimamente relacionadas.

A GLO é um sistema *opt-in*, pelo qual as partes escolhem expressamente serem incluídas nos efeitos da coisa julgada. Para que isso ocorra é necessária ampla publicidade do objeto da GLO, a qual não possui restrição de matérias. Andrews (2013, p. 12) cita alguns casos conhecidos na Inglaterra para mostrar a amplitude do objeto por meio da variedade das matérias recepcionadas em julgamento das causas processadas sob a técnica das GLO: pedidos de responsabilização da agência de turismo que, ciente do risco de contaminação

alimentar, continuou enviando consumidores a determinado hotel; litígio sobre a possibilidade de remoção de órgãos de crianças recém falecidas no Alder Hey Hospital; ações decorrentes de trombose em vôos de longa duração; ações por acidentes causados em função de bebidas muito quentes contra a rede McDonalds; o caso das bombas que não explodiram na área de treinamento militar no Quênia, entre outros. Vê-se, portanto, a multiplicidade de temas julgados.

Arenhart (2014, p. 102) aponta os critérios para o processamento da GLO, quais sejam: a suficiência (concreta ou potencial) de causas repetidas (não há número mínimo de causas previstas na lei); questões comuns (ou relacionadas), de fato ou de direito; identificação das questões a serem manejadas através da GLO e a possibilidade da redução parcial do objeto ou a criação de sub-classes de interesses subjetivos; a verificação de competência do tribunal; e a constatação de que o caso será decidido com mais eficiência a partir da adoção da GLO. Neves (2017) observa o caráter subsidiário ou residual da GLO em face dos demais instrumentos de tutela coletiva. Justamente por isso, Cavalcanti (2016) salienta que essa manifestação judicial de admissibilidade tem que ser devidamente fundamentada.

Outro ponto de imenso interesse é a criação de um banco de registro de causas coletivas, o qual deve ser consultado obrigatoriamente, antes da propositura da GLO. A ideia do registro das causas coletivas num banco de dados de ampla publicidade foi adotada no sistema brasileiro. No direito inglês, havendo múltiplos pedidos de instauração da GLO, a corte poderá nomear um grupo de advogados para condução do feito, o qual elegerá, dentre os seus integrantes, o *lead solicitor*, um advogado principal que manterá a interlocução com os demais (CAVALCANTI, 2016).

O sistema do GLO é complexo e necessita de, pelo menos, a observância de seis componentes, como pontua Andrews (2013): a aprovação judicial, em dois graus de jurisdição, da propositura da GLO; o ingresso voluntário de cada interessado (*opt-in*); o ingresso de partes no processo, além da qualidade de membros da classe ou grupo; o gerenciamento por procedimento adaptável pelo Judiciário; a divisão dos ônus e bônus relativamente às custas processuais, tanto em caso de vitória do grupo, como no caso de sucumbência, sempre considerando a proporção dos custos gerais e individuais; por último, os efeitos da decisão, que recairão sobre todos. A despeito do fato, somente podem recorrer aqueles que receberem permissão expressa da Corte.

A condução do gerenciamento da GLO é importantíssima, pois versará sobre a escolha das *test claim* (v.g., na causa de *AB v Ministry of Defence* foram selecionadas 9 causas-teste

dentre 1.011 ações), do advogado principal (o que pode ser economicamente muito interessante para o profissional), do objeto de decisão e critério de aceitação dos pedidos de ingresso, a data limite para ingresso na GLO e a forma de divisão dos custos (ANDREWS, 2013).

Mulheron (2008), em estudo acerca das ações coletivas de reparação de danos, conclui que os regimes de *opt-out* aumentam o grau de participação e que o regime de *opt-in* tem exatamente o efeito inverso. Assevera a autora que “the dual pillars — access to justice and judicial efficiency in disposing of the dispute once and for all — are enhanced by an opt-out regime” (MULHERON, 2008, p. 161). A autora aponta quase 20 motivos pelos quais os membros da classe acabam não fazendo a opção de ingresso na ação coletiva, quando este é requisito obrigatório para vinculação dos efeitos da decisão, agrupando-os em: “*social and psychological reasons; reasons to do with the defendant; procedural reasons; and economic reasons*” (2008, p. 32). Assim, por exemplo, são razões sociais ou psicológicas, a sensação de certos sujeitos de que não possuem conhecimento adequado acerca do processo judicial inglês ou não acreditam na sua eficiência de resultado; não têm acesso fácil a advogados; não têm espírito beligerante; têm medo de serem estigmatizados pelo objeto da ação ou, simplesmente, medo de reviverem a questão danosa. Em relação à parte adversa, verificam-se dois extremos: o medo de represália ou o sentimento de lealdade, além da preferência por aceitar acordos voluntários que proíbem o ingresso no Judiciário. Em relação às dificuldades decorrentes do procedimento, foram alegadas como causas principais: o desconhecimento da existência da ação coletiva; a sensação geral de que serão beneficiadas pela luta dos outros, sem correr riscos; a dificuldade de produção de prova documental. Por último, as razões econômicas mais repetidas foram a não assunção dos riscos de sucumbência (nem sempre perfeitamente delimitados no início da ação), a ideia de diminuto benefício a ser alcançado individualmente ou a crença de que a ação individual produzirá resultados mais eficazes do que o meio coletivo.

Apesar das críticas, o Senior Master Robert Turner (ANDREWS, 2009, *apud* RODRIGUES, 2011) destacou que os processos resolvidos pela técnica da GLO duraram metade ou um terço do tempo esperado e que as partes saíram satisfeitas com os resultados do litígio, sendo que muitas delas receberam indenizações que nunca buscariam no Judiciário, não fosse o meio coletivo. Além disso, asseverou que houve redução drástica na quantidade de processos do tribunal.

O estudo é relevante, não somente no direito inglês, mas pela influência da adoção de sistemas processuais novos no direito comparado, dando-se preferência para afastar o regime

de *opt-in*. Observe-se que, no Brasil, o IRDR não possui sistema *opt-in* e, como se defende no presente, nem *opt-out*. O desenvolvimento do instituto como política pública judiciária de redução do número de processos passa pela necessidade de abrangência obrigatória de todos os casos presentes e futuros. Justamente por não querer perder a importância e efetividade na redução do número de processos, o legislador, como se verá a seguir, não adotou o regime do *opt-in*, deixando todos aqueles em situações idênticas, submetidos aos efeitos da decisão.

Outrossim, não se pode falar em recepção, pelo IRDR, do sistema de *opt-out*, porque a parte continuará sujeita a norma-precedente produzida na solução dada ao tema jurídico repetitivo, a partir do momento em que apresentar pretensão que o tome por fundamento. Observe-se que há uma diferença sensível entre o modelo inglês de *opt-in*, o modelo alemão – *musterverfahren* – de *opt-out* (apresentado a seguir) e o brasileiro. Na GLO, a parte somente será alcançada pela decisão se optar expressamente por integrar a lide. No *musterverfahren* a parte não será alcançada pela decisão de mérito se optar pelo pedido de desistência do processo individual ajuizado (CAVALCANTI, 2016). Em ambos os casos, ações futuras serão julgadas fora do sistema da GLO e sem vinculação obrigatória do *musterverfahren*. No Brasil, as ações futuras também estão abrangidas pela força vinculante do julgamento do tema repetitivo, de modo que não há a “opção por estar fora” de seu poder vinculante.

A inexistência de fixação objetiva de um número de causas repetitivas para caracterizar a relevância coletiva (inclusive, salientando que este pode se dar por prospecção de repetição) foi outra influência positiva da GLO na previsão legislada do IRDR. Todavia, a eleição de casos-modelo (e não causas-padrão), a indefinição quanto aos requisitos para eleição de um líder para condução do processo e a ausência de previsão de repartição de custos são pontos de diferença que merecerão reflexão mais atenta no último capítulo deste trabalho.

Maior interesse, ainda, apresenta o *musterverfahren* alemão. Isto porque, a exposição de motivos do anteprojeto do CPC (BRASIL, 2010)<sup>7</sup> confessa abertamente que buscou a inspiração legislativa no instituto processual tedesco, de modo que o resultado brasileiro, efetivamente diferente, deve ser estudado também nas suas origens teóricas e ideológicas declaradas pelo legislador para sua melhor compreensão.

O *musterverfahren* é uma espécie de procedimento-modelo criado para solução coletiva de conflitos massificados. O procedimento-modelo visa esclarecer “características

---

<sup>7</sup> Diz o texto da exposição de motivos: “criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. (BRASIL, 2010)”.

típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes” (CABRAL, 2007, p. 128), fixando o posicionamento do Judiciário tanto sobre os fatos, quanto sobre os fundamentos jurídicos contidos em pretensões repetitivas.

Sua apresentação, a partir da Lei de Introdução do procedimento-modelo para os investidores em mercados de capitais (*KapMuG*), criada casuisticamente a partir do “Caso Telekom”<sup>8</sup>, é a base filosófica e procedimental do IRDR brasileiro (afastando-se um pouco mais da hipótese de *musterverfahren* no âmbito da justiça administrativa e da justiça previdenciária e social, conforme pontua Cavalcanti (2016), uma vez que sequer possuem regra especial de competência, processamento e julgamento).

Em razão de ter sido criada em função de um problema pontual que causou verdadeiro inchaço no Poder Judiciário alemão, a *KapMuG* foi concebida como uma lei temporária, com prazo de vigência e com objetivo limitado (diferentemente do que se verá com o IRDR brasileiro).

Brock e Rekitt (2013) acentuam a boa recepção da lei e suas seguidas alterações, tanto para prolongar sua vigência (atualmente até 1º de novembro de 2020), como para ampliar seu objeto de incidência, sempre com o objetivo de “*relieve the burden on courts*”. Os autores apontam, entre diversas alterações legislativas, a inclusão de ações civis indenizatórias decorrentes do mercado de capitais, a mudança de competência para uma corte regional superior e a interrupção da prescrição a partir da opção dada aos investidores de registrar a causa para que esta seja abrangida pela decisão modelo antes de decidirem efetivamente ajuizar a ação. Trata-se de medida interessante, pois diminui sobremaneira os riscos do litígio, ao mesmo tempo em que funciona como meio de pressão e barganha contra o réu, haja vista que este percebe o volume de requerimentos e os valores pretendidos, orientando-o a tentar resolver a questão através de acordo.

Aliás, este é outro ponto relevante da reforma da *KapMuG*: a formalização de acordo a partir da aceitação pelo tribunal regional. O procedimento necessário exige que autor e réu principais formalizem o acordo por escrito, o qual, uma vez aceito pela Corte, produzirá efeito sobre todas as partes-interessadas, que tiveram suspensos seus feitos individuais. Em respeito ao contraditório, estas partes serão ouvidas sobre a proposta de transação. Se decidirem não aceitar o acordo, poderão exercer seu direito de exclusão (*opt-out*) - outra importante diferença em relação ao IRDR, que não permite a ocorrência de acordo (julga-se apenas a tese

---

<sup>8</sup> Cavalcanti (2016) explica que os erros contidos nos prospectos informativos acerca do patrimônio da empresa possibilitaram um prejuízo de mais de 150 milhões de euros e o ajuizamento de mais de 13 mil ações individuais no período de 2001 a 2003, o que provocou a paralisia da Câmara de Direito Comercial do *Landesgericht* de Frankfurt. Brock e Rekitt (2013) referem a mais de 17 mil ações autônomas decorrentes do caso Telekom.

jurídica e não o caso concreto) e não permite o *opt-out*. Contudo, se mais de 30% das partes interessadas utilizarem o direito de *opt-out*, o acordo torna-se ineficaz, visto que ainda persistirá no Judiciário uma imensa demanda de ações individuais que precisarão de resolução de mérito. Da decisão que reconhece a validade do acordo, não cabe recurso (CAVALCANTI, 2016).

É relevante compreender o procedimento do *musterverfahren* e dos demais institutos estrangeiros para posterior estudo do instituto brasileiro, cujas diferenças começaram a ser apontadas nos parágrafos acima.

Cabral (2007) esclarece que o procedimento de coletivização necessita de um pedido do autor ou do réu, com a indicação do objetivo de interesse coletivo, os pontos litigiosos a serem resolvidos, os meios de prova a produzir e a demonstração de repercussão extraprocessual. A parte adversa deve ser ouvida acerca do pedido de instauração do *musterverfahren*.

A admissibilidade do feito é de exclusiva competência do juízo de origem, o qual, uma vez tenha decidido dar seguimento ao feito, transmite a competência de julgamento para o tribunal regional de segunda instância (doravante referido por OLG). Note-se que “essa decisão é irrecorrível e vinculativa para o OLG” (CAVALCANTI, 2016, p. 67). Portanto, destaca-se que o mérito do incidente é fixado pelo juízo de origem (CABRAL, 2007), que vincula o juízo hierarquicamente superior quanto ao objeto de decisão.

Não é admitido requerimento para instauração de Procedimento-Modelo quando a causa estiver pronta para julgamento, quando puder prolongar ou postergar indevidamente o processo, quando o meio de prova requerido for inadequado, quando as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento, ou ainda quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva (KapMuG §1 (3)). Em verificando tais hipóteses, deve o juízo rejeitar o requerimento. (CABRAL, 2007, p. 128-129)

Antes, porém, deve ser dada ampla publicidade ao pedido, através de publicação nos órgãos oficiais e registro em cadastro eletrônico de acesso público e gratuito (*Klageregister*). O cumprimento desses requisitos promove a automática interrupção dos processos pendentes de matéria isomórfica, como acentua Cavalcanti (2016), inclusive dos processos cujas partes não requereram a coletivização de qualquer matéria – numa demonstração explícita de fonte de inspiração do direito brasileiro.

Interessante notar que a suspensão de tramitação dos feitos faz nascer o prazo de um mês para que os autores individuais optem por desistir da ação, em ato unilateral, evitando, dessa forma, serem alcançados pela decisão a ser proferida no incidente de coletivização. Como bem salienta Cavalcanti (2016), o ato de desistência não é igual a possibilidade de *opt-*

out existente nas *class actions* americanas ou mesmo nos casos dos acordos recebidos pelo OLG com base na *KapMuG*, no qual a parte evita a incidência dos efeitos da decisão coletiva, mas continua buscando julgamento apartado de mérito do seu processo individual. Neste caso, a opção pela desistência encerra a demanda individual sem solução de mérito.

Além disso, é necessário que haja, no prazo de 6 meses, no mínimo, mais nove requerimentos de coletivização por meio do *musterverfahren*, sob pena de ser indeferida a instauração e os processos terem realizados seus julgamentos individuais.

Mendes (2014) esclarece que o *Bundesgerichtshof*, o Tribunal Federal de Justiça, a mais alta corte de jurisdição ordinária alemã, decidiu que o número mínimo de dez pedidos pode ser contado por litisconsorte, de modo que um único requerimento, subscrito por dez autores, seria suficiente para instauração do procedimento.

O processamento do *musterverfahren* exige a escolha do líder para os autores e (eventualmente) para os réus (quando houver multiplicidade de partes no pólo passivo). Ou seja, os líderes atuarão como os interlocutores da Corte Jurisdicional, os responsáveis pela estratégia jurídica e que também devem funcionar como porta-voz dos interesses da coletividade por ele representada. Há, portanto, preocupação com a qualidade da representação.

Cavalcanti (2016) destaca que a *KapMuG* dispõe de alguns critérios a serem utilizados na escolha do líder:

(a) o candidato deve ser escolhido entre as partes que tiveram os processos individuais suspensos; (b) o candidato deve ter representatividade adequada para defender os interesses das partes envolvidas no litígio em massa; (c) a Corte deve verificar a existência de um acordo firmado entre os autores dos processos individuais com o objetivo de indicação de um autor-principal; e (d) o Tribunal deve considerar o montante da dívida discutida no processo individual” (p. 72)

Em caso de desistência por parte do autor-principal (líder), de insolvência superveniente ou na ausência de condições de adequada representação, este será exonerado pelo juiz e substituído por outro que preencha os critérios legais exigíveis.

É garantida a participação no feito de todos os demais interessados. Estes não podem contradizer ou contrariar a parte-principal, mas podem contribuir para integração de provas e argumentos, inclusive requerendo o alargamento do objeto do incidente, desde que demonstrem a relevância da matéria e sua identificação com as questões de fato reconhecidas pelo juízo de origem que admitiu o *musterverfahren*. Essa amplitude para auxiliar a construção do contraditório também encontra paralelo no IRDR.

Cabral (2007) destaca com propriedade que a suspensão dos processos que contêm as questões coletivizadas pelo incidente torna todas as partes daqueles feitos automaticamente intervenientes e, portanto, sujeitas aos efeitos da decisão, tenham ou não intervindo direta e voluntariamente no incidente (o que foi importado para o direito brasileiro). O autor salienta que a legislação trata a participação dos interessados através da “*beiladung*, uma curiosa modalidade interventiva, às vezes assemelhada às intervenções de terceiro, outras similar ao litisconsórcio” (CABRAL, 2007, p. 131). Por isso, o autor refere-se a estes como intervenientes, terceiros ou interessados.

Cavalcanti (2016) prefere utilizar o termo “partes intervenientes” ou “partes interessadas” para designar os litigantes das demandas repetitivas suspensas. E justifica isso através do fato de que a coisa julgada alcança os litigantes individuais ausentes (no sentido de não participante direta e pessoalmente do contraditório) justamente porque a *KapMuG* os considera verdadeiras partes do procedimento-modelo.

De fato, é importante estabelecer que a decisão-modelo do *musterverfahren* produz coisa julgada, *pro et contra*, alcançando as partes principais, as partes-interessadas e possuindo efeito vinculante aos juízes de origem. “A única forma de não ser atingido pelos efeitos da decisão, proferida nos autos do incidente coletivo, é com o pedido de desistência da demanda individual, já que não há possibilidade de pedir simples exclusão (*opt-out*)” (NEVES, 2017, p. 33), ressalvada a auto-exclusão de eventual acordo.

Não há vinculação da *ratio decidendi* aos processos futuros, sendo requisito de abrangência da decisão a litispendência. A decisão, portanto, não alcança os processos individuais futuros, justamente porque inexistiu, para estes, a participação em contraditório, condição que merece a máxima atenção e destaque. Não se pode negar a existência de precedente (persuasivo), mas não há uma norma-precedente, uma decisão obrigatória e vinculativa, como haverá no julgamento do IRDR.

Única exceção é acerca dos interessados que fizeram o requerimento de ingresso no incidente sem ajuizar a ação individual autônoma, interrompendo a prescrição e podendo, posteriormente, requerer a aplicação da decisão sobre sua situação jurídica, em demanda futura.

Pelo caráter didático, apresenta-se uma ilustração (Figura 1) do procedimento coletivo trazido pela lei *KapMuG*, através do diagrama de Brock e Rekitt (2013a):

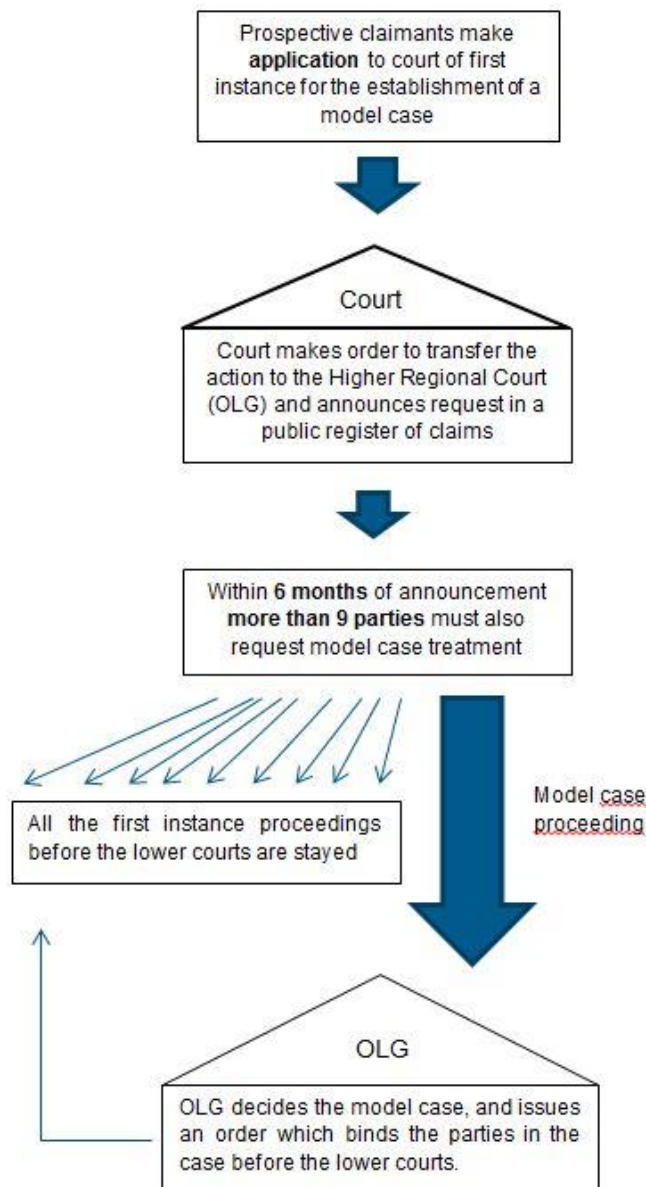


Figura 1: Ilustração do processo segundo a KapMuG  
Fonte: Brock e Rekitt (2013\*)

A decisão de mérito do incidente coletivo é passível de recurso, cuja legitimidade para recorrer cabe a qualquer um dos sujeitos aos efeitos da decisão. Igualmente ao procedimento originário, em grau recursal existe um líder, cujo recurso, as demais partes podem aderir e acrescentar razões. O Tribunal Federal de Justiça manterá como líder a parte-principal que recorreu. Todavia, como salienta Cavalcanti (2016), se o recurso for interposto por uma parte-interessada, então o BGH designará como recorrente-principal aquele que primeiro efetuar a interposição de recurso.

Não há razão para que a escolha do recorrente-principal não se dê pelos mesmos critérios legais da escolha do líder, buscando sempre averiguar a adequada representação. O

critério temporal, neste caso, não parece fazer qualquer sentido, tendo em vista que as partes podem se valer do prazo legal integral para interpor o recurso, não podendo a lei imprimir um açodamento para prática do ato, uma espécie de corrida ao protocolo para assunção da liderança, com a finalidade exclusiva de ser designado, por força de lei, o responsável pela tomada de decisões estratégicas na condução do feito, agora, em grau recursal. No Brasil, defende-se que a legitimidade recursal é ainda maior, eis que o interessado na uniformização do tema, ainda que tenha ação em tramitação em órgão do judiciário que se encontra fora do âmbito de competência do tribunal que julgou o IRDR, pode requerer a padronização nacional, em pedido de suspensão coletiva para todo o território nacional, em respeito a própria finalidade da política pública que realiza.

Um último ponto de destaque da lei, no que concerne à matéria de interesse da pesquisa, diz respeito ao ônus econômico do processo. Há no incidente alemão uma preocupação com a distribuição equitativa dos custos. Para isso, levam-se em consideração as cotas-partes dos envolvidos, calculadas na proporção de suas pretensões em relação ao montante global, o grau de êxito e a participação efetiva de cada parte, de modo que no momento da suspensão dos processos, é fornecida informação às partes acerca da repartição de despesas (CABRAL, 2007). Outro ponto que deveria ter sido observado com mais cautela pelo procedimento eleito no Brasil, uma vez que, simplesmente, não há previsão de custos para a tramitação do IRDR, criando estímulo negativo à propositura do incidente pelas partes (na sua maioria, os IRDR são propostos pelos membros do Ministério Público e do Judiciário).

O *musterverfahren* apresenta preocupações louváveis que devem permear a legislação nacional paralela, de modo que a inspiração estrangeira sirva para que o correspondente nacional não perca de vista algumas das garantias que julga mais relevantes, por suas previsões constitucionais. Nesse sentido, dá-se o reconhecido destaque, na legislação alemã, para a qualificação dos legitimados a participar do incidente como partes, com chance de intervir ativamente no feito, o processo de escolha do líder, a coletivização apenas sobre processos litispendentes e o regime de previsão de custas, como características a serem observadas na comparação com o IRDR brasileiro.

### **2.3 O incidente de resolução de demandas repetitivas**

Faz-se necessário, a partir de agora, o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Código de Processo Civil brasileiro, nascido a partir do estudo do direito comparado, cuja influência extravasa, logicamente, os limites do *musterverfahren*, a

despeito de ser este o único instituto expressamente referido na exposição de motivos do código como fonte normativa inspiracional ao IRDR brasileiro. Para compreensão do incidente, deve-se ir além do conceito e cabimento, alcançando seus fundamentos e observando eventuais discussões de (in)constitucionalidade de normas, o que se alcançará mais a frente nesta dissertação. No estudo do instituto processual, será inevitável apresentar seu procedimento, restringindo-se, contudo, às normas que possam ter relevância na verificação da ocorrência (ou não) de representatividade de todos os que terão seus conflitos vinculados aos efeitos materiais da decisão e, ainda, para poder entender os motivos que levaram a criação deste incidente, dentro de uma teoria do Direito, como objeto de políticas públicas.

Para compreensão do incidente de resolução de demandas repetitivas é necessário, desde logo, destacar os dois núcleos que compõe seu nome: “incidente” e “demandas repetitivas”.

O núcleo principal referido acima serve para caracterização do objeto que será resolvido pelo incidente: as “demandas repetitivas”. Didier Júnior (2016, p. 286) ensina que “a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a pretensão processual relativa à relação jurídica substancial posta à apreciação do Poder Judiciário”. De fato, demanda diz respeito ao bem da vida postulado em juízo e que constitui o núcleo do pedido, caracterizador da relação jurídica material. Todavia, como aponta Temer (2016), não usou da melhor técnica o legislador ao denominar demanda repetitiva, visto que a instauração do incidente pode servir para resolver questões comuns de direito material ou processual, as quais, muitas vezes, sequer mantêm relação direta com o conflito subjetivo levado a apreciação do Judiciário, como por exemplo, “nas discussões referentes a contagem de prazos, requisitos formais para admissibilidade de recursos, formalidades para atos de comunicação processual” (TEMER, 2016, p. 60) . Conclui assertivamente a autora que “o IRDR visa a solucionar questões repetitivas e não necessariamente demandas repetitivas”.

Todavia, maior problema existe na identificação da natureza jurídica do instituto. Incidente ou incidental refere-se a tudo que permeia algo. Deste modo, para que se verifique um incidente, é necessária a pré-existência de um processo e que este continue em curso para que se possa requerer a instauração do IRDR. Cavalcanti (2016) destaca a natureza jurídica do IRDR, afastando sua compreensão como ação ou como recurso, e reconhecendo-o como verdadeiro incidente processual coletivo, a partir da identificação de todas as características de um incidente processual: acessoriedade, acidentalidade, incidentalidade e processamento por um procedimento incidental.

Temer (2016) combate o entendimento de que o IRDR seria técnica de processo coletivo, admitindo-o como meio processual objetivo, o que considera situação incompatível e excludente. A autora reconhece a existência de um movimento de objetivação do processo ou, em igual significado, de dessubjetivação, principalmente a partir do novo CPC. A “técnica do IRDR não pretende tutelar direito subjetivo diretamente, já que opera pela lógica da abstração em relação às situações subjetivas concretas para fixar uma tese jurídica padrão” (p. 88). Essa tese jurídica será aplicada obrigatoriamente a todas as causas de questões de direito idênticas, em que há a incidência da mesma hipótese normativa sobre o suporte fático tipo, identificado no julgamento do IRDR.

Trata-se, de fato, em afastar a tese de que o IRDR julga “causas-piloto” e admiti-lo como “procedimento-modelo”, não havendo prolação de decisão sobre o conflito objeto do processo tomado como ponto de partida para identificação da questão repetitiva e que deu início ao IRDR. A decisão do incidente é tão somente para fixar a tese jurídica em abstrato.

Esta última assertiva tem base em seis fundamentos principais. Em primeiro lugar, a legislação proíbe a cognição de fatos, admitindo apenas a existência de “fatos pressupostos, projetados e generalizados” (TEMER, 2016, p. 73), limitando o âmbito da decisão sobre questões de direito. Sem apreciação dos fatos controvertidos, não há como se falar em decisão da demanda original.

Cabral (2007) explicita uma importante diferença do IRDR ao procedimento do *musterverfahren*. Neste, o objeto de cognição pode ser, tanto questão de fato, como de direito, “o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual” (p. 128). A legislação nacional limita à solução de questões de direito, de modo que, necessariamente, o julgamento da causa se dará em momento posterior.

Ademais, também é exigência legal que sejam tomados dois ou mais processos com o desenvolvimento da questão paradigma, de modo a representá-la fidedignamente e com profundidade de argumentos. Como resolver, no julgamento do IRDR, estes dois (ou mais) casos que, na grande maioria das vezes, envolverão sujeitos distintos, cumulação de pedidos distintos e causas de pedir também variadas, conforme os fatos concretos apresentados em cada processo paradigma? Seria, no mínimo, temerário exigir uma decisão da causa ou imaginar recorrente homogeneidade nas questões de fato e de direito para que se pudesse admitir resolução da demanda e não fixação da tese em abstrato.

Ao lado destes dois primeiros fundamentos, destaca-se que a afetação da questão de direito por meio do recebimento da causa paradigma (dois ou mais processos) instauradora do

incidente pode acarretar na suspensão de tramitação de feitos apenas “parcialmente coincidentes” que teriam, na hipótese de julgamento da causa-piloto (tese que ora se refuta), apresentada uma “meia solução” (da parte coincidente). Isso criaria diferentes competências no tribunal, pois seria necessária uma formação colegiada especial para as questões repetitivas e a formação regular para as demais.

Ou, ainda, a questão de direito comum poderia ser exclusivamente processual, de modo que a tese jurídica desenvolvida no IRDR não manteria qualquer relação com o mérito da demanda, impossibilitando, portanto, o julgamento da causa por meio do incidente. Cita-se, ilustrativamente, o acórdão do IRDR nº 0018-81.2017.5.08.00000, proferido por ocasião do segundo IRDR julgado em terras paraenses, pelo Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região, cujo objeto fora a obrigatoriedade de determinação de emenda, com apontamento do ponto a ser saneado, antes da extinção da reclamação trabalhista por inépcia. Evidente que os processos ali reunidos tratam dos mais diferentes e variados pedidos.

Além disso, a natureza objetiva da decisão do IRDR justifica a preocupação com a ampliação do contraditório e da garantia de representatividade na fixação da tese jurídica. Aliás, preocupação evidenciada nos institutos estrangeiros. Promovendo-se o julgamento direto da causa, haveria limitação no ingresso de terceiros ao debate, o que prejudicaria o desenvolvimento das discussões e, no plano final, a própria segurança jurídica<sup>9</sup>.

Por último, um argumento trazido a partir da percepção do procedimento, não menos importante, contudo: a desistência do recurso ou da ação (se fosse admitida a condição de “causa-piloto”) não impede o julgamento do IRDR, o qual terá solução, independentemente da permanência das causas paradigmas originais. Cunha (2010) salienta que a permanência do julgamento após a desistência não constitui novidade, pois existem outros modelos no processo coletivo brasileiro, que, igualmente, não admitem a desistência, como a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Essa condição ressalta o teor de produção de tese jurídica abstrata, portanto, da adoção de procedimento-modelo, pois sequer haverá demanda concreta a ser solucionada, uma vez homologada a desistência.

Ao lado de todos esses, aponta-se a ausência de previsão legal de ônus sucumbenciais como demonstração de que não existe julgamento de causa, mas do tema repetitivo. Aliás, é fator de severas críticas a inexistência de qualquer previsão de custo para o processamento do IRDR, o que também implica em prejuízo ao interesse na propositura do incidente e

---

<sup>9</sup> Cavalcanti (2016, p. 198) ressalva a absoluta irrelevância da qualidade ou da representatividade do legitimado que requereu e atuou no IRDR, posição contrária a defendida nesta pesquisa.

desestímulo na assunção da condução do incidente coletivo por advogado, com consequência óbvia e direta na adequação da representação, como se defenderá mais a frente.

Observe-se que todos os fundamentos acima corroboram o entendimento de que o julgamento do IRDR fixa a tese jurídica (caso-modelo) e não resolve a causa original (causa-piloto). Todavia, esses fundamentos não servem e nem são suficientes para afastar a natureza de processo coletivo do incidente. Essas são assertivas que não se repelem.

Temer (2016) vê uma incompatibilidade de termos, não podendo existir, segundo defende, um processo coletivo abstrato, eis que as ações coletivas não se prestariam a promover a tutela da ordem jurídica objetiva. Todavia, de certa forma contraditória, assevera e reconhece que o IRDR deve conviver com as ações coletivas, cujo sistema jurídico funciona em complementaridade àquele, para resolver problemas de proporções coletivas.

Necessário, então, investigar o que caracteriza um processo coletivo. Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017, p. 182) destacam que a “especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso”, ou seja, é coletivo “o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva” (p. 183). Igualmente, Moreira (2015, p. 427) identifica o fenômeno “ações coletivas” a partir da matéria litigiosa, do próprio litígio que vai ser objeto de apreciação pelo juiz, o qual efetivamente interessará a uma pluralidade de sujeitos. Gajardoni (2016, p. 135) também reconhece que o processo coletivo se caracteriza pelo seu objeto: a tutela de interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Gidi (1995, p. 16) conceitua ação coletiva como “a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”, adotando, portanto o conceito dado às *class actions* americanas, como visto acima.

A questão da legitimidade não parece ser critério identificador do processo coletivo; todavia, não é despidendo que se o utilize no conceito. Explica-se: a questão das características de legitimidade exclusiva, concorrente, disjuntiva ou institucionalmente estabelecida, ou mesmo da natureza jurídica ordinária ou extraordinária (substituição processual), não apresenta relevância para reconhecimento da natureza coletiva, é verdade. A autonomia do legitimado, contudo, retrata questão da maior relevância para toda e qualquer defesa de tutela coletiva: a adequada representação, a qualidade do “autor coletivo em se tornar adequado portador dos interesses da comunidade” (GIDI, 1995, p. 42). É, portanto, uma consideração de relevância, um adendo ao conceito, que somente auxilia a compreensão da dimensão da tutela coletiva. Por outro lado, ao se admitir as ações repetitivas como ações coletivas, como se está a defender, a ausência de representação adequada não retirará a

natureza coletiva da ação, pois, v.g., no caso do IRDR, a decisão sobre o tema prevalecerá e incidirá na esfera jurídica de todos os titulares do direito sobre o qual se posicionou o Judiciário.

O conceito de ação coletiva proposto por Gidi, ao incluir o elemento “coisa julgada”, quis ressaltar a necessidade da adequada representação, o que se explica pela forte influência do direito estadunidense das *class actions* na formação do autor, de modo que a violação à legitimidade (pela ausência de *adequacy of representation*) implica na perda da autoridade de coisa julgada sobre a comunidade dos *absent members* (GIDI, 2008, p. 65). Justo reconhecer, no entanto, que o autor não trabalhou o conceito admitindo a hipótese (temporalmente posterior) das ações coletivas para resolução de demandas repetitivas. Neste caso, a aplicação do julgamento do IRDR se dará a despeito da adequada representação (no sentido da *adequacy of representation* exigida como ato preliminar de *class action certification*), cabendo a parte que buscar contrariar o tema decidido, demonstrar a ausência de tal ou qual argumentação pertinente para rediscussão da matéria e, deste modo, alcançar eventualmente a revisão da norma-precedente. De mais a mais, conforme Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017a, p. 33), a definição do tema – questão jurídica, objeto do IRDR – se dá através de “incidente que serve à tutela coletiva e não produz coisa julgada”. Portanto, não é a coisa julgada critério de identificação.

Em resumo, é o objeto coletivo – situações jurídicas coletivas - que exige processo coletivo, seja através das ações coletivas, seja através das ações repetitivas (também coletivas). O IRDR terá, por exigência legal de cabimento do incidente, obrigatoriamente uma situação jurídica coletiva como objeto, daí porque não se pode afastá-lo do conceito de ação coletiva. “A repetição da questão em diversos processos faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a questão se repete; surge assim, a situação jurídica coletiva consistente no direito a certificação da questão repetitiva (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 186)”.

Não há, de fato, porque deixar de reconhecer a existência de um processo (incidente) coletivo em razão unicamente de ser o seu objeto uma resolução objetiva do tema jurídico e não a resolução direta e definitiva dos conflitos subjetivos. Existe jurisdição, apesar de sua atipicidade.

Asseverar que os processos coletivos (segundo a classificação tradicional de tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) sempre promovem soluções concretas de aplicação imediata e que isso excluiria o IRDR desta natureza é simplesmente negar o avanço legislativo das tutelas coletivas no Brasil ou admitir que é

possível restringir a percepção do fenômeno jurídico apenas pela existência de uma classificação doutrinária (e não o contrário: avançar a classificação doutrinária a partir da observação dos diferentes fenômenos jurídicos).

Interessante a proposição feita por Araújo (2015), de um quarto tipo acrescido à classificação tradicional dos direitos transindividuais: o da tutela coletivizada. O autor reconhece que nas soluções promovidas pelo IRDR, assim como nos julgamentos dos recursos repetitivos, não há a tutela de um direito individual, mas um direito coletivizado, em razão dos reflexos incondicionais às questões idênticas presentes e futuras.

Logo, mesmo que se admitisse que não houvesse previsão de julgamento da ordem jurídica objetiva por ação coletiva, agora há. Reconhece-se, deste modo, uma categoria nova de “processo coletivo repetitivo”. Há o critério qualificador do processo coletivo apontado por Didier Júnior e Zaneti Júnior: o objeto é a solução de uma situação jurídica coletiva. Não se pode, portanto, negar a natureza coletiva do incidente. Todavia, a formação de uma norma-precedente obrigatória para casos presentes e futuros, assim como a vinculação de todos os membros do grupo (inclusive os *absent members*) independe do resultado do julgamento do tema repetitivo, diante da previsão de revisão do tema a partir da propositura de outro incidente de idêntica natureza, proibindo a identificação da formação de coisa julgada<sup>10</sup>. Observe-se que afirmar que para “*entrar (opt in)* no âmbito de incidência dessa decisão, é preciso que o membro do grupo permaneça com o processo em andamento – por isso o art. 1.040, §2º, CPC”, como fazem Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017, p. 98), é negar a incidência sobre os processos futuros. Por evidente que uma norma-precedente somente terá incidência sobre processo que existe; de igual modo que uma norma qualquer (*in abstracto*) precisa da hipótese fática de incidência. Ambas, norma-precedente e norma legislativa, sem a ocorrência da hipótese fática de incidência (o litígio processual para uma ou o conflito social para a outra), são válidas, estão em vigor e permanecem latentes. Todos aqueles submetidos à jurisdição do âmbito de competência do IRDR (em regra, o incidente é de abrangência estadual ou regional) estão vinculados à decisão sobre o tema repetitivo. Portanto, a identificação da “opção de entrar” (ou de sair) ou é equivocada ou é desnecessária (nesse caso, ainda promove o risco de gerar interpretação errônea sobre o tema). A respeito, Gidi (2003, p. 339) esclarece que “*opting` in a class action, therefore, must be distinguished from*

---

<sup>10</sup> Marinoni (2017) reconhece a ocorrência da coisa julgada material *erga omnes*, apenas ressalvando a possibilidade de (re)discussão do fundamento dedutível (e não deduzido no incidente) para os casos futuros, em razão da evidente falha de adequada representação e impossibilidade do ausente de fiscalizar os fundamentos julgados.

*'intervening' in a class action. By 'opting in', a person becomes a member of the class, not a party to the suit*". O IRDR, em realidade, não dá opção de *opt in* ou de *opt out*, como já salientado acima.

Observe-se que mesmo quando a doutrina entende que o IRDR promove julgamento da causa-piloto, resolvendo a demanda – nesse sentido, Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017a) e Câmara (2017) - contrariamente ao posicionamento defendido anteriormente, há o reconhecimento de que haveria uma transformação de causa-piloto para caso-modelo, eis que é obrigatório o prosseguimento do julgamento após a desistência sobre o feito paradigma escolhido, de modo que se torna mandatário a uniformização da tese, mesmo sem existir processo tramitando no tribunal<sup>11</sup>. Em qualquer caso, seja de resolução subjetiva de conflito (caso-piloto), seja de solução objetiva da ordem jurídica (tese jurídica no caso-modelo), asseveram os autores estarem diante de processo coletivo, pela especificidade do objeto. Como se defendeu acima, trata-se, portanto, de “processo coletivo repetitivo”, com características próprias que o qualificam dentro das tutelas coletivas.

De mesmo modo, uma ação de controle concentrado de constitucionalidade será processo coletivo em razão da irradiação *erga omnes* e irrestrita<sup>12</sup> da decisão lá proferida e, portanto, responde ao microsistema de tutelas coletivas, naquilo que não tiver previsão específica. Não há novidade aqui.

Trata-se de reconhecer também a integração do IRDR ao microsistema processual coletivo. Aliás, essa percepção foi objeto confessado na exposição de motivos do anteprojeto do CPC (BRASIL, 2010). O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC produziu o Enunciado 345, no qual reconhece que o IRDR e os recursos repetitivos constituem um microsistema para solução de casos repetitivos:

Enunciado 345: O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.

Cavalcanti (2016) também reconhece um modelo de solução de casos repetitivos formado pelo IRDR e pelos recursos repetitivos e vai além, reconhecendo que este modelo é abrangido pelo microsistema processual coletivo, cuja base se dá (não exclusivamente) pelo CDC e pela LACP.

<sup>11</sup> Didier Júnior e Zaneti Júnior (2017, p. 101) salientam exceção em caso de escolha de ação coletiva para caso-piloto, cuja desistência será sempre ineficaz para fim de julgamento do feito.

<sup>12</sup> Não haverá efeito *erga omnes*, contudo, quando houver previsão, nos julgamentos, de efeitos modulados, cuja ocorrência, na maioria das vezes, justifica-se pela necessidade de proteção da segurança jurídica e/ou para possibilitar efeitos práticos concretos, sem permitir a quebra da economia, de um setor produtivo e etc.

Ora, ao fim e ao cabo, não há como negar se tratar de “um mecanismo processual incidental que visa, prioritariamente, resolver coletivamente os conflitos de massa” (CAVALCANTI, 2016, p.204), o que destaca sua natureza jurídica de incidente processual coletivo.

Todavia, há uma atecnia no uso do termo incidente. Isto porque o dito “incidente” constitui, em realidade, um “processo incidental” de natureza objetiva. A distinção decorre, segundo Mendes (2015), do fato de se estabelecer uma nova relação jurídica, com julgamento abstrato, cuja tese será vinculativa as demandas múltiplas que contém a mesma questão de direito.

Tesheiner (2016) resume a natureza do IRDR como um processo objetivo incidental a um processo individual ou coletivo, cuja legitimidade de instauração decorre da lei e abarca sujeitos além das partes, servindo para criação de uma norma jurídica, com evidente eficácia *erga omnes*. Reconhece o autor a existência de um procedimento de caráter híbrido jurisdicional-legislativo (dada a força vinculativa, inclusive, para o futuro).

Assim, o IRDR bem poderia chamar-se “processo incidental para resolução de questões repetitivas”. Contudo, pelo uso já difundido e pela escolha do legislador, far-se-á o uso das expressões “incidente” e “demandas repetitivas” ao longo desta dissertação, uma vez feitas as ressalvas devidas neste capítulo.

De tudo o que foi dito, é possível sintetizar o IRDR como uma técnica de solução de questões repetitivas, na qual se fixará a tese jurídica em abstrato, decorrente da construção de um procedimento-modelo, sem resolução, de *per si* (num primeiro momento), do conflito subjetivo, aplicando-se a tese jurídica posteriormente (etapa seguinte) aos casos que lhe deram origem, a todos os demais casos pendentes (e que foram suspensos) e, ainda, às hipóteses futuras, uma vez sejam ajuizadas, desde que contenham idênticas questões de direito, aplicáveis a determinados fatos pressupostos identificados e balizados na decisão uniformizadora vinculante.

O Código de Processo Civil apresenta as bases do IRDR no artigo 976<sup>13</sup>, permitindo identificar seu cabimento. De fato, a norma “dimensiona os requisitos para a instauração do incidente, com a conjunção dos seguintes: questão somente de direito; multiplicidade efetiva; risco de ofensa à isonomia ou à segurança” (LEMOS, 2017).

---

<sup>13</sup> Art. 976 - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;  
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (BRASIL, 2015).

Aos requisitos identificados acima, Cavalcanti (2016) acrescenta outros dois: a necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente, além do pressuposto negativo, previsto no parágrafo quarto do artigo<sup>14</sup>, qual seja, a inexistência de afetação da questão pelos tribunais superiores. Pela sua inerente relevância e pela sua não uniformidade de interpretação doutrinária, os requisitos merecem um olhar mais aprofundado.

O primeiro requisito diz respeito à exclusividade do objeto do incidente às questões de direito. Observe-se que, em determinado momento, o projeto de lei foi alterado para incluir no seu texto questões fáticas - aproximando-se do *musterverfahren* e da *GLO* britânica - as quais acabaram sendo suprimidas da versão final.

ARAÚJO (2015) salienta que o termo “questão” pode ter diversos sentidos e, por isso, é necessário definir qual desses significados deve ser empregado no caso do IRDR. Aduz o autor que “questão” pode assumir o significado de antecedente, mérito (objeto de decisão judicial) ou mesmo de fundamento; pode se referir ao objeto de cognição ou ao objeto de decisão; pode ser de fato ou de direito; pode significar ponto duvidoso ou litigioso. Conclui que é razoável entender questão como o tema (objeto) de direito que será coletivizado em razão do caráter vinculante do incidente.

Em clara crítica à lei, Cavalcanti (2016, p. 220) entende “*de lege ferenda*, ser plenamente possível a utilização do IRDR para dirimir questões predominantemente fáticas. Para isso, essas questões precisam decorrer de origem comum e ser homogêneas”, salientando o papel do incidente para resolver questões comuns repetitivas, no lugar de permanecer a definir as situações individualmente. Mendes (2017), por sua vez, acredita que a limitação a questões jurídicas decorre da falta de experiência do Judiciário brasileiro com o modelo de julgamento trazido pelo IRDR e que, sendo positiva a experiência desse julgamento coletivizado, a ampliação às questões comuns de fato virá futuramente e de forma mais madura. Cabral (2017) defende que se faça desde logo uma interpretação extensiva do artigo, partindo do pressuposto que não há vedação expressa ao uso do IRDR para solução de questão fática repetitiva, comum a vários processos.

Apesar do acerto dos argumentos expostos para inclusão das questões de fato comuns e repetitivas, exatamente como ocorre nos procedimentos similares do direito comparado, inclusive a *GLO* e o *musterverfahren*, o IRDR definirá apenas temas jurídicos a serem

---

<sup>14</sup> Art. 976, § 4º - É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (BRASIL, 2015).

aplicados para solução dos casos concretos<sup>15</sup>, como vêm decidindo os tribunais pátrios até o momento.

Todavia, é possível apontar um julgado que, a pretexto de discutir questão de direito, resolveu verdadeiramente questão fática. Trata-se do IRDR nº 040/2016 julgado pela Turma de Uniformização de Interpretação da Lei, integrante do Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, proveniente de pedido de instauração formulado pelos magistrados que compõe a 3ª Turma Recursal e que tomou como caso-modelo o Recurso Inominado nº 0017173-74.2015.8.08.0014, cuja ementa de julgamento, proferida em 10.03.2017, foi a seguinte:

EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – 040/2016. SUSCITANTES MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE. INTERRUÇÃO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DE FUNDÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. POLUIÇÃO DO RIO DOCE. DECISÕES CONFLITANTES. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS A TERCEIROS. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DANO MORAL EM R\$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PARA TODAS AS AÇÕES. REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS INDIVIDUALMENTE. NECESSIDADE APRESENTAÇÃO CONTA ABASTECIMENTO DE ÁGUA - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, autuado sob o nº 040/2016, deflagrado pelos MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE, apontando dissensões nas decisões das inúmeras ações protocolizadas junto aos Juizados Especiais Cíveis, sendo conflitante o reconhecimento do dano, bem como valores lançados em sentenças totalmente divergentes. Ações visam à reparação civil decorrente de ato ilícito praticado pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, tendo como causa de pedir os danos advindos da falha na prestação de serviços, que resultou no rompimento de barragens de rejeitos de Fundão no Estado de Minas Gerais, interrompendo o abastecimento de água potável nas cidades banhadas pelo Rio Doce, bem como na Vila de Regência, município de Linhares. Adoção da Teoria do Risco Integral para os casos de dano ambiental, responsabilidade objetiva da Samarco Mineração S/A. Responsabilidade objetiva por danos a terceiros. Dano Ambiental Individual, também chamado de dano ricochete ou reflexo. Cada munícipe lesado tem o direito constitucional de ser integralmente reparado na sua esfera individual pelos danos sofridos, desde que morador da área afetada. Danos Morais fixados pela falta de abastecimento de água em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma individual, para todas as ações ajuizadas. Necessária apresentação conta de abastecimento de água comprovando o domicílio do postulante se residente na área afetada. Colégio Recursal dos Juizados Especiais.

A despeito do posicionamento ora adotado nesta pesquisa de que o órgão julgador do IRDR para o caso (Turma de Uniformização dos Juizados Especiais) é absolutamente incompetente, pois a decisão dos juízes que compõe a turma de juizado não pode ser vinculante para todo o Estado, inclusive perante as turmas de desembargadores do Tribunal de

---

<sup>15</sup> Não conhecendo do IRDR por envolver discussão de matéria de fato: IRDR nº 70071126494 TJ/RS; IRDR nº 20170020003040 0000407-44.2017.8.07.0000 TJ-DFT; IRDR nº 21263925820178260000 SP 2126392-58.2017.8.26.0000 TJ-SP.

Justiça, o incidente em questão apresentou o seguinte posicionamento quanto às matérias submetidas a julgamento: (1) fixação da tese jurídica do reconhecimento de responsabilidade objetiva da Samarco por danos ambientais a terceiros; (2) fixação da tese jurídica do reconhecimento de dano individual indenizável decorrente da falta de abastecimento de água; (3) fixação da tese fática de que os danos morais dos moradores são iguais e indenizáveis em R\$1.000,00 (um mil reais).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo não admitiu o IDR n° 0038578-77.2016.8.08.0000 que também versava sobre o mesmo caso de repercussão nacional (e internacional) da tragédia ambiental de Mariana. A questão é interessante pelo inusitado. O julgamento dá conta da existência de três IRDRs propostos perante o mesmo tribunal: o IRDR distribuído sob o n° 0039689-96.2016.8.08.0000, na relatoria do desembargador Dair José Bregunze de Oliveira; o IRDR distribuído à turma de uniformização dos juizados especiais, referido acima; e o próprio IRDR em apreciação, além de uma Reclamação, sob a relatoria do desembargador Wallace Pandolpho Kiffer, questionando a tramitação do IRDR perante a Turma dos Juizados Especiais. O primeiro IRDR destes citados versa sobre a necessidade de comprovação de legitimidade do autor através de prova documental específica, qual seja, juntada de conta de água para formulação do pedido indenizatório, além da fixação do valor do dano moral em R\$10.000,00 (dez mil reais) – novamente, há tentativa de resolução coletiva de matéria fática. O IRDR da turma de uniformização versa sobre a possibilidade de indenização individual decorrente da falta de abastecimento de água. O terceiro IRDR - inadmitido - versa sobre a possibilidade de indenização individual decorrente do dano ambiental puro. Observadas as diferenças do objeto (tema) de cada IRDR, o relator designado, Desembargador Adalto Dias Tristão, não admitiu este último incidente referido por ausência de dois requisitos: (a) não comprovação de violação à segurança jurídica e isonomia; (b) existência de controvérsia sobre questão de fato. A respeito deste último, decidiu:

Não há como padronizar situações fáticas diversas, tendo em vista a existência de várias situações e diversidade de ações em curso, as quais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração as peculiaridades que cada feito apresenta, pois avalia diversos requisitos de cabimento do IRDR

Ou seja, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo admitiu e julgou IRDR sobre a questão da tese fática de que os danos morais dos moradores afetados pela falta de abastecimento de água são iguais e indenizáveis em R\$1.000,00 (um mil reais) e, por outro

órgão, inadmitiu o IRDR por não ser possível a apreciação de questão de fato, qual seja, as peculiaridades de cada envolvido em consequência à tragédia ambiental de Mariana.

Em relação à segurança jurídica e isonomia, a despeito da existência de mais de 17.000 causas autônomas versando sobre danos morais decorrentes do mesmo acidente ambiental, a decisão aponta que as varas cíveis do Estado estariam julgando “improcedentes” os pedidos indenizatórios, não restando a demonstração de insegurança jurídica, por não haver divergência de interpretação da lei. Por outro lado, as varas de juizados especiais, apesar de estarem julgando “procedentes” os pedidos indenizatórios decorrentes dos mesmos fatos, as decisões ali produzidas não poderiam ser objeto de conhecimento daquele IRDR, em razão de já existir um outro IRDR, tramitando na turma de uniformização, a respeito do qual a Reclamação oposta (sobre competência) não tinha ainda apreciação final do mérito.

Portanto, o mesmo Tribunal de Justiça do Espírito Santo apresenta, em seus julgados de IRDR, a aceitação e a inadmissão do incidente por envolver questão fática. Igualmente, o tribunal admite que coexistam decisões que reconhecem e negam o dano moral individual indenizável decorrente do mesmo fato: o IRDR da turma de uniformização não somente determina o pagamento de indenização, como também fixou valor único para todos, asseverando que inexistem peculiaridades entre as partes; o IRDR do tribunal admitiu a existência das sentenças de improcedência das varas cíveis, ressaltando, porém que, entre si, não possuíam divergência, de modo a não considerar preenchido o requisito da violação a isonomia e segurança jurídica.

A respeito do arbitramento coletivo de valores indenizatórios, vale notar que um dos fatores de maior complicação para o processamento das *class actions for damages* no direito estadunidense é justamente as particularidades de cada indivíduo a receber a indenização decorrente do mesmo fato: a *commonality* e o caráter de predominância, já referidos anteriormente.

Resta evidente, portanto, que o desenvolvimento de uma política pública judiciária para proteção do direito fundamental de acesso à justiça, através da implantação legislativa do IRDR para solução das causas de massa (como se enquadram com perfeição as mais de 17.000 causas já registradas pelo Poder Judiciário daquele Estado), não permite uma interpretação que possibilite a convivência de decisões díspares e a produção de normas-precedente vinculativas em sentidos antagônicos, proferidas por mais de um órgão judiciário. O estudo aprofundado do instituto, a partir do exemplo posto, ganha ainda maior relevância se há realmente a intenção de que haja sucesso nos objetivos da política pública desenvolvida e

não, apenas, uma burocratização procedimental que permita a continuidade da insegurança jurídica.

Tais ocorrências fazem valer as advertências de Didier Júnior e Temer (2016) por meio das quais elevam a importância de que os tribunais regulamentem, mediante normas internas (regimento interno), questões relativas ao processamento dos novos institutos, como o IRDR, suprindo as lacunas da legislação processual e aprimorando as deficiências do sistema, principalmente no que concerne a atuação do relator.

De fato, ainda serão muitas as dificuldades e ajustes. É verdadeiramente salutar que o Brasil inicie a aplicação do instituto para resolução de questões jurídicas e, somente após consolidá-la, venha ampliar para as questões fáticas comuns. Mendes (2017) propõe, ainda, que o incidente possa reunir e resolver mais de uma questão jurídica, seguindo o exemplo de funcionamento do *Musterverfahren*, assim como a divisão metodológica em subclasses, facilitando a fixação das teses. Os tribunais pátrios vêm permitindo a cumulação de diferentes teses jurídicas que, reunidas, possam facilitar a apreciação dos argumentos representativos aos conflitos que precisarão ser decididos. Por exemplo, o IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, julgado em 31.08.2017 pelo E. TJE-SP, decidiu sobre os seguintes temas de forma cumulada: I. Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato; II. Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento; III. Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora; IV. Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores; V. Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso; VI. Ilicitude da taxa de evolução de obra; VII. Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro; VIII. Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes; e IX. Aplicação da multa do art. 35, parágrafo 5º, da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente.

A lei exige ainda a multiplicidade de processos repetidos litispendentes com questão idêntica, em razão do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Vale notar que o requisito não exige literalmente a multiplicidade de decisões antagônicas sobre a mesma questão de direito, mas a pluralidade dos litígios que possam vir a provocar a insegurança jurídica e quebra de isonomia. Todavia, a interpretação literal não parece ser a melhor solução. Mendes (2017) destaca a necessidade de risco concreto e não

abstrato, pois, do contrário, o inciso II do art. 976 do CPC se mostraria inócuo. Ademais, é útil verificar que o projeto de lei destacava o caráter preventivo da norma, pois regulava “a controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos” e que foi alterado após intensa crítica doutrinária, tendo em vista a necessidade de se aprimorar os argumentos que permitirão a decisão segura do incidente (CAVALCANTI, 2016, p. 209). É justamente essa exegese que permite afastar a incidência do IRDR quando não há a controvérsia demonstrada: permaneceria o risco de uma possível deficiência argumentativa, sem que o Judiciário tivesse produzido decisões conflitantes.

Contudo, é possível imaginar hipoteticamente uma questão de direito cuja competência de julgamento seja originária do tribunal (imagine-se uma questão de concurso público que envolva centenas ou milhares de pessoas impetrando mandado de segurança individual e, concomitante, a existência de mandado de segurança coletivo, sendo todos contra ato do Governador do Estado, como autoridade coatora). Haverá que se aguardar decisões conflitantes (ou seja, ocorrer a divergência e a aplicação não igualitária) para que se possa requerer o julgamento da questão por meio de IRDR? Sim. Ainda que possa parecer estranho que o próprio tribunal prefira produzir decisões conflitantes como requisito de admissibilidade do incidente, a prevenir a ocorrência de fragilidade ao tratamento isonômico das partes envolvidas, o questionamento não retira a validade dos dois principais argumentos para a resposta positiva ora preferida: a presunção indevida (e impossível) de que serão proferidas decisões conflitantes (eis que poderá o Judiciário julgar de modo uniforme as causas) e a não integralização de argumentos, por vezes pensados e produzidos a partir das decisões conflitantes, levando maior amplitude do debate ao órgão competente de julgamento do IRDR, o que é essencial à finalidade do instituto. Mendes (2017) ressalva que a potencial multiplicação de novos casos futuros é indicativa de preenchimento do requisito para aceitação do IRDR, numa espécie de observação pragmática de utilidade e adequação do instituto, sem, contudo, dispensar a existência de efetiva repetição de processos.

Nesse sentido, Bastos (2012, p. 171) defende a ampliação argumentativa acerca dos pontos de vista sobre a tese em apreciação, sem a qual não estaria “presente o amadurecimento dialético, que consiste num pressuposto implícito para a instalação de qualquer procedimento que tenha a finalidade de fixar uma tese e/ou atribuir-lhe uma eficácia diferenciada”. Cavalcanti (2016) chega a afirmar que a ausência de decisões antagônicas implicaria no reconhecimento de ausência de interesse processual para instauração do incidente. Isto porque o principal objetivo seria, segundo o autor, a proteção aos princípios da isonomia e segurança jurídica, cuja violação somente é possível constatar após decisões

múltiplas divergentes. Por isso, insuficiente que a divergência se mostre entre decisões de concessão e de negativas de tutelas provisórias, a despeito da defesa da suficiência destas controvérsias por Mendes (2017).

Esse requisito, portanto, está absolutamente conexo à exigência de risco de ofensa à isonomia ou à segurança e à necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente.

O pressuposto de admissibilidade relativo ao risco de violação aos princípios da segurança e isonomia<sup>16</sup> não exige uma quantidade imensa de processos<sup>17</sup>. Todavia, a legislação deixou de apresentar um critério objetivo, dando azo à discricionariedade do julgador a respeito de haver ou não risco de quebra da isonomia (diminuída, no entanto, a partir da prolação de decisão fundamentada). Analogamente, essa foi a interpretação dada pelo STJ a respeito do incidente de uniformização de jurisprudência. Observe-se que o *musterverfahren* exige que tenha havido pelo menos dez pedidos de instauração do incidente para sua admissibilidade, de modo a quantificar objetivamente a necessidade de decisão coletivizadora. A *GLO* não possui previsão legislada de número mínimo, apesar do indicativo de 10 processos pelo relatório *Wolf* que vem sendo observado pela jurisprudência, conforme informa Cavalcanti (2016). A legislação brasileira foi silente, perigosamente, o que pode comprometer a real eficácia do instituto, com inadmissibilidade injustificada do incidente.

O quarto requisito, acerca da necessidade de pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente, decorre do parágrafo único do artigo 978 do CPC<sup>18</sup>, visto transferir a competência de julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal para o mesmo órgão que decidiu o IRDR. Portanto, o legislador admitiu que sempre haverá causa pendente de julgamento. Esta interpretação foi consolidada no Enunciado 344 do FPPC: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

Temer (2016) defende possibilidade de instauração do IRDR a partir de demandas em primeiro grau. Apresenta fortes argumentos: (a) a supressão de norma expressa nesse sentido a partir do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010; (b) a inconstitucionalidade

<sup>16</sup> A respeito, o IRDR nº 70072751936 – TJ/RS.

<sup>17</sup> Enunciado 87 do FPPC: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

<sup>18</sup> Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. (BRASIL, 2015)

formal do parágrafo único, o qual foi promulgado sem aprovação bicameral; (c) não haveria exigência de múltiplas decisões, mas de efetiva repetição de processos com questão idêntica; (d) os juízes apresentariam o IRDR a partir dos processos sob sua condução e julgamento, por força da legitimação conferida pelo artigo 977, I do CPC<sup>19</sup>.

A despeito dos argumentos encontrarem outros defensores de peso na doutrina, inclusive com aprovação do Enunciado 22 da Enfam<sup>20</sup> que descarta a necessidade de existência de processo pendente no tribunal como requisito, não tem sido essa a compreensão majoritária dos tribunais pátrios, os quais negam admissibilidade diante de inexistência de processo em curso sob suas competências<sup>21</sup>.

Em relação aos argumentos apresentados, vale contrapô-los no seguinte sentido: a supressão de norma expressa não implica em negativa de sua interpretação; pode ter sido suprimida por diversos fatores, inclusive pela sua obviedade no sistema. No demais, a hermenêutica exige que se faça uma interpretação sistêmica do instituto e que dê praticidade à sua aplicabilidade, de modo que é frágil se admitir uma interpretação pelo “sentimento” de qual seria a intenção do legislador quando “não disse” determinada norma. De mais a mais, a alegação de inconstitucionalidade formal é recorrente sobre diversas normas do CPC, pelo exato mesmo fundamento: ausência de aprovação bicameral. Assim, até que seja declarada e reconhecida a inconstitucionalidade formal (o que não se acredita que será sequer aduzido em juízo), a norma é válida e leva efetivamente a conclusão apresentada. Simplesmente suprimir os textos referidos por inconstitucionalidade decorrente da mesma causa, produziria um código incompreensível, com lacunas temerárias. O terceiro ponto diz respeito à exigência legal de existência de “processos” e não de “decisões”. Sobre a matéria, já foi apresentada posição de defesa da ampliação argumentativa, a qual somente poderá ser exaustiva após decisão judicial de mérito. Esse critério é suficiente para que se exija a produção de decisões conflitantes. Por último, a legitimidade concedida aos juízes não restringe a instauração a partir de processos que estejam sob sua condução (o que não dispensa que efetivamente existam tais processos), mas a possibilidade de referência às ações já julgadas e levadas ao

---

<sup>19</sup> Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício; (BRASIL, 2015)

<sup>20</sup> Enunciado 22 da Enfam - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”

<sup>21</sup> Exigiram o requisito de causa pendente no tribunal os julgados: IRDR n. 0004151-04.2013.8.24.0036 TJ/RS; IRDR n. 4008598-70.2016.8.24.0000 TJ/RS; IRDR n° 2035230-79.2017.8.26.0000 TJ-SP; IRDR n° 00005602520168030000 TJ-AP; IRDR n° 15676494 TJ-PR; IRDR n° 01814335220168090000 TJ-GO; IRDR n° 70070178678 TJ-RS.

tribunal, face à reincidência de novas ações com questões idênticas. Como bem acentua Mendes (2017, p. 131), o magistrado pode apontar causas pendentes no Tribunal (que podem ser, ou não, recursos de suas próprias decisões), desde que continue processando causas com a questão de direito a ser dirimida, sob pena de desvinculação de suas “funções jurisdicionais, não se compatibilizando com seu mister e com os preceitos do juiz natural e da inércia”. Cabral (2015) aduz, ainda, que a legitimação ao juiz pode ter sido prevista na lei, levando em consideração o julgador que compõe as turmas recursais de juizados especiais, ou seja, “juiz” que recebe o processo no segundo grau de jurisdição. Portanto, defende-se que deve ser verificada a pendência de julgamento de causa repetitiva no tribunal competente como requisito de admissibilidade.

Neves (2017) afirma que o TJE-PA não considera como requisito a existência de processo pendente no tribunal, sob o argumento de que não há previsão expressa no CPC, assim como se baseia na existência do Enunciado nº 22 do ENFAM. De fato, o TJE-PA expediu nota técnica, na qual afirma “que a própria multiplicidade de processos envolvendo a mesma controvérsia jurídica já é suficiente para ensejar decisões díspares, de tal sorte que o incidente não depende de demanda em 2º grau de jurisdição ou, muito menos, de decisões judiciais divergentes em 1ª instância para ser incitado” (PARÁ, 2017, p. 7).

Todavia, o único juízo positivo de admissibilidade de IRDR por aquele tribunal<sup>22</sup> segue caminho diverso da nota técnica por si mesmo aprovada, eis que declara no voto de admissibilidade a exigência da existência de decisões antagônicas e causa pendente em segundo grau de jurisdição. Transcreve-se parcialmente o voto de admissibilidade positiva do IRDR nº 0005713-96.2017.8.14.0000:

Exatamente por isso, somente cabe o incidente quando já houver algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, deve haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro, sentenças rejeitando a mesma solução. É preciso, enfim, haver uma controvérsia já disseminada para que, então, seja cabível o IRDR, de modo que, por óbvio, não há o processamento de IRDR sem causa pendente nos seus quadros (PARÁ, 2017)

Vale notar que o IRDR em questão decorre de provocação de juiz de direito da vara dos juizados especiais, cujo recurso não é dirigido ao Tribunal de Justiça, mas às Turmas Recursais, demonstrando que o preenchimento do requisito não afasta a possibilidade de instauração do pedido por juiz.

---

<sup>22</sup> Até a data de 02.12.2017 havia registro de admissibilidade no TJ-PA de um único IRDR, distribuído sob o processo nº 0005713-96.2017.8.14.0000. Até esta data não há registro de julgamento de qualquer IRDR (Apêndice A).

Há acerto na fundamentação da decisão de admissibilidade, pois a previsão expressa de demonstração de razões de eventual ofensa à isonomia exige que se tenha controvérsia decidida. O termo eventual não pode se referir ao mero risco de divergência, pois esse seria ínsito a toda e qualquer situação de multiplicidade de processos. Interpretar dessa forma implicaria em negar força ao requisito de quebra da isonomia e segurança e elevar apenas a necessidade de demonstração de múltiplas causas repetitivas, o que claramente se afasta do objeto da política pública desenvolvida.

É possível, num rápido exercício argumentativo, imaginar hipótese exemplificativa de IRDR instaurado a pedido de magistrado de juizado especial de comarca do interior do Estado do Pará, que demonstre presentes os requisitos de admissibilidade, a despeito, para efeito deste exemplo, não existir no Estado qualquer decisão sobre a matéria (nem, por evidente, causa pendente no tribunal, tomando-se, portanto, acertada a nota técnica do TJE-PA). Concomitantemente, neste exemplo, outro sujeito, na condição de parte de um processo que tramita no interior do Estado do Amazonas, em situação idêntica ao caso do Pará, também com ação tramitando perante o Juizado Especial daquele Estado, resolve fazer o pedido de suspensão nacional, para solução de questão processual comum, portanto, de interesse não restrito ao âmbito dos juzados especiais. Ou seja, a partir de um único incidente de resolução de demandas repetitivas, sem qualquer decisão proferida ou causa pendente no tribunal, haveria a suspensão nacional para todos os feitos que versassem sobre a mesma questão processual, tomando esses casos de juzados como paradigmas. Pergunta-se: qual a qualidade do contraditório ali exercido? Qual a profundidade dos argumentos? Qual a preparação dos advogados das partes atuantes nestes feitos, cuja decisão vinculará, se objeto de recurso especial ou extraordinário, todos os processos com idênticas questões no país? O exemplo, ainda que acaciano, serve para demonstrar que as questões precisam ter sido minimamente decididas, existindo causas pendentes no tribunal, para que se possa pelo menos presumir o desenvolvimento salutar do contraditório na fixação de tese jurídica vinculante. Sica (2016) expõe preocupação semelhante quando critica a possível falta de representatividade do conflito de massa, quando a questão for judicializada por uma ínfima parte dos indivíduos atingidos.

O último dos requisitos de admissibilidade apontados pela doutrina é a inexistência de afetação da questão pelos tribunais superiores, decorrente da norma do artigo 976, §4<sup>o</sup><sup>23</sup> do

---

<sup>23</sup> § 4<sup>o</sup> É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

CPC. Trata-se de norma evidente. Havendo afetação da questão em recurso repetitivo, não há interesse processual, visto que todos os feitos do território nacional estarão suspensos, aguardando a decisão hierarquicamente superior e vinculante. No caso de afetação posterior à admissibilidade do IRDR, há ausência de interesse processual superveniente, havendo que se reconhecer a perda do objeto do IRDR.

O estudo da nomenclatura, da natureza, dos requisitos de admissibilidade dão o panorama geral do IRDR, restando a necessidade do aprofundamento de seus fundamentos e a verificação de seu procedimento.

Os fundamentos do IRDR decorrem de objetivos muito claros, propostos pelo Poder Legislativo como metas de políticas públicas para proteção de direitos fundamentais como acesso à justiça e duração razoável do processo. A exposição de motivos do anteprojeto do CPC (BRASIL, 2010) desenvolve o IRDR com o desiderato confesso de promover a celeridade aos julgamentos, dando-lhes solução única a ser aplicada a todas as demandas que versam sobre a mesma questão de direito. A finalização de toda essa gama de processos servirá para atenuar a carga de trabalho do Poder Judiciário e, por consequência, permitir que os magistrados usem o tempo ganho para solução de demandas represadas não repetitivas.

De mais a mais, também constitui intenção confessa do legislador alcançar a segurança jurídica, usando a técnica de solução coletivizada, por meio de interpretação e aplicação isonômica do direito reconhecido no IRDR às situações idênticas. Portanto, os fundamentos de celeridade, segurança jurídica e igualdade de tratamento constam expressos da exposição de motivos do CPC para justificar o novo instituto processual.

Temer (2016) reconhece verdadeiros pilares nesses fundamentos apontados. Ou seja, reconhece que o IRDR intenciona dar tratamento e solução idênticos às questões jurídicas idênticas, gerando previsibilidade do Poder Judiciário ao jurisdicionado e aceleração na entrega da prestação jurisdicional. De fato, a preocupação com a igualdade foi o ponto nodal de orientação do legislador brasileiro no desenvolvimento de técnicas processuais compatíveis com essa finalidade.

Abreu (2015) sistematizou o ideal de igualdade pelo processo em três grandes grupos: (i) reunião de causas para julgamento conjunto de questões; (ii) técnica processual de vinculação de certa resposta jurisdicional a uma questão a casos futuros ou em andamento; (iii) igualdade pelo respeito ao precedente judicial. O primeiro deles objetiva a economia e otimização do serviço jurisdicional; o segundo grupo trata da igualdade pela uniformização das decisões, por meio, por exemplo, do recurso de embargos de divergência, do recurso especial admitido pela divergência (CF/88, art. 105, III, “c”) ou através da resolução de

questões jurídicas repetitivas. O terceiro prevê a exigência dos tribunais de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente<sup>24</sup>. Abreu aponta a igualdade pelos resultados, asseverando que “a igualdade é o fundamento natural e dogmático dos precedentes” (2015, p. 238).

O IRDR faz parte da adoção, pelo direito brasileiro, de uma nova teoria de precedentes, a qual eleva a importância da estabilidade jurisprudencial (*stare decisis*) e da previsibilidade das decisões como corolário da segurança jurídica, criando a espécie de processo coletivo repetitivo. Peixoto (2016, p. 57) ressalta o aspecto objetivo da segurança jurídica, quando afirma que ela “está relacionada com a capacidade de previsão da ação ou inação de um terceiro como consequência de um ato ou fato comissivo ou omissivo do sujeito de direito e que seja juridicamente relevante”. O autor destaca que a velocidade e previsibilidade para tomada de decisões aumentam ainda mais a segurança jurídica. Portanto, a duração razoável do processo (princípio constitucional expresso) é uma densificação do princípio da segurança jurídica.

Os fundamentos do IRDR referidos como pilares do instituto, serão observados para conferir se o incidente serve à proteção dos valores declarados pelo legislador ou se implica num regramento eivado de inconstitucionalidade. Esses serão pontos de discussão desenvolvidos mais à frente.

Porém, antes de ser possível observar se os fundamentos do IRDR se justificam e se seus objetivos podem ser bem sucedidos, um ponto mais se faz necessário estudar: o procedimento trazido pelo legislador. É imprescindível que se faça a apresentação do procedimento do IRDR, o qual, sob críticas ou aplausos, dos que dele duvidam ou nele apostam, torna-se parte fundamental para a compreensão do ingresso do instituto no sistema processual como política pública de redução do número de processos. Portanto, ao contrário de se ter a intenção de se traduzir aqui um manual de procedimentos, os aspectos a serem ressaltados têm a relevância de permitir a adequação do instituto às finalidades constitucionais de concretização de direitos fundamentais e observação de cumprimento do princípio da igualdade. Se visto sob essa ótica, o estudo do procedimento torna-se essencial e indispensável.

---

<sup>24</sup> Importante conceito de coerência e integridade é apresentado por STRECK (2013, p. 335-339): “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. (...) a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e direito a um tratamento equânime na correta proporção”

### 2.3.1 O procedimento do IRDR

Não há maior interesse desse trabalho em discutir minuciosamente o procedimento (e o processamento) do IRDR. Todavia, merecem destaque alguns pontos que auxiliarão na compreensão do tema de adequação da representação, parte do núcleo da investigação ora promovida. Deste modo, é imprescindível observar a previsão legal do procedimento do IRDR no CPC, assim como a previsão regimental dos tribunais para admissibilidade e julgamento do incidente. Em razão de um enfoque regionalizado, serão observados os regimentos dos tribunais com atuação direta sobre os processos decididos no Estado do Pará.

De início, vale destacar que o regimento interno do TRE-PA, TRT-8 e do TRF-1 não trazem previsão específica acerca do processamento do IRDR<sup>25</sup>. O TJE-PA possui previsão no seu regimento interno, nos artigos 188 a 195, editados pela emenda regimental nº 7. O CPC regulamenta o IRDR nos artigos 976 a 987.

O procedimento do IRDR pode ser didaticamente dividido em fases: instauração, admissibilidade, publicização, afetação, instrução, julgamento e recurso.

A instauração se dá por requerimento de um dos legitimados do artigo 977 do CPC ao Presidente do Tribunal. A despeito de não haver previsão expressa, é possível considerar que o Órgão colegiado que discute a questão controversa a ser resolvida, também possa suscitar o incidente, independentemente da concordância do relator, como pontua Mendes (2017). Segundo o RITJPA, o pedido será feito por ofício, quando provocado por um juiz ou relator de processo e por petição nos demais casos. No caso de decisão do colegiado, o julgador que propôs a instauração, ocupará a função do relator no procedimento de instauração. De qualquer modo, deve acompanhar o pedido “documentos que certifiquem a multiplicidade de processos sobre a mesma questão de direito, os números de cada um dos processos, as partes integrantes, bem como a demonstração das razões de eventual ofensa à isonomia ou à segurança jurídica”, conforme previsto no RITJPA, artigo 188, §2º (PARÁ, 2017). Outrossim, instruirá obrigatoriamente o pedido a cópia integral do processo (ou dos processos, em razão de se defender que devam ser pelo menos dois os casos-modelo) apontado como representativo da questão controversa repetitiva. Não há pagamento de custas processuais.

A publicização é fase das mais importantes para a legitimação da decisão de efeitos irradiados à coletividade. O CPC exige no artigo 979 que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de

---

<sup>25</sup> Até 10 de novembro de 2017 não havia ainda modificação do regimento interno desses tribunais para inclusão do IRDR.

registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” (BRASIL, 2015). Trata-se de norma análoga aos institutos estrangeiros que prevêm a criação de um banco de dados, tanto para consulta prévia (como no caso da *GLO*) como para garantir a publicidade para que os interessados possam realizar o *opt-in* (*GLO*) ou *opt-out* (*musterverfahren*). Além disso, a publicidade serve para permitir a integração dos interessados no aprimoramento do contraditório. Gidi (2008) ressalta que no direito estadunidense a publicidade é garantida pela notificação adequada, a qual, por sua vez, implica na possibilidade de controle da representação adequada, desencoraja o conluio e a fraude e ainda permite o reajustamento de nova demanda coletiva em favor dos membros de classe ausentes, restringindo os efeitos da primeira ação às partes atuantes, tamanha a importância do tema.

Esse artigo de lei merece considerações mais profundas, porque sua má aplicação ou interpretação pode implicar no defeito de representação e na ausência de real legitimidade da causa paradigma escolhida (e do representante que está a ela atrelado).

Em primeiro lugar, a expressão “mais ampla e específica divulgação e publicidade” não se coaduna com a exclusividade de sua realização por meio do registro eletrônico do CNJ. Entende-se que este meio de divulgação é obrigatório. Portanto, sua não observância gera nulidade no julgamento, justamente porque dificulta a participação dos interessados, que não são partes do processo paradigma. Contudo, ao lado desta divulgação, pode – e deve – o tribunal promover outros atos de publicização da instauração e julgamento do IRDR. O sítio eletrônico do CNJ encontra paralelo muito próximo às citações e intimações feitas por publicação no Diário Oficial, no aspecto de quase ninguém as lê. É necessário que se tenha criatividade no cumprimento da finalidade da norma, como por exemplo, garantir a ciência por notificação pessoal ao Ministério Público e Defensoria Pública, além de membros do grupo selecionados por amostragem, entidades, órgãos públicos e associações representativas dos interesses em discussão (GIDI, 2008), ou mesmo determinar que “a notificação seja inserida na correspondência periódica que o réu envie aos membros do grupo” (GIDI, 2008, p. 67), no caso de ações coletivas contra plano de saúde, empresa de telefonia, concessionária de energia elétrica entre outras.

Outro ponto de interesse da norma é a expressão “serão sucedidos”. Ora, o que sucede é o que vem depois. A publicização da instauração é, evidentemente, posterior, visto que o tribunal não pode dar publicidade ao que não ocorreu. Todavia, a publicização deve ser promovida acerca do julgamento antes de sua realização, aumentando as chances da participação ativa e efetiva das partes interessadas, com melhora da qualidade da argumentação, pelo desenvolvimento do contraditório.

É claro que deve ser dada a mais ampla publicização ao resultado do julgamento, inclusive para o efeito de produzir estímulo negativo ao ingresso de ações judiciais temerárias, cujas pretensões de fundo já foram negadas através da resolução dos temas repetitivos julgados no incidente.

A preocupação com o contraditório substancial e diversificado, decorrente da natureza de tutela coletivizada do incidente, existe e é ratificada em seguida pela legislação. A fase de publicização é necessária para garantir que terceiros interessados se manifestem no prazo de 15 dias concedidos às partes, acrescentando argumentos e juntando documentos. Esses terceiros interessados podem participar da instrução, de audiências públicas, sustentar oralmente as razões no julgamento e podem, inclusive, recorrer da decisão do incidente. Defende-se, inclusive, que a publicização deva permitir a participação na sessão de julgamento para apreciação da admissibilidade do IRDR.

Somente a publicização efetiva poderá permitir que a parte transcenda os limites territoriais do tribunal e requeira aos tribunais superiores a suspensão de abrangência nacional dos processos que versem sobre a mesma temática repetitiva, por aplicação da regra do artigo 982, §3º e §4º<sup>26</sup> do CPC. Nessa hipótese, não haverá, ainda, recurso tramitando nos tribunais superiores, pois estes teriam o condão de afetar a questão no território nacional, independentemente de requerimento das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Surgem duas questões de interesse sobre legitimidade a partir do pedido de suspensão em âmbito nacional a ser determinado pelos tribunais superiores, medida de caráter relevantíssima para o alcance das políticas públicas objetivadas com o incidente. A primeira relativa à ausência de previsão de pedido de suspensão pelo juiz ou relator e a segunda acerca do interesse de participação da parte em IRDR que tramita em outro estado ou região.

Por opção legislativa, o juiz e o relator não podem requerer a suspensão de incidência nacional sobre os feitos de mesma matéria. Trata-se de medida preventiva ao (indevido) repasse de *hard cases* diretamente aos tribunais superiores, sem necessidade de enfrentamento pelos tribunais dos estados e regiões. Andou mal o legislador ao presumir a má atuação do julgador como regra. Não é possível defender essa previsão normativa, se o objetivo é,

---

<sup>26</sup> § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo. (BRASIL, 2015)

justamente, resguardar a segurança jurídica e aplicação isonômica do Direito. Como ensina Peixoto (2017), a suspensão se dá sobre:

todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão objeto do incidente que tramitem no território nacional, a fim de evitar a divergência interpretativa em Estados e/ou regiões distintos sobre a mesma temática, garantindo-se a isonomia, a segurança jurídica e, em consequência, a observância do princípio da proteção da confiança (PEIXOTO, 2017, artigo 982)

O outro ponto diz respeito à possibilidade da parte, que teve seu processo suspenso pelos tribunais superiores em razão de pedido de nacionalização do efeito suspensivo de IRDR de outro Estado ou região, de requerer o ingresso naquele IRDR. Observe-se que, em tese, a decisão sequer seria aplicada sobre o processo desse terceiro, em razão da competência territorial. Todavia, o efeito suspensivo abrangente e a possibilidade de posterior recurso aos tribunais superiores com afetação nacional da matéria (ao qual esse terceiro teria legitimidade), permitiriam a integração e contribuição argumentativa e por meio de produção de provas para a decisão ali produzida, ainda em sede estadual ou regional. Parece explícito, deste modo, o interesse nesse caso.

Portanto, a fase de publicização não pode ser tomada como simples cumprimento de regras protocolares, pois tem consequência na formação do contraditório e na qualificação da decisão de efeitos coletivizados. Não à toa é tão desenvolvida no direito estrangeiro.

O TJE-PA previu o processamento do IRDR no regimento interno determinando a distribuição do incidente a um relator, quem pautará o feito ao tribunal pleno para julgamento da admissibilidade. Todavia, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP-PA) previu a remessa do incidente à Coordenadoria de Recursos Extraordinários e Especiais – CREE para realizar pesquisa anterior acerca da existência de afetação nacional da questão e permitir o juízo de admissibilidade pelo relator, em momento posterior.

Com a admissibilidade positiva e sua respectiva publicidade, passa o tribunal à fase da afetação da matéria. A fase de afetação permitirá “a delimitação exata da questão de direito a ser solucionada pelo tribunal” (TEMER, 2016, p. 127), tendo como consequência a identificação das demandas idênticas a serem suspensas, desde que adstritas àquela territorialidade e a estabilização do objeto do incidente. Como bem observa Peixoto (2017), a suspensão dos processos pode se dar apenas parcialmente, ficando restrita ao tema afetado, visto que os pedidos que não têm relação de dependência com o objeto do IRDR devem ser solucionados, havendo cisão no julgamento do mérito da causa. Ademais, os pedidos de tutela de urgência formulados diretamente nas causas suspensas devem ser apreciados de imediato em razão de sua natureza.

A suspensão dos processos, como consequência da admissibilidade positiva, relativa à questão afetada é de primordial importância, pois dá ciência à parte, que teve o feito suspenso, da existência do IRDR e de sua aplicação vinculativa futura sobre a causa. Como assevera TEMER (2016), deixar de promover a suspensão da causa, pode ser uma das mais graves falhas no procedimento:

Porque pode significar o alijamento do debate e a consequente deslegitimação da eficácia da decisão sobre a esfera de direitos daquele que era parte em processo que deveria ter sido suspenso, mas não o foi, caso isso resulte no cerceamento de sua participação no incidente (p. 123)

Todavia, a regra se justifica pela sua finalidade, de modo que a inexistência da suspensão de certo processo - e, portanto, diante da falha de notificação (garantia de ciência mínima) acerca do IRDR-, o qual venha a receber causa paradigma com fundamentação ampla e profunda, com participação ativa dos interessados, no qual há a realização de audiência pública e demais atos que demonstrem uma adequada representação, não pode gerar qualquer nulidade. Gidi (2007a, p. 235) assevera que, na ausência de prejuízo, “uma adequada representação sana qualquer falta de notificação”.

Mendes (2017) defende que a suspensão, ainda que prevista expressamente na lei, não pode ser cogente, devendo ser determinada a partir de um juízo de conveniência, de modo que o mecanismo processual não se torne inadequado. Exemplifica hipóteses em que poderia não haver conveniência, jurídica ou prática, para a suspensão: questão jurídica de direito processual que pela amplitude viesse a travar o andamento de um contingente expressivo de processos ou, ainda, questões acerca de verbas condenatórias, cuja exigência somente se daria ao final, com o trânsito em julgado (MENDES, 2017, p. 185). Neste caso, a ausência de suspensão não pode implicar na liberação do dever de comunicação às partes de todos os processos que serão afetados pela decisão do tema do IRDR, valendo-se os meios mais criativos possíveis que alcancem a finalidade da norma.

A estabilização do objeto, através da decisão de afetação, não implica tão somente na exigência de produção de decisão congruente, mas na observação da construção do devido contraditório, pois decisão *extra* ou *ultra petita* não poderá ter eficácia irradiada, vez que não se exauriu o debate do tema *decidendum*. Gidi (2008), na apresentação de um anteprojeto de um Código de Processo Civil Coletivo, rompe com a teoria de que o processo é delimitado pelo pedido do autor na inicial. Explica que, principalmente nas hipóteses de ações coletivas, a prestação jurisdicional deve se adaptar às modificações das situações de fato e às expectativas das partes que podem se alterar no curso do processo, evidenciando a melhor

solução para “ações temáticas”, desde que respeitado o devido processo legal, garantindo que não haja surpresas através do exercício efetivo do contraditório. Assim, em havendo modificação ou ampliação do objeto, sendo esta medida mais vantajosa para a prestação jurisdicional do que a manutenção do objeto pré-definido, há que se abrir oportunidade para novo contraditório. Vitorelli (2016, p. 533) salienta que o processo coletivo tem que focar no que vai acontecer no seio social após ele interferir na realidade; de nada adianta “ordens judiciais arrebatadoras em seu texto, das quais não resulta benefício concreto para os destinatários”. Portanto, o objeto do tema precisa ser definido, mas não há justificativa ao engessamento, se as características dos litígios envolvidos apresentarem mudanças substanciais, com necessidade de modificação, revisão ou ampliação do tema *decidendum*.

A afetação também possui importância porque promoverá o registro da questão nos bancos de dados do CNJ e dos tribunais, como parte da publicização exigida pela lei. Em caso de modificação, a alteração também deve ser registrada e cientificada aos interessados.

Observe-se, portanto, que o reconhecimento de fases do procedimento do incidente tem um objetivo didático de compreensão das razões dos atos previstos e não intenciona traçar limites temporais. Aliás, aqui há um ponto de necessária reflexão para possível alteração no procedimento, em vistas a melhoria da participação dos envolvidos.

A instauração é sucedida pelo registro eletrônico no CNJ. Para maior publicidade, deve ser registrada também no banco de dados do tribunal. Para ocorrência desse registro, é necessária a identificação do objeto do IRDR, parte, portanto, da fase de afetação, anterior, temporalmente, ao próprio juízo de admissibilidade. Temer (2016) chega a referir à possibilidade de uma delimitação provisória do objeto, a ser complementada posteriormente, o que configura uma proposta um pouco mais tímida que a lançada linhas atrás acerca da possibilidade de modificação do tema. Observe-se que instauração se difere de admissibilidade, havendo exigência legal de publicidade do ato de instauração, antes, portanto, da admissão ou inadmissão do incidente. Portanto, já há promoção de atos de afetação, com a delimitação do objeto.

O CPC previu o julgamento bipartido, com uma sessão no pleno para admissão ou não do IDRDR, quando o relator terá apenas o voto de admissibilidade pronto e, outra sessão para o mérito do incidente, após a instrução. O julgamento de admissibilidade no pleno evidencia a possibilidade de votos divergentes. Não quis a lei que a admissibilidade fosse feita por decisão monocrática, prevendo expressamente decisão colegiada para essa matéria. Logo, defende-se que a parte pode ter participação ativa, com sustentação oral, inclusive, para defender a admissibilidade do incidente. O CPC não discrimina o procedimento e, portanto,

não veda a sustentação oral. Os julgamentos dos recursos em sessão colegiada que permitem sustentação oral observam argumentos relativos à admissibilidade e ao mérito. Logo, seria melhor interpretar o artigo 984 do CPC como uma norma geral de julgamento, tanto da admissibilidade, como do mérito. Tratar a admissibilidade como matéria menor, que não merece defesa oral dos interessados, é retirar a importância do IRDR, pensado e proposto como política pública de redução do número de processos (como é defendido ao longo de todo o trabalho). Se a admissibilidade (positiva ou negativa) do IRDR fosse questão de menor importância, estar-se-ia discutindo tão somente um procedimento de julgamento; todavia, a situação aqui é de implementação de políticas públicas para garantia de direitos fundamentais, de modo que foge à discricionariedade, o processamento ou arquivamento do incidente. O processamento do IRDR, como tutela coletiva que é, deve ser protegido pela importância que tem. Deve-se aplicar ao instituto o princípio da primazia do julgamento do mérito, com a possibilidade de saneamento do pedido de instauração, caso ausente um requisito de admissibilidade passível de correção (a promoção posterior da juntada de uma certidão contendo a multiplicidade de questões idênticas, por exemplo). De mesma maneira, prevalece o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, inclusive para fixar ou retificar o objeto do incidente.

O pedido de instauração do IRDR supõe a existência de causa pendente no tribunal, como requisito de admissibilidade (posição defendida anteriormente, a despeito de entendimento diverso na doutrina). O recurso (ou remessa *ex officio* ou causa de competência originária) base do pedido do IRDR terá suas razões, assim como as demais peças do processo, levadas em conjunto ao pedido de instauração do IRDR para o conhecimento do relator do incidente. A afetação do incidente terá, portanto, uma base processual concreta. Lemos (2017) defende que, neste caso, a afetação é automática, dando-se a partir do protocolo do incidente, visto que a determinação do objeto será coincidente com matéria do processo base. Deste modo, é consequência natural da instauração do IRDR, antes mesmo do juízo de admissibilidade colegiado, a suspensão do processo base. Isto porque, continua o autor, esta é a lógica da natureza incidental do pleito: o processo base não pode ser julgado a partir do protocolo do incidente e até que este seja encerrado. O autor faz uma analogia com o incidente de assunção de competência e incidente de arguição de inconstitucionalidade, destacando que, diferentemente do que ocorre nestes incidentes, o processo base tramita num órgão e o IRDR tramitará em órgão colegiado maior, não havendo previsão legal de comunicação ao órgão originário da instauração do incidente. O autor propõe à questão uma solução simples, através de previsão regimental de que a parte que pediu a instauração do

IRDR faça a comunicação ao órgão do processo base por petição e/ou que o Presidente do Tribunal, ao receber o pedido, informe, por ofício, aos processos bases referidos a afetação. De todo modo, a suspensão dos demais processos só ocorrerá após a admissibilidade positiva pelo órgão colegiado.

Essa ideia de suspensão a partir da afetação (automática pelo protocolo) e não da admissibilidade, provoca, evidentemente, a preocupação de que o pedido de instauração do IRDR possa ser formulado por má-fé, apenas para suspender a tramitação do processo base. Quanto tempo restaria paralisado injustificadamente o processo até que se percebesse o não cabimento do IRDR por ocasião do juízo de admissibilidade?

No Pará, até o momento, só foram julgados dois IRDRs<sup>27</sup>, ambos pelo TRT-8, através do PJe. O primeiro, processo nº 0000012-74.2017.5.08.0000, foi autuado em 13/01/2017 e teve sua admissibilidade concedida em sessão realizada no dia 13/02/2017 e julgamento do mérito em sessão do dia 03/07/2017. O segundo, processo nº 000018-81.2017.5.08.0000, foi autuado em 17/01/2017 e foi admitido em 13/02/2017 e resolvido no seu mérito em 05/06/2017. Nenhum dos incidentes foi instaurado a pedido de partes, tendo sido o primeiro provocado pelo Ministério Público do Trabalho e o segundo pelo desembargador relator do recurso. De todo modo, se fosse adotada a sugestão de suspensão do feito, os processos-base teriam sido paralisados por aproximadamente um mês. O TJE-PA ainda não julgou nenhum IRDR<sup>28</sup>, tendo admitido o incidente distribuído sob o nº 0005713-96.2017.8.14.0000 em 08/05/2017 em sessão de julgamento realizada em 14/11/2017. Observe-se que, na justiça estadual local, o tempo para julgamento da admissibilidade foi de 6 meses, consideravelmente superior ao tempo de tramitação para admissibilidade na justiça especializada trabalhista.

A realidade da justiça estadual é notoriamente diferente e não se espera julgamentos em tempo similar aos praticados pelo TRT-8 ou diferentes do único caso admitido até o momento. No Tribunal da Bahia, por exemplo, já foram admitidos 7 IRDRs<sup>29</sup>, mas nenhum até o momento teve o mérito apreciado. O primeiro IRDR daquele estado foi apresentado em 27/04/2017 e teve a admissibilidade em 16/06/2016. Neste exemplo, teriam sido quase 60 dias de suspensão indevida.

Ou seja, o que se quer argumentar é que a parte que atua de má-fé poderia criar um obstáculo injustificado ao processamento do recurso, v.g., com a suspensão dos atos decorrentes do protocolo do IRDR, antes mesmo de sua admissão. Contra essa hipótese, há a

---

<sup>27</sup> Número obtido do sítio eletrônico do tribunal na data de 12/12/2017.

<sup>28</sup> Informação obtida no sítio eletrônico do tribunal na data de 12/12/2017

<sup>29</sup> Número obtido do sítio eletrônico do CNJ na data de 12/12/2017. Ver tabela no Apêndice A.

previsão de condenação da parte por litigância de má-fé. Outrossim, a paralisação indevida pode acarretar o direito de buscar indenização por perdas e danos, quando for o caso. Por último, a suspensão não impede o julgador de praticar atos reputados urgentes.

Uma vez estando presentes os requisitos legais para admissão do IRDR esse deve ser resolvido, ainda que, no tempo transcorrido entre o protocolo do incidente e sua admissibilidade, o recurso base tenha sido julgado. Trata-se de aplicação, por analogia, do mesmo sistema processual previsto para o caso de desistência: uma vez julgado o processo-base, processa-se normalmente o IRDR para definição do tema, com a assunção do incidente pelo Ministério Público. Não há, portanto, necessidade de suspensão do processo base antes da admissibilidade, criando-se uma norma procedimental que não existe.

Vale destacar, por último, ainda sobre a suspensão dos processos afetados, que a lei limita o prazo desta pelo interregno de um ano, a não ser que o relator, fundamentadamente, prorrogue-o. O procedimento segue com a fase de instrução.

O CPC prevê alguns atos instrutórios: a requisição de informações a órgãos; manifestação do Ministério Público, partes e terceiros interessados; juntada de documentos, bem como realização de diligências para elucidar questão de direito, como audiências públicas, onde poderão ser ouvidas pessoas com experiência e conhecimento sobre o objeto do incidente.

A manifestação do Ministério Público, partes e terceiros, assim como, em ato contínuo, a juntada de documentos, parece relacionar-se muito mais a atos de postulação do que a atos instrutórios. Até mesmo porque, como já se viu, há que restringir o cabimento do IRDR para questões exclusivamente de direito. Se é o fato o objeto de prova, porque falar em fase de instrução para dirimir questão exclusivamente de direito?

Didier Júnior (2005) explica que inexoravelmente o magistrado examinará questões de fato e questões de direito e que, por um critério funcional, tudo o que se relaciona à causa de pedir é questão de fato. Concorde-se com o autor, quando afirma que a distinção é tão fundamental quanto é difícil. “Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 61)

Portanto, mesmo a realização de audiências públicas, a oitiva do *expert* e outras diligências que devam ser promovidas no interesse do incidente, devem ter por fundamento elucidar questão de direito, eis que os fatos já devem estar pressupostos. Trata-se, portanto, de garantir a pluralidade argumentativa que servirá para legitimar democraticamente a decisão (TEMER, 2016).

A previsão específica da audiência pública entre os meios instrutórios é um avanço legislativo significativo, pois visa à aproximação da vontade social à produção da decisão judicial, a qual não pode simplesmente ignorar o grupo sobre o qual irradiará os efeitos do julgamento. Trata-se de uma abertura ao contraditório amplo, que alcança o poder de influenciar o julgador por argumentos não exclusivamente jurídicos.

Quando o processo não se atenta para a miríade de relações sociais potencialmente afetadas pela decisão, é provável que desconsidere elementos relevantes para a sociedade, os quais só virão à tona no momento da implementação da decisão, para dificultá-la (VITORELLI, 2016, p. 553)

Após a instrução, o relator deverá preparar o voto e pedir data para julgamento. No TJE-Pa, o julgamento se dará pelo Tribunal Pleno. Após o relatório, manifestar-se-ão oralmente, se quiserem, as partes, o Ministério Público e os terceiros interessados, todos que tiverem requerido inscrição prévia. Saliente-se que a participação da parte é diferente dos demais interessados, o que implica em observar a adequada representação. Há precisão regimental de prorrogação do prazo legal por até 60 (sessenta) minutos caso haja um grande número de inscritos. Observe-se que a parte terá garantido 30 minutos para sustentar suas razões oralmente; os sujeitos dos processos sobrestados e os *amici curiae* terão que dividir o tempo da lei (ou do regimento). Há, aqui, mais uma condição diferenciada para aquele que lidera a condução do incidente, cuja ausência de critérios para definição do líder representante não teve fundamento nos modelos estrangeiros observados.

A publicação do acórdão torna obrigatória a adoção da tese jurídica decidida para todos os processos, daquele Estado ou região (abrangência de competência do tribunal julgador), presentes e futuros. Do não atendimento do resultado do julgamento cabe reclamação<sup>30</sup>, justamente pela inobservância da autoridade do precedente firmado. O TJE-Pa disponibiliza no seu sítio eletrônico um fluxograma do procedimento adotado (Figura 2), o qual se apresenta pelo didatismo de sua construção:

---

<sup>30</sup> Mesquita (2015, p.257), a respeito dos recursos repetitivos, cuja natureza de processo coletivizado é parelha ao IRDR, destaca que o STF e o STJ reduziram o cabimento da reclamação, adotando “majoritariamente o entendimento de que não se deve admitir a reclamação quando recursos sobrestados forem mal indeferidos ou forem mal julgados após a decisão no caso paradigma” (...), “ao argumento de que a aplicação equivocada de precedente em repetitivo não usurpa a competência do Tribunal Superior”.

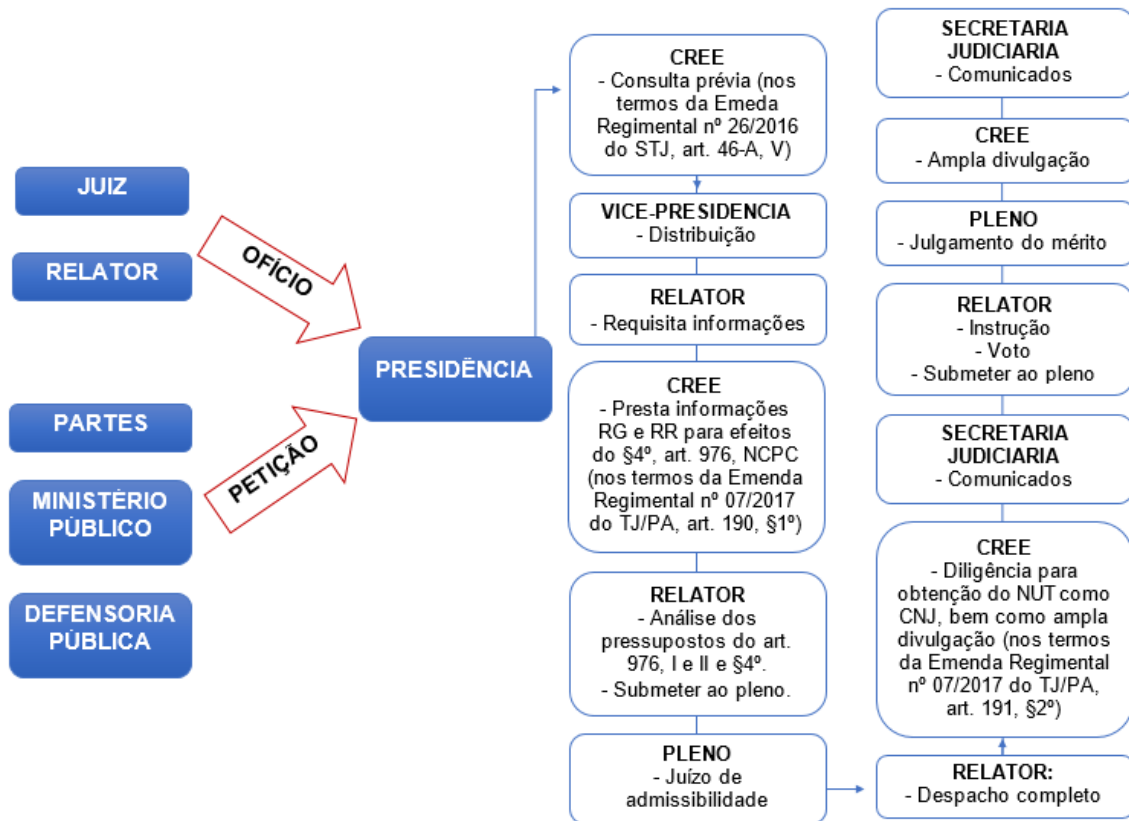


Figura 2: Ilustração do procedimento do IRDR no TJE-Pa  
Fonte: Pará (2017, p. 5)

Importante concluir, ressaltando que a decisão poderá ser objeto de recurso especial e/ou extraordinário, conforme o caso. Evidentemente, poderão ser opostos embargos de declaração para saneamento de vício decisório ou correção de erro material. Há, ainda, a previsão de julgamento de revisão de tese pelo mesmo órgão.

Os recursos excepcionais terão efeito suspensivo *ope legis* e, portanto, diante da interposição do recurso, além do impedimento de trânsito em julgado da decisão, há a prorrogação da suspensão dos processos sobrestados e dos efeitos da decisão do incidente, até decisão final pelos tribunais superiores. Lemos (2017) ressalta que a ordem legal não se coaduna com o interesse da lei:

Se pensarmos num microsistema de formação de precedentes, o qual o IRDR faz parte, cuja decisão impactará outros processos, principalmente aqueles que estão sobrestados a aguardar a formação do precedente vinculante para prosseguirem, não há que se imaginar que se necessite da ocorrência do trânsito em julgado da decisão paradigmática para que essa inicie a sua transcendência e impacto cascata nos demais. (p. 550)

Todavia, o autor ressalva que a lei definiu aguardar o entendimento final e imutável da *ratio decidendi* (LEMOS, 2017) antes de espriar seus efeitos aos processos de questões isomórficas.

A compreensão do IRDR – e de seu procedimento - como maior novidade dessa nova classe ora reconhecida de processos coletivizados é essencial para a percepção do desenvolvimento do instituto como uma política pública, de modo que as opções de não recepcionar ou modificar as regras do instituto alemão ou inglês, ou mesmo não observar os cuidados bem definidos da representação adequada das *class actions* americanas se deram, não por acaso, mas para corresponder a um anseio popular retratado na ação representativa do Poder Legislativo.

Como se vem defendendo que a criação do IRDR representa a implantação de uma política pública para concretização de direitos fundamentais, há a necessidade de caracterizá-lo deste modo, a partir do conceito de política pública. Compreender o IRDR como tal será a pedra de Roseta para interpretação dos fundamentos do IRDR tal qual expostos, servindo, senão para superar absolutamente as críticas, para compreender sua existência e recepção no sistema brasileiro.

Assim, a compreensão do instituto e de sua origem como política pública, superando uma mera concepção de instrumento processual, permitirá o avanço da demonstração de que ele é recepcionado pela Constituição Federal e que importa num papel protetor de direitos fundamentais de acesso à justiça, com eficiência e celeridade, sem violar o tratamento isonômico que deve ser garantido aos sujeitos afetados pela solução dada à questão jurídica repetitiva definida no incidente de efeitos coletivos.

### 3 O IRDR COMO MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conseguir caracterizar o IRDR como meio de realizar política pública judiciária desenvolvida pelo Poder Legislativo para a proteção de direitos fundamentais de acesso à justiça, previstos na Constituição Federal, é condição essencial para que se possa examinar seus fundamentos e objetivos e, a partir destes, entender se houve absoluta, restrita ou negativa recepção do incidente pelo sistema constitucional.

Como já referido acima, o *musterverfahren* nasceu com finalidade específica de solucionar o problema do abarrotamento do Judiciário em razão das milhares de causas concomitantes surgidas a partir de uma mesma questão de fato, que exigia uma interpretação única da legislação aplicável. A *GLO* foi uma técnica de avanço nas questões coletivas, também para cuidar das causas massificadas que prejudicam a eficiência do Judiciário. O IRDR, trilhando o mesmo caminho, nasceu a partir da verificação da necessidade do combate à morosidade do Judiciário, buscando soluções coletivas a partir de demandas individuais, com o interesse de solução de todas a partir da decisão modelo.

Ao largo de se instituir apenas uma técnica de julgamento com a visão precípua de buscar garantir princípios de magnitude constitucional como a celeridade, a segurança jurídica e a isonomia, resta declarado que motivou a atuação do legislador, a implementação de uma “política pública de redução do número absoluto de processos judiciais”, com vista a alcançar uma finalidade pública de aceleração dos julgamentos repetitivos, assim como a lógica e consequente diminuição dos processos pendentes que envolvam matérias diversas, cuja resolução também seria acelerada, em razão, justamente, do menor número de casos a decidir, dada a solução por “arrastamento” da decisão judicial para todos os demais processos de situações jurídicas idênticas. Trata-se de reconhecer a prevalência do princípio igualmente constitucional da “duração razoável do processo”. Tudo expressamente declarado na exposição de motivos do CPC.

Entendido o instituto como uma política pública, de modo a justificar a maior importância dada pelo legislador aos princípios da celeridade e da duração razoável do processo, é possível tomar essa finalidade como meio de interpretação das normas do IRDR no momento de sua aplicação concreta, legitimando, por exemplo, o procedimento simplificado da escolha da causa paradigmática, entre outras questões do *iter* procedimental.

Portanto, é necessário investigar o conceito de política pública, a possibilidade de seu fomento através do Poder Legislativo e se o instituto processual em análise alcança a finalidade declarada.

### 3.1 A construção de um conceito de política pública

Deve-se, primeiramente e primordialmente, como objetivo confesso do presente, tentar propor um conceito de política pública e observar a adequação da proposição legislativa de criação e implementação da técnica processual do IRDR ao conceito ora construído.

Obtendo-se êxito neste particular, será possível observar se há, de fato, uma preocupação do legislador com o desenvolvimento de uma política pública judiciária ou se o instituto é tão somente uma técnica processual de julgamento (para solução das lides a ele vinculadas).

Definir política pública não é fácil. Seu conceito não encontra uníssono em qualquer área da ciência, inclusive dentre os estudiosos da ciência jurídica. Portanto, qualquer conclusão conceitual alcançada não tem a pretensão de ser definitiva ou exaustivamente abrangente, mas buscará a coalização com o objeto de pesquisa.

Igualmente, não se busca discussão acerca de temas paralelos e correlatos, como o meio de desenvolver políticas públicas, como estipular agenda, quem são os sujeitos (institucionais ou não) que contribuem para a fixação de políticas públicas e outros temas, visto que superaria os objetivos desta pesquisa. Limitando-se ao interesse do trabalho, é preciso poder adotar um conceito e seus elementos.

O tema de políticas públicas sempre esteve ligado a áreas multidisciplinares, principalmente à Ciência Política e à Sociologia. Contudo, Dworkin (2007) introduziu, com propriedade, a discussão na Teoria do Direito, fazendo contraponto ao conceito de princípio.

Diz o autor:

Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos, pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas (p. 36)

Para o autor resta evidente que política estabelece meta, enquanto princípio é um padrão decorrente de algum aspecto da moralidade. Acerca do conceito proposto por Dworkin, Dias (2016) esclarece:

Logo, as políticas dependem, para sua realização, da adoção de um padrão jurídico que vai inocular no ambiente social um conjunto de objetivos cujos desdobramentos buscam estabelecer patamares de interação social que serão processados, a partir de então, no nível jurídico (p. 40).

Portanto, é possível estabelecer que qualquer política pública intenciona alcançar um determinado objetivo. Do contrário, assim não pode ser caracterizada. Acresce-se a interação social como parte do planejamento e configuração da política pública.

Dye (2016) critica a exigência de identificar obrigatoriamente metas, porque, verdadeiramente, no mundo real, impossível será saber se o ato tem mesmo uma determinada meta e se a meta é justamente aquela por ele anunciada, visto que, num sistema político cheio de vicissitudes, muitas vezes se responde a pressões de grupos de interesse contrários às (falsas) “metas” propostas e, em tantas outras oportunidades, age-se egoisticamente para proteção do próprio interesse político.

Em outras palavras, Dias (2016, p. 56) concorda com a possibilidade de haver paradoxo entre o ente *policy-maker* e o interesse comunitário, apontando que “o grau de dependência de interesses, pressões, articulações internacionais e mesmo de tradição pode redundar na formulação de políticas cujos objetivos descolam-se do conceito dwokiniano ligado ao interesse comum”.

Exatamente por esta crítica, Dye (2016, p.1), vislumbrando a eterna incompletude do desafio de conceituar política pública, prefere tão somente dizer que “*public policy is whatever governments choose to do or not to do*”.

A despeito da crítica contundente, é preferível manter a exigência da existência de meta para caracterizar uma política pública, pois não pode se admitir que pelo defeito se possa explicar a coisa. Aliás, é reforçando doutrinariamente o esqueleto da política pública que se poderá exigir sua construção com maior solidez. Isso nunca será verificado se não for exigido do ato do Estado uma motivação social prévia com objetivo identificado.

Ademais, manter o conceito por demais aberto, generaliza-o de forma equivocada, pois é possível imaginar inúmeros exemplos de atos administrativos – desde a simples homologação de resultados de concursos, passando pela posse de agentes, a prolação de decisões judiciais, até mesmo a necessidade de atos para estruturação de planos de carreira – que não, necessariamente, constituem políticas públicas e, quando muito, seriam apenas parte de sua execução.

Deste modo, no mesmo sentido, Bucci (1997, p. 95) reafirma a proposição de meta, definindo as políticas públicas como “os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados com a participação dos agentes públicos e privados”.

Observe-se que programas de ação podem incluir políticas de não fazer (além de fazer, fazer parte ou não fazer parte). Ou seja, a inatividade do governo também pode se caracterizar como política. Theodoulou (1995, p.2), a respeito, pontua que “*public policy should distinguish between what governments intend to do and what, in fact, they actually do; that governmental inactivity is as important as that governmental activity*”.

Smanio (2013) justifica que as políticas públicas se caracterizam por um complexo de normas jurídicas com fixação de objetivos a serem alcançados, em razão de que somente assim as instituições jurídicas e os órgãos e Poderes do Estado poderiam efetivar decisões políticas e sofrer o controle de sua atuação, como meio assecuratório dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Duarte (2013) complementa, salientando que as políticas públicas têm por objeto a concretização dos direitos fundamentais e que a lei é uma das formas de expressão da política pública.

Outro ponto comum existente, portanto, nos conceitos trazidos pelos mais diferentes ramos da ciência que merece destaque é que as políticas públicas decorrem de instituições governamentais, mesmo que a atividade seja apoderada de uma iniciativa anterior, original e exclusivamente privada. Aliás, esta conclusão, mesmo não explícita, também pode ser extirpada do conceito trazido acima por Dworkin, visto que é necessária a existência de uma entidade capaz de produzir os padrões que configuram o objetivo da política pública, como observa com propriedade Dias (2016).

Dye (2016) é enfático ao enunciar que *“a policy does not become a public policy until it is adopted, implemented, and enforced by some government institution”*. E este vínculo se mostra indispensável em razão de três características mandatórias: legitimidade, universalidade e coercitividade.

O autor explica que a legitimidade se configura em razão da legalidade e do vínculo inafastável dela decorrente, retirando qualquer caráter de escolha. O governo é representante da vontade popular (pelo menos em tese).

As políticas públicas têm sua legitimidade na concretização da cidadania. Afirma Smanio (2013):

O Estado de Direito é a forma política em que os poderes atuam autônoma e independentemente, e submetidos ao império da Legalidade que garante os Direitos Fundamentais dos cidadãos. Os Direitos Fundamentais, por sua vez, legitimam o Estado de Direito e o conteúdo da cidadania. A cidadania é a base de participação política no Estado de Direito, através do exercício dos direitos fundamentais. (p. 12)

Cidadania, no conceito constitucional, representa uma expressão de direitos fundamentais e de solidariedade. A Constituição Federal elevou a cidadania à categoria de princípio fundamental. As políticas públicas devem promover a concretização da cidadania, cujos valores são princípios gerais de Direito. Portanto, as políticas públicas só têm legitimidade se protetoras dos Direitos Fundamentais.

A característica da universalidade, conforme Dye (2016), decorre da aplicação geral sobre todas as pessoas da política desenvolvida, independente de filiação ou grupamento social. Por último, o governo monopoliza a coerção, usando força legitimada para fazer cumprir seus comandos. Estas são características importantes para a compreensão do conceito de políticas públicas.

Assim, aglutinando núcleos essenciais que formam o conceito, tem-se: as políticas públicas buscam metas de concretização de direitos fundamentais através de participação de instituições governamentais, sendo a lei uma forma de expressão jurídica da política do Estado.

Comparato (1998, p. 45), na tentativa de aproximar ainda mais o conceito em exame das ciências jurídicas, reconhece que as políticas públicas, são, em realidade, uma “atividade” do Estado. Nesse sentido, exprime “que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. O autor destaca a composição por normas (em regra, atuação do Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (atos do Poder Judiciário) como parte da implementação da política pública que sempre será complexa e nunca se exaure numa única atividade. Portanto, ainda segundo o autor, normas e atos são englobados como componentes da política pública, encontrando a união (ou comunhão) na sua finalidade.

A compreensão de políticas públicas como atividade não resta isenta de críticas. Bucci (2006) verifica que o conceito de políticas públicas como atividade apenas agrega normas e atos, para análise e aplicação do Direito, mas não promoveria uma categoria nova. A autora, portanto, não enxerga a possibilidade de se declarar inconstitucional uma política pública sem que se pudesse reconhecer a regularidade das normas e atos que a constituíram ou vice-versa (como proposto e defendido por Comparato na obra referida).

Todavia, deve ser admitido que o conceito de atividade, de fato, facilita a compreensão de política pública e a identificação de seus elementos. Com razão, Duarte (2013), didaticamente, reúne quatro elementos reconhecidos na doutrina que traduzem a noção da atividade complexa que é a política pública. São eles: ação, coordenação, processo e programa.

A ação visa objetivos coletivos, por meio de uma “prestação de natureza positiva, fática ou jurídica” (DUARTE, 2013, p. 21). A ação de natureza fática se estabelece pela concretude dos atos do Estado. Interessa ao objeto de pesquisa, no entanto, entender as ações de natureza jurídica, quais sejam, as decorrentes de “normas necessárias para a regulamentação dos direitos previstos abstratamente na Constituição” (DUARTE, 2013,

p.21). No caso em exame, adiantando conclusões, verifica-se que o IRDR visa a proteção do princípio constitucional da duração razoável do processo, direito fundamental de cidadania e de proteção da dignidade da pessoa humana. Trata-se, por conseguinte, de uma política pública judiciária com finalidade última de garantia do acesso à justiça, conceito que engloba o direito de petição, o direito de tratamento isonômico, o direito de tutela efetiva, o direito ao contraditório, todos dentro do devido processo legal.

A coordenação é característica que reconhece a necessidade de participação conjunta de diversos agentes, inclusive dos próprios destinatários da política. No caso de implementação de política pública por meio de legislação, há de se reconhecer a necessidade de atuação combinada do Legislativo (na criação da lei) e Executivo (na promulgação). No caso de uma técnica processual de julgamento, como o IRDR, a sua admissibilidade e aplicação são decorrentes de atuação do Poder Judiciário.

Quanto ao processo, Duarte (2013) exige a participação popular para gerar legitimidade às escolhas necessárias para o desenvolvimento e implementação de políticas públicas, admitindo a participação direta e indireta. Assim, o desenvolvimento de projeto de lei que modifica um quadro social indesejável possui, de *per si*, a participação popular indireta indissociável, eis que decorrente da atividade de legislatura de representantes eleitos. Mas não só isso. No caso do IRDR, parte integrante do Código de Processo Civil, a legitimidade foi garantida pela participação da sociedade civil no curso do incidente, como bem destacou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, presidente da comissão de juristas:

A legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica. O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos a página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentas e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendidos todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto. Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida (BRASIL, 2015).

Por último, destaca-se o programa, como sendo o conteúdo da atividade que constitui o desenvolvimento da política pública. Acerca do instituto em estudo, por se tratar de técnica processual de julgamento, o programa é realizado pelo Poder Judiciário.

É possível, portanto, passar a se adotar um conceito para os efeitos deste trabalho: “política pública é uma atividade coordenada e complexa do Estado, composta por atos e

normas, com objetivo de concretizar direitos fundamentais, legitimada pelo interesse comunitário, o qual se encontra respaldado por princípios ou regras constitucionais”.

Ainda que se admitisse que ações estatais promovidas sem a preocupação precípua e específica de proteção de direitos fundamentais pudessem ser caracterizadas como política pública, estas teriam insuperáveis limitações constitucionais e principiológicas e nunca poderiam fazer frente às eventuais necessidades de flexibilização de princípios desta magnitude (como o IRDR efetivamente exige e se demonstrará mais adiante). Portanto, seriam políticas públicas subsidiárias, ou seja, de fomento de outras políticas públicas principais, e, por isso mesmo, não constituem o núcleo do conceito apresentado e que interessa ao presente trabalho.

### **3.2 O poder legislativo como fomentador de políticas públicas**

Quando se pensa sobre quem seria competente para formular originalmente uma política pública no Estado, a resposta imediata seria o Poder Executivo. Desde as campanhas eleitorais, percebe-se que é o chefe do Executivo quem propõe e “garante pessoalmente” a implementação de políticas públicas, aproximando-se deste ou daquele viés político, conquistando parcela maior ou menor do eleitorado, muitas vezes em razão da tal política pública propagandeada.

Todavia, não parece que essa deveria ser a melhor resposta (assim observada dentro de um plano teórico, pois se reconhece que, concretamente, no Brasil, o Poder Executivo é o maior fomentador de políticas públicas, situação especialmente identificada quando se está diante de um Poder Legislativo a si submisso ou vinculado). De pronto, a maior crítica a essa hipótese diz respeito à efemeridade ou provisoriedade do governo. Políticas públicas que repercutam uma ideologia própria do Executivo tendem a durar até eleição de candidato pertencente a corrente política oposta (o que é mais facilmente percebível em planos municipais). O interesse público não pode ser sacrificado pela alternância do poder, essencial à democracia (BUCCI, 1997). É ao Poder Legislativo, portanto, que deveria caber o papel principal de fomentador de políticas públicas.

Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, suas diretrizes e objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu (BUCCI, 1997)

Torrens (2013, p. 194) destaca a decisividade com que é exercido o papel do Legislativo de fomentador de políticas públicas, pois “representa a legitimação, o controle político, a fiscalização e a vigilância sobre a atividade governamental”. O legislativo funciona como caixa de ressonância das aspirações populares e, por isso mesmo, apresenta-se com maior legitimidade para promover políticas públicas, continua o autor.

Dias (2016) defende que Legislativo e Executivo teriam a autoridade para selecionar os objetivos e instrumentos de interesse comum social para implementação de políticas públicas. Bucci (1997) afirma que a origem normativa da política pública é o Poder Legislativo. Resta evidente que, na prática, ambos são responsáveis pela criação de políticas públicas, eis que ambos possuem representatividade dos interesses a serem protegidos.

O que se quer salientar é o papel do Legislativo e o modo de relacionamento coordenado com o Executivo que promove as políticas públicas do país. O parlamento participa do poder decisório e da construção de agenda governamental (TORRENS, 2013). Escamilla (2015) ressalta o papel do Congresso para conhecer as demandas populares, influenciar na agenda do governo, aprovar os pressupostos para implementação de políticas públicas e monitorar sua efetivação. *“En conjunto, se puede concluir que las decisiones legislativas forman parte del ciclo de las políticas públicas”* (p. 3)

A conclusão que ora se visa é: o Poder Legislativo, sendo primordial ou secundário, é fomentador de políticas públicas e faz parte do ciclo de implementação destas.

Duarte (2013) apresenta as fases desse ciclo de implementação de políticas públicas. São elas: (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas; (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados; (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gastos de recursos e aprovação de leis; (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Observe-se que as fases podem facilmente corresponder ao processo legislativo, inclusive de criação do IRDR. O Poder Legislativo, como sucedâneo do interesse individual, atuando de forma representativa, deve identificar os problemas e demandas sociais, sendo estes evidentes, até mesmo porque notórios: a morosidade do Judiciário e a necessidade de apresentação de uma solução ao litígio posto, principalmente decorrente das causas

massificadas. Diante de muitas propostas, tantas das quais se tornaram leis - criando um verdadeiro “retalho do CPC”, principalmente após as mini-reformas iniciadas em 1994 -, o Poder Legislativo buscou uma solução nova à demanda popular, com base no Direito alienígena, principalmente o alemão e o inglês, constituída na técnica de julgamento do IRDR como hipótese de solução (conjunta, não exclusiva) ao problema identificado de morosidade e asoeramento do Judiciário. Em seguida à proposta, concretizou sua implementação por meio da criação do IRDR, introduzido-o na Lei nº 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil – nos artigos 976 e seguintes.

As duas últimas etapas do ciclo das políticas públicas são a avaliação e a fiscalização. A avaliação é justamente a verificação de adequação dos meios e fins, ou seja, se a política desenvolvida alcança (ou alcançará) os objetivos previstos. Ou seja, tomando o objeto de estudo, seria identificar de que modo houve (ou não) diminuição de processos no Judiciário em razão da adoção e aplicação do IRDR.

Todavia, não há, ainda, tempo hábil para se ter uma avaliação concreta, eis que são ainda muito poucos os julgados de IRDR pelo Brasil<sup>31</sup>, não permitindo um levantamento estatístico confiável e abrangente. Não se atingiu ainda a etapa de avaliação do ciclo. Apenas para que se possa ter uma ideia de quão pequeno é esse número, diversos tribunais não julgaram ainda nem o primeiro IRDR<sup>32</sup>. Em relação aos processos que podem ser afetados dentro do estado do Pará, identifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado apenas, há pouco tempo, admitiu o processamento do primeiro IRDR; o TRT-8 julgou apenas dois incidentes e o TRF-1 possui somente um julgado<sup>33</sup>.

Vale ressaltar que os julgamentos através do IRDR vão implicar em atividade de gestão do Poder Judiciário, eis que pensado como instrumento adequado para solução eficiente do litígio repetitivo, reduzindo, deste modo, a pauta de julgamentos, garantindo a isonomia, a segurança jurídica e a efetividade das decisões, além de que o efeito vinculante dá vigência também ao princípio da legalidade (GIORGI JÚNIOR, 2017). Os dados estatísticos surgirão (para confirmar a expectativa positiva) a partir de um número significativo de

---

<sup>31</sup> O CNJ registra apenas 33 IRDRs julgados em território nacional, abrangidos os tribunais de justiça dos estados, tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho até a data de 10/12/2017. Todavia, o levantamento estatístico não é preciso, vez que os tribunais informam o julgamento de 38 IRDRs. (Apêndice A)

<sup>32</sup> Não constam registros de julgamentos de IRDR nos seguintes tribunais: TJ/AL; TJ/BA; TJ/GO; TJ/MT; TJ/MS; TJ/PA; TJ/PB; TJ/PR; TJ/PE; TJ/PI; TJ/RN; TJ/RO; TJ/RR; TJ/TO; TRF3; TRT1; TRT3; TRT4; TRT10; TRT11; TRT12; TRT21; TRT24. Outros tribunais não fornecem qualquer registro, sendo provável que não tenha havido julgamentos de IRDR nestes locais, sendo, contudo, impossível afirmar: TJ/AM; TRT2; TRT5; TRT6; TRT7; TRT9; TRT14; TRT15; TRT16; TRT17; TRT19; TRT20; TRT23. Dados constantes da tabela no Apêndice A

<sup>33</sup> Informações atualizadas até a data de 15 de dezembro de 2017.

julgamentos de IRDR e a percepção dos efeitos na celeridade de julgamentos e repressão na propositura de demandas repetitivas. Giorgi Júnior (2017, p. 192), entusiasta da mudança, corroborando as altas expectativas da comunidade jurídica de que o instituto se mostrará bem sucedido, assim como a inspiradora experiência alemã do *musterverfahren*, por exemplo, afirma categoricamente que a criação de um sistema de vinculação forte precedentes, ao lado do IRDR e do IAC, constitui “a mais profunda alteração na história do Direito brasileiro, desde a proclamação da república”.

Atendendo aos objetivos da política pública e observado pelo prisma do avanço do sistema de precedentes vinculativos, o IRDR permite, como já explicado, a suspensão coletiva dos processos e o pedido de suspensão nacional em vista de alcançar a uniformização de interpretação e aplicação da norma incidente ao caso repetitivo, cuja repercussão indiscutivelmente e inevitavelmente maior, transparecerá em números, a partir da consolidação do uso do incidente, o que ocorrerá naturalmente com o tempo, o aprendizado do instituto e a robustez das normas-precedente produzidas.

A fiscalização, por sua vez, é etapa permanente a partir da implementação da política pública e incumbe, não apenas aos poderes do Estado, mas a todos: a sociedade civil, destinatária final da política pública; os órgãos fiscalizadores criados com esta natureza e missão; o Poder Judiciário, que ao fim e ao cabo pode (e deve) exercer um controle sobre a efetivação dos direitos fundamentais.

De fato, a jurisdição constitucional é necessário meio de controle dos poderes do Estado e, inevitavelmente, por vezes, encontra-se atrelada à observação de políticas públicas, como seu fundamento decisório ou como seu objeto de implementação e desenvolvimento. A “relevância do IRDR na jurisdição constitucional brasileira - tanto na modalidade de controle como na de interpretação constitucional – é muito grande” (GIORGI JÚNIOR, 2017, p. 193).

O sentido de uma justiça constitucional, como defende Cappelletti (1986), é garantir que o poder do governo esteja limitado por normas constitucionais. Grimm (2006) defende que os tribunais constitucionais, ao longo da história, mostraram-se capazes de funcionar como instrumentos necessários para controle do poder político. Portanto, sem procurar aprofundamento no tema de controle judicial de políticas públicas (novamente, fugir-se-ia do objeto do presente), deixa-se registrado que este é sim possível e efetivamente exercido. Deve-se ressaltar que a interpretação é o fim próprio da atividade dos tribunais por ocasião da fixação de teses jurídicas (normas-precedente) e que esta atividade não pode ser apenas retrospectiva, mas deve ser sempre prospectiva (GIORGI JÚNIOR, 2017, p. 197), com preocupação acerca dos efeitos concretos a serem promovidos no seio social, de modo que a

decisão judicial pode ser, por ela mesmo, um ato de implementação de políticas públicas (VITORELLI, 2017).

### **3.3 A nova legislação processual caracterizada como política pública de redução do número de processos judiciais**

O conceito de política pública e a possibilidade de sua criação pelo Poder Legislativo - ainda que necessite da colaboração do Executivo para o aperfeiçoamento do ato complexo ou mesmo do Judiciário, eventualmente, para sua implementação – associados aos fundamentos e objetivos do IRDR já permitem a conclusão de que a novel legislação processual é muito mais que um marco procedimental, mas uma real e concreta política de redução do número de processos, como causa de problemas graves que afetam direitos fundamentais do cidadão relativos à efetividade da justiça. Todavia, para que fique ainda mais inequívoca a assertiva, é salutar caracterizar os elementos do IRDR como política pública desenvolvida pelo Poder Legislativo.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil expressamente enuncia que as bases do IRDR brasileiro são de inspiração no *Musterverfahren* alemão e que o instituto visa empreender a celeridade de julgamento:

é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: *a)* o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; *b)* no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo). (BRASIL, 2010)

Além disso, a exposição de motivos também faz referência expressa à consecução da segurança jurídica por meio de aplicação de solução idêntica para situações que têm como base a mesma questão de Direito. As bases de sustentação do IRDR são a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade. Aqui, a busca é pela compreensão do IRDR como uma política pública decorrente do Poder Legislativo, descaracterizando-o como mero instrumento processual que dispõe de um procedimento especializado para julgamento de causas repetitivas.

Torrens (2013, p. 193) assevera que a lei sempre deve influir na realidade social, expandindo-se para fora de uma esfera puramente normativa. Afirma que “há, também, que ser lei de transformação, lei destinada a interferir na direção da economia e realizar o desenvolvimento nacional”. Para o autor, portanto, desenvolver um mero instrumento

processual, sem o objeto de ser lei de transformação, seria um vício legislativo ou apenas previsão de procedimento. O IRDR não fica restrito a estas duas opções.

Para caracterizar o instituto como política pública, faz-se necessário um breve retorno ao conceito admitido e apresentado acima de política pública: é uma (a) atividade coordenada e complexa do Estado, (b) composta por atos e normas, (c) com objetivo de concretizar direitos fundamentais, (d) legitimada pelo interesse comunitário e (e) respaldado por princípios ou regras constitucionais. Mister, então, observar o conceito parte por parte e apresentar um paralelo característico com o IRDR.

O novo código de processo civil, com a previsão de inclusão no ordenamento jurídico do IRDR, constitui, em si, criação legislativa, cuja vigência se deve a atividade coordenada com o Executivo (atividade de promulgação da lei). É, ainda, atividade complexa do Estado, caracterizada assim, por exemplo, pela necessidade de criação de novos regimentos internos dos tribunais; modificação dos programas de computador, tornando-os capazes de identificar pluralidade de questões sobre o mesmo tema; registro e informação dos temas paradigmáticos para suspensão dos processos semelhantes; base de dados das decisões vinculativas, entre outros atos.

O IRDR, como política pública, é desenvolvido por uma norma federal, infraconstitucional, atrelada a diversos atos para formação de seu ciclo, iniciando pela identificação da necessidade de enfrentar a morosidade judiciária e a expansão das causas de massa enfrentadas individualmente e não coletivamente, passando pela formulação de proposta e adaptação de institutos estrangeiros para a realidade brasileira (especialmente o *musterverfahren*, conforme confessado na exposição de motivos), aprovação em texto de lei da proposta debatida no Legislativo, implementação da política por meio da vigência da legislação e da aplicação pelos tribunais, além de se submeter à futura avaliação de resultados, ou seja, a verificação da existência de redução do número de processos, além de fiscalização constante do *modus operandi* e da manutenção do objetivo de criação da lei, para evitar desvirtuamentos ou o uso indevido que suprima direitos decorrentes do contraditório e ampla defesa.

Todos os meios processuais de julgamento de causas individuais com espectro coletivo (entre eles o IRDR) são legitimados pelo interesse comunitário, seja pela intensa discussão do projeto de lei, seja pela previsão de legitimação pelo procedimento.

O IRDR possui, portanto, uma base principiológica constitucional, qual seja, os princípios da celeridade, da economia, da duração razoável do processo, da igualdade, que levam ainda a defesa do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Então, neste ponto, alcança-se o centro de toda a argumentação que caracteriza a técnica de julgamento como fruto de uma política pública: a concretização de direitos fundamentais sociais.

O Estado torna-se um implementador de políticas públicas. É nessa perspectiva que a atividade jurisdicional do Estado volta-se para a solução de conflitos de natureza coletiva, os quais, em última análise, têm a ver com fazer valer aqueles objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico (SALLES, 2006)

Bastos (2013, p. 125) salienta que uma das mais importantes características do Estado Social é “deixar de ser o mero *government by law* e pretender transformar-se no *government by policies*”, ou seja, todo ato praticado pelo poder público tem por base as metas constitucionais traçadas pelo artigo 3º da Carta Magna, evidentemente, sem perder de vista o parâmetro da legalidade. As políticas são, portanto, instrumentos de ação do governo para execução destas metas. O mesmo autor salienta que “a finalidade das políticas não é fixar objetivos, mas executá-los” (p.127).

Assim, a previsão do IRDR é dirigida à execução de uma meta pública de redução do número de processos, num efeito de molecularização de julgamentos de casos que foram propostos de forma atomizada, alcançando o direito fundamental de efetivo acesso à justiça, com promoção de paz social através de resultado célere e isonômico, em observância a duração razoável do processo e, em último nível, da dignidade humana. A criação do IRDR é uma política pública de acesso à justiça, pois corresponde a uma evidente escolha valorativa do legislador.

Portanto, a compreensão do IRDR como política pública é imprescindível à tarefa de interpretação e aplicação de suas normas e procedimento, à realização da valoração de princípios em colisão e à recepção sistêmica constitucional do instituto.

#### **4 O SIGNIFICADO DE CELERIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE COMO FUNDAMENTOS DA POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA: PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.**

O IRDR precisa ser compreendido como instrumento legal de política pública judiciária para redução do número de processos e, por conseguinte, com metas justificadoras de sua criação e existência para proteção de direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, é possível compreender o significado de seus fundamentos - celeridade, segurança jurídica e igualdade -, princípios constitucionais que retratam a proteção do direito fundamental de acesso à justiça.

Assim, é necessário observar o significado de celeridade, segurança jurídica e igualdade como fundamentos constitucionais do instituto processual ou buscar uma ressignificação adequada destes princípios diante das metas que visam alcançar, cuja concretização vem em salvaguarda às necessidades e anseios imediatos da comunidade, percebidos pelo legislador.

Todavia, imperioso explicar duas questões insuperáveis, necessariamente anteriores ao exame dos princípios que compõe a tríade de sustentação do instituto. A primeira delas diz respeito à impossibilidade estatística de constatação prática ou empírica dos resultados alcançados a partir dos julgamentos do IRDR, vez que, como já se pontuou, ainda não há um número relevante de julgados ou mesmo o decurso de tempo suficiente após a ocorrência das definições dos temas jurídicos repetitivos que viessem a permitir a apresentação da consecução, no mundo sociológico, dos benefícios teóricos que a política pública definiu como metas para o instituto. Portanto, a celeridade admitida como consequência natural da implementação de um julgado com efeitos vinculantes para causa comum coletiva ainda não pode ser demonstrada. De igual modo, a segurança jurídica decorrente da previsibilidade do julgamento permanece no plano ideal, que somente será posto à prova com o crescimento do número de questões repetitivas resolvidas.

O segundo ponto relevante diz respeito ao corte teórico decorrente do problema de pesquisa. A investigação se dá sobre a eventual ocorrência de violação do princípio da igualdade, de modo que a definição do objeto de pesquisa é um fator limitador para o desenvolvimento dos conceitos de celeridade e segurança jurídica, sob pena de longa e desnecessária digressão. Contudo, não se pode permitir passar ao largo dos conceitos sem qualquer tipo de enfrentamento, visto que estão colocados ao lado da igualdade como princípios legitimadores da criação legislativa.

Feitas essas duas ressalvas, passa-se aos apontamentos acerca dos princípios da celeridade e segurança jurídica.

#### **4.1 Celeridade e segurança jurídica no IRDR: consequencialismo utilitarista da política pública judiciária em proteção do acesso à justiça.**

O IRDR é instituto consensualista, decorrência natural das metas para si traçadas, a partir de opções legislativas de políticas públicas, no enfrentamento aos problemas identificados de morosidade, asoberbamento de processos, falta de efetividade, insegurança jurídica e tantos outros já apontados. Por outro lado, possui um procedimento que intenciona a produção de boa decisão, com qualidade para ser replicada em razão da sua natureza vinculante. As maiores críticas, neste particular, concentram-se no desenvolvimento (ou não) do contraditório dinâmico, substancial e representativo, que poderá implicar em mácula ao princípio da igualdade. A celeridade processual, portanto, não pode implicar em indevida sumarização da cognição. Deve ser respeitado o tempo no processo – intraprocessual – que representa a dimensão necessária e suficiente ao debate, à prova e à cognição adequada, plena e exauriente, em paralelo ao tempo extraprocessual, no sentido de tempo inautêntico, que representa o tempo de espera da sociedade contemporânea pela prestação jurisdicional, marcada pelo viés tecnológico, de massa e consumista (SOUZA, 2012)

Necessário, portanto, compreender o significado da celeridade e segurança jurídica desenvolvidos pela política pública que implantou o instituto processual.

A experiência alemã demonstrou, aparentemente, ter sido positiva a implementação do *musterverfahren* para permitir o funcionamento da máquina judiciária que restou travada na sua funcionalidade diante de uma situação excepcional que multiplicou em muitas vezes o ingresso de ações individuais, versando sobre idêntica hipótese fática. A versão brasileira objetivou o mesmo efeito, só que em proporções agigantadas, eis que não previu restrição de tempo ou de matéria para o uso do IRDR; neste ponto, aproximando-se muito mais das *Group Litigation Orders* do direito inglês.

Assim, a celeridade que se visou implementar a partir da técnica de julgamento coletivizado (por meio da definição do tema jurídico e vinculação obrigatória nas causas com questões jurídicas idênticas) passa a ser compreendida a partir da eficiência presumida do incidente: se há uma decisão que será replicada às demais, haverá “presumidamente” uma aceleração nos julgamentos dos casos de temas idênticos e, com isso, o desafogamento do Judiciário e melhor aproveitamento do tempo para julgamento dos casos difíceis.

Essa presunção de eficiência é possível em razão de dois fatores principais aqui considerados: (a) o resultado positivo nesse exato sentido, dos paralelos alemão e inglês, de modo que, se os resultados ora esperados foram alcançados no estrangeiro, tendo sido a lei (no caso tedesco) prorrogada em sua vigência temporal, por duas vezes, dada a reconhecida eficiência de seus resultados, não há porque presumir negativamente que a mesma eficiência não será observada no Brasil; (b) o CNJ informa que, desde a vigência da lei, foram propostos 150 IRDRs (considerando os incidentes já julgados e aqueles pendentes de julgamento, mas admitidos) (BRASIL, 2017c), o que implicou em 121.775 processos suspensos por identidade temática, proporcionando uma média de 818,83 processos afetados por cada incidente admitido. Ou seja, um IRDR seria responsável pela aceleração do julgamento de 818 processos, em média.

Observa-se, portanto, resultados preliminares, nos quais os números ainda são incipientes, uma vez que, em 15 (quinze) meses de vigência da lei, no país inteiro, somente 158 IRDRs foram admitidos, ou seja, uma média de 5,8 IRDRs por Estado brasileiro, sendo que existem estados que não admitiram sequer um único incidente, como Alagoas, Paraíba e Roraima. Ademais, os números não são coincidentes, nem mesmo dentro do site do próprio CNJ, o que deixa um tanto inconfiável o levantamento dos dados.

Todavia, mesmo que se considere que 818 processos foram afetados por temática comum ao incidente, ainda não se têm os dados concretos de aceleração de julgamentos ou de diminuição do número de processos do Judiciário como um todo. Aliás, a percepção empírica acerca da morosidade do Judiciário continua idêntica ao momento anterior à mudança da legislação processual. Como se disse, a avaliação de eficiência somente poderá ser feita a partir da consolidação do instituto e do reflexo dos julgamentos das teses, o que virá com o tempo (essa é a intenção do legislador). A condição ainda é tão incipiente que, até 10.12.2017, dentre os tribunais com atuação sobre o Estado do Pará (TJE-PA, TRF1 e TRT8), apenas o TJE-PA previu o processamento do IRDR no seu regimento interno e só o TRT-8 havia promovido julgamento de IRDR.

Cunha (2014, p. 236) relaciona eficiência à economicidade. Para o autor, “ser eficiente é, enfim, adotar medidas satisfatórias para alcançar finalidades preestabelecidas”. Ou seja, o autor destaca um caráter instrumental de eficiência. Nesse sentido, a técnica é eficiente para o fim ao qual se propôs.

Taruffo (2008) pontua que, para entender eficiência no processo civil, é necessário perguntar para que se quer essa eficiência. Explica o autor:

*El paso se justifica por el mero hecho de que la eficiencia, por sí misma, es un concepto instrumental: resulta sensato, por tanto, preguntarnos por qué, y a la vista de qué resultado final, debería ser eficiente un mecanismo procesal. De hecho, sólo si decidimos eso previamente podremos cuestionarnos qué proceso sería eficiente (p.2).*

Efetivamente, essa pergunta é pertinente ao objetivo da lei de imprimir celeridade nos julgamentos. O IRDR foi desenvolvido para alcançar a meta de redução do número de processos, dando celeridade aos julgamentos das causas pela aplicação vinculada da decisão proferida sobre o tema. De mesmo modo, haverá celeridade no julgamento dos demais processos, não repetitivos, pela otimização do tempo. Todavia, imprimir celeridade não pode ser um objetivo exclusivo da norma. O doutrinador italiano aponta duas perspectivas de eficiência no processo: “*el objeto de los procesos civiles puede ser a) una resolución de conflictos pura o b) una resolución de conflictos mediante decisiones justas*” (TARUFFO, 2008, p. 2). Trata-se de reconhecer uma perspectiva eminentemente quantitativa – verificação exclusiva de tempo e custos – ou qualitativa – observação da qualidade do resultado produzida num determinado tempo para decisão. Taruffo (2008, p.2) descarta de pronto a primeira alternativa, remetendo a uma posição crítica de Rawls, pela qual “*la justicia procesal pura*” era la de las loterías, y lanzar una moneda al aire es un modo extremadamente rápido y barato de decidir lo que sea. Podría incluso ser justo, em aras de la igualdad, puesto que cada parte tiene el 50% de probabilidades de ganar”.

Cunha (2014) enxerga na eficiência quantitativa uma confusão com os princípios da economia processual e da duração razoável do processo. De fato, estes são princípios de proteção de direitos fundamentais de acesso à justiça que não traduzem sozinhos o significado de eficiência.

Logo, resta evidenciado que a eficiência não pode ser obtida por decisões proferidas sem cuidado, sem observância das provas, sem fundamentação, apenas para cumprir prazos e fantasiosamente alcançar metas, como empírica e criticamente se pode perceber por meio de ações desesperadas de atribulados e abarrotados órgãos do Judiciário, que acabam por entregar prestações jurisdicionais mal fundamentadas, com referências a sujeitos que não são partes do processo, resolvendo pedidos nunca formulados ou deixando de apreciar a totalidade dos pedidos ou, ainda, buscando, numa espécie de jurisprudência defensiva, extinguir o processo sem resolução do mérito, apenas para encerrar o ofício judicante, sem preocupação precípua na solução do conflito social, porém, eliminando um “número” dentre os processos pendentes.

Como assevera Carvalho (2016, p. 475), “os elementos da eficiência processual são: tempo, custo e qualidade da decisão final”. Continua o autor ressaltando que “a qualidade da decisão judicial está diretamente relacionada com a qualidade do contraditório exercido no processo” (p. 475). A preocupação com o contraditório relaciona-se com o princípio da igualdade e será retomada mais adiante.

A eficiência pelo prisma qualitativo busca a resolução do litígio por meio de decisões com maior poder de convencimento, facilitando o cumprimento voluntário, evitando novas demandas futuras ou sucessivas, reduzindo o número de recursos, o que justificaria a observação de celeridade. Tais efeitos positivos só serão alcançados após debate profícuo, com contraditório dinâmico, cuja extensão em nada atrapalha a eficiência, vindo, na realidade, a fortalecê-la (THEODORO JÚNIOR et al., 2015)

Portanto, é legítimo questionar que tipo de eficiência o legislador buscava ao adotar as técnicas de julgamento repetitivos que visam acelerar a entrega da prestação jurisdicional em massa. Ou seja, como questionou Taruffo (2008): “eficiência pra que”?

Eficiência passou a integrar expressamente as normas fundamentais do processo civil a partir da vigência da Lei nº 13.105/2015, o CPC. “A eficiência, portanto, está entre as normas que compõem a base para um processo civil justo, pois sua aplicação deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana” (LEITE; MENEZES, 2017, p.17). Contudo, sua previsão legislada, inclusive como princípio constitucional dirigido à administração pública, já remonta muitas décadas. Como pontua Araújo (2015), o conceito de eficiência permeia diversos instrumentos processuais que objetivam propiciar maior efetividade, diminuindo o tempo do processo e a instabilidade interpretativa, dentre os quais cita: a suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (com base na Lei nº 8.437/1992 e na Lei nº 12.016/2009), o pedido de uniformização de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009), a aplicação de súmula vinculante (CF/88, artigo 103-A), o incidente de assunção de competência, a reclamação constitucional e o IRDR. Para todas essas situações, a pergunta continua válida.

Taruffo (2008, p. 3) aponta com propriedade peculiar que “*un sistema judicial es eficiente cuando su funcionamiento resulta razonablemente rápido y económico, pero también cuando se orienta estructuralmente para llegar a decisiones informadas, precisas y responsables que se basen en todos los fundamentos jurídicos pertinentes.*”

A eficiência quantitativa viola claramente o devido processo legal. “O *due process of law* exige que o processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência se houver observância

do juiz natural, da isonomia, da duração razoável do processo, do contraditório, da adequação, enfim, o processo deve ser adequado e eficiente” (CUNHA, 2014). Observe-se que os fundamentos do IRDR estão todos contidos nas exigências do processo devido.

Decisões informadas, precisas e responsáveis precisam ser efetivas e eficientes. A efetividade se verifica com a concretização de um direito reconhecido. A eficiência está relacionada ao modo do exercício da atividade jurisdicional. “A eficiência é meio; efetividade é resultado (CARVALHO, 2016, p. 477). Não se pode afirmar que todo ato efetivo tenha sido necessariamente eficiente. Aliás, a demora excessiva na prática do ato é causa comum do reconhecimento de sua ineficiência. Todo ato eficiente é, todavia, efetivo, pois se o ato não alcançou o resultado, não pode ser tratado como eficiente.

No modelo do novo Código de Processo Civil, a eficiência deve ser medida pelo potencial que a atividade jurisdicional tem para gerar o máximo de bem-estar processual, com resultados práticos, capazes de transmitir aos litigantes a sensação real de que o direito deduzido em juízo será reconhecido/realizado. Uma espécie de ‘consequencialismo processual’ (CARVALHO, 2016, p. 476)

Portanto, a problemática enfrentada pelo legislador fê-lo buscar técnicas de resolução de conflitos consequencialistas. Esse caráter pragmático é percebido pela adoção, à brasileira, de um novo sistema de precedentes, no qual, restam integradas as tutelas coletivizadas, por força da irradiação obrigatória de seus efeitos, como já defendido.

Abboud (2016) discorda que a decisão dotada de efeito vinculante pela lei possa ser equiparada ao precedente, oriundo do *commom law*, em razão de fator histórico, hermenêutico e democrático. Historicamente, o sistema de precedentes do *commom Law* utiliza-se da análise das prévias decisões para preservação da tradição do povo, não nascendo, desde sempre, precedente. O fator hermenêutico salienta que não existe qualquer vantagem para a democracia a substituição do juiz *bouche de la loi* pelo “juiz-boca-da-súmula-ou-de-qualquer-outro-provimento-vinculante”, vez que qualquer norma, inclusive a norma-precedente, para ser compreendida, precisa ser interpretada. Por último, destaca que no *commom law*, a dimensão de precedente é alcançada pela aceitação da decisão pelas partes e instâncias inferiores do Judiciário. Conclui, portanto, que a produção de solução judicial vinculante para temas repetitivos não proíbe o aplicador (não meramente replicador) de interpretar a norma. Há, portanto, “obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões, para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência” (ABBOUD, 2016, p. 578).

Todavia, percebe-se que, no Brasil, há o desenvolvimento de um sistema próprio, peculiar, cuja adoção de procedimentos de formação de decisões vinculantes – como o IRDR – decorre da necessidade de proteção de direitos fundamentais. Sem desconhecer a argumentação proposta, Dias (2009) salienta que a produção de decisões vinculantes provoca nas partes uma reflexão maior sobre o risco da causa, produzindo um estímulo negativo a propositura ou manutenção de um litígio temerário. Observe-se, contudo, que a intenção da norma vai muito além do estímulo negativo ao litígio individual. A preocupação com os conflitos de massa e o efeito coletivizador da decisão aumenta a chance de acordos e da própria mudança de comportamento lesivo, principalmente dos grandes litigantes ou litigantes habituais. Aliás, esse é um dos principais efeitos da certificação das *class actions*: o estímulo ao acordo. De fato, a manutenção da “jurisprudência lotérica” incentiva a propositura de demandas judiciais, a utilização de infundáveis recursos, a eternização da lide, além de estimular negativamente a realização de acordo. A uniformidade decisória produz um “efeito pedagógico dinâmico” (DIAS, 2009. p. 101).

O efeito pragmático da norma é garantir a efetividade e o próprio direito fundamental à tutela jurisdicional, pelo que a vinculação de decisão produzida com este propósito e obedecendo aos trâmites previstos para sua produção é o que Araújo (2008, p. 1) chama de “uma reengenharia necessária”: uma reengenharia do sistema processual brasileiro para dar vazão às causas repetitivas; uma reengenharia aos institutos estrangeiros para adequação às necessidades locais e a uma cultura própria.

Outrossim, é objetivo declarado do legislador a consecução de segurança jurídica, através da padronização e unificação (regional e/ou nacional) das soluções jurídicas para os mais diversos temas conflituosos (substanciais ou processuais), gerando a previsibilidade. Costa (2012, p. 82) reconhece que “há um clamor pela efetividade processual diante das incertezas e falta de previsibilidade, o que nos leva a acreditar que vivemos uma era de tutela de aparências”. Como assevera Peixoto (2016, p. 65), a segurança jurídica possui previsão expressa no texto normativo constitucional, no *caput* do artigo 5º, cuja leitura sistêmica favorece à interpretação de que a segurança ali prevista é a segurança jurídica (não meramente física), eis que colocada ao lado de diversos valores sociais, como igualdade, liberdade e propriedade

A segurança jurídica, portanto, um valor constitucional, decorre da eliminação das divergências de interpretação e aplicação de normas jurídicas, ou seja, da observância do princípio da isonomia, por meio da previsibilidade das decisões e vinculação obrigatória ao tema repetitivo decidido no julgamento do incidente. Barroso (2011) destaca que o princípio

tutela valores como a previsibilidade de condutas, a estabilidade de relações jurídicas e a proteção da confiança, sendo elemento importante para a paz de espírito e para a paz social.

A outorga de unidade ao ordenamento deriva de uma concepção fundamental: a da distinção entre norma e texto legislativo, admitindo o caráter equívoco e vago dos atos normativos, o caráter adscritivo da interpretação e a conseqüente necessidade de controle do poder do intérprete, pois a decisão não é um ato puramente lógico, envolvendo também a opção entre valores (GIORGI JÚNIOR, 2017, p. 194).

A qualidade da decisão – questão que envolve o dever de fundamentação, o exercício do contraditório e as demais exigências do devido processo - é fundamental para que a unidade do ordenamento seja vista como promoção de segurança jurídica. Portanto, também é necessária a evolução da produção de decisões vinculantes decorrentes de julgamentos de IRDR para que se possa observar se há verdadeiramente alcance de segurança jurídica. A celeridade e a segurança jurídica são fundamentos que ainda só podem ser avaliados em tese.

Como já se disse, o IRDR foi desenvolvido para alcançar metas de política pública de redução de processos. Há uma escolha do legislador com características utilitaristas, com base na eficiência (em tese) para maximização da felicidade em geral, compreendida dentro do conceito de bem-estar processual, advindo da segurança (em tese) proporcionada por decisões consonantes e uniformes. Para compreender essa afirmação, necessário admitir um significado de utilitarismo.

O utilitarismo ocupou papel de relevante fundamento moral para qualificação da justiça das ações e decisões. Nos dias atuais, a teoria é objeto de inúmeras críticas, sendo correto afirmar que não é uma posição filosófica majoritariamente aceita, a despeito de Andrade (2013, p. 109) destacar a “força do utilitarismo, que sempre está presente nos debates da ética contemporânea”. Não à toa, está-se diante de um instituto processual novo – o IRDR – com bases utilitaristas, como se pretende defender.

O princípio geral do utilitarismo é criação do filósofo e jurista Jeremy Bentham desenvolvido na obra “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação” de 1789. Costa (2002, p. 164) apresenta um didático enunciado para resumir o princípio utilitarista: “uma ação moralmente correta é a que produz maior prazer (bem) e/ou menor sofrimento (mal) para a maioria”.

Para o criador desta filosofia moral, a humanidade é regida por duas soberanias mestras: a dor (sofrimento) e o prazer. Deste modo, as leis e todos os demais atos do ser humano deveriam visar alcançar um valor de felicidade e bem-estar. A teoria defende a ideia de que a moralidade do ato somente poderia ser aferida a partir de sua consequência e, esta, deve ter o objetivo de maximizar a felicidade da comunidade. Todavia, para o autor, a

comunidade era um “*fictitious body*”, cujo interesse não era nada além da “*sum of the interests of the several members who compose it*” (BENTHAM, 1907).

O utilitarismo de Bentham acabou sendo desenvolvido em diversas vertentes. Simões (2013) aponta pelo menos cinco: utilitarismo hedonístico (original); utilitarismo ideal; utilitarismo dos atos; utilitarismo das regras; e o utilitarismo do desejo. Apesar de se admitir diferentes entendimentos acerca da teoria utilitarista, a base filosófica necessária para compreensão do que se expõe será representada por John Stuart Mill, cuja obra “Utilitarismo” ainda merece destaque no desenvolvimento dos estudos dessa filosofia moral. No início dessa obra, Mill<sup>34</sup> (2005) resume a teoria utilitarista:

O Credo que aceita a utilidade, ou o Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. (p. 48).

Resta evidenciado para o utilitarismo que há um único bem perseguido pelo homem: a felicidade. “Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer” (MILL, 2005, p. 48). Outrossim, Mill (2005) defende que a avaliação do prazer é necessariamente uma avaliação qualitativa, sendo a avaliação meramente quantitativa errônea para esse fim e que somente as pessoas de aspirações superiores, ou seja, que conhecem todos os objetos de avaliação e comparação, podem ser juízes competentes. E qual a importância dessa avaliação? É esta usada para avaliação da ação humana. Ou seja, o utilitarismo é uma filosofia moral que define a felicidade como padrão de moralidade para a ação humana.

Portanto, a teoria utilitarista se apresenta como critério para avaliar se uma ação é moralmente boa ou má. Nas palavras de Caillé (1990, p. 32), “são justas ou virtuosas as ações, as normas ou as leis que concorrem para maximizar a felicidade dos sujeitos, assim definidos e, se possível, de todos esses sujeitos ou, pelo menos, do maior número deles”. Aliás, como acertadamente salienta Brito Filho (2014, p. 38), em comentário às críticas feitas por Rawls, “no utilitarismo o bem é especificado independentemente do justo, e em que este, o justo, é maximizador do bem”, havendo uma inversão de valores para o que se propõe ser uma teoria deontológica.

Para o utilitarismo, se a ação é constituída de uma conduta, cuja consequência seja um resultado que alcance a felicidade, então há moralidade no ato; do contrário, o ato deve ser

---

<sup>34</sup> A citação de Mill (2005) refere-se ao texto original constante da tradução de Pedro Galvão, também usado nas referências deste artigo. A citação Galvão (2005) se refere à introdução do livro, escrita por este autor. A citação Mill (1863) é utilizada por ocasião de referência ao texto original obtido em <https://www.utilitarianism.com/mill1.htm>

evitado, reprovado ou apenado. Por vezes, o objeto que constitui o objetivo do ato é especificado como um valor em si mesmo, mas, ainda assim, é, em última análise, a busca da felicidade que se perquire com ele. A ética utilitarista é, por conseguinte, uma ética “consequencialista”. Esse é o conceito que merece destaque para o escopo do presente trabalho.

A regra da moralidade utilitarista exige a busca da felicidade de todos os envolvidos e não exclusivamente a felicidade individual. Galvão (2005) salienta que até mesmo a liberdade pode ser objeto de restrição, quando tal limitação dê origem a um maior total de felicidade. Para tanto, o agente deve ser imparcial, como um “espectador benevolente e desinteressado” (MILL, 2005, p. 58). Rawls (2000) exige a racionalidade e o desinteresse do indivíduo representativo que, a partir da posição original e sob o véu da ignorância, garantidor da imparcialidade necessária, definirá os princípios de justiça representativos do consenso original. Todavia, não admite o prejuízo dos indivíduos ou grupos minoritários sob a única justificativa de maximização da utilidade geral, pois defende a garantia de acesso de todos aos bens primários, os quais, como explica Brito Filho (2014), devem ser considerados todos os direitos fundamentais. Rawls (2000, p. 30) severamente infirma: “o utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”.

Em posição diametralmente oposta, Mill (1863) cita a regra de ouro de Jesus Cristo para explicar o espírito da ética da utilidade: “*To do as you would be done by, and to love your neighbour as yourself, constitute the ideal perfection of utilitarian morality*”. Andrade (2013) ressalta o ponto essencial da teoria utilitária: a otimização da felicidade. A moralidade utilitarista, portanto, é indissociável da ideia de coletividade, de vida em comunidade, eis que a felicidade do indivíduo está atrelada ao bem comum.

Mill (1863) desenvolve sua teoria com base no utilitarismo de regras, quando defende que a “*happiness which forms the utilitarian standard of what is right in conduct, is not the agent's own happiness, but that of all concerned*”. Uma vez que a justiça ou injustiça do ato não é determinada pela consequência do ato em si, praticado numa ação particular, mas pela consequência da adoção da regra como critério de decisão admissível para todos submetidos à mesma hipótese, é possível perceber uma regra moral que antevê uma consequência maximizadora da felicidade ao coletivo.

Pela capacidade sintetizadora, novamente cita-se o enunciado proposto por Costa (2002, p. 169): “a ação moralmente correta é a que segue uma regra cuja adoção produz um bem maior para a sociedade que adota o sistema de regras a qual ela pertence”.

Costa (2002) defende o uso do utilitarismo como uma filosofia moral, apresentando uma compreensão mista do princípio geral do utilitarismo e, do que chama, princípio de segundo nível do utilitarismo de regra, de modo que a tese do cálculo utilitarista (em que o bem maior coletivo supera o mal) pode ser mantida. Propõe o enunciado da seguinte forma:

Considerado o bem como o saldo positivo na balança entre prazer e desprazer, uma ação moralmente correta passa a ser aquela que produz maior bem para a maioria. Mas sempre que essa ação envolve o seguimento de uma regra cuja adoção produz um bem maior para a sociedade que adota o sistema de regras a qual ela pertence, devemos considerar se o bem resultante da violação da regra eventualmente compensa o mal que resultaria disso em termos de perda da confiabilidade. Se o saldo for positivo para o lado do bem resultante, a regra deve ser violada (p. 172).

O autor ora referido pretende, com seu enunciado, superar as comuns críticas ao utilitarismo, v.g., que se voltam à possibilidade de ver a defesa de uma sociedade escravocrata, que permite a construção de criações sociais que violam a dignidade humana ou que tolere o sadismo. Desse modo, haveria de se reconhecer uma natureza deontológica ao consequencialismo característico do utilitarismo.

Simões (2013) explica que Hare desenvolveu uma teoria utilitarista da preferência, na qual admite dois níveis de pensamento moral: o intuitivo e o crítico. O pensamento intuitivo pressupõe a existência do desenvolvimento de uma moral decorrente de princípios naturais, que já estariam inseridos na construção moral do indivíduo, em decorrência do seu desenvolvimento social natural, ou através da educação formal ou informal. O autor não veria problema quanto à definição da moralidade do ato diante de questões morais simples e exemplifica com a seguinte ilustração: a pessoa mata um inocente para ficar com o seguro de vida. Claramente, sobressai a imoralidade do ato.

O nível crítico exige o conhecimento da preferência das pessoas sobre os bens que levam à felicidade. Deste modo, a teoria desenvolvida por Hare intenciona responder as críticas que considera mais severas ao utilitarismo. A unificação do significado de bem, enquanto valor de felicidade, tornar-se-ia possível a partir do enfoque da preferência por ele proposta. De mesmo modo, o problema da medição de utilidade (tanto no critério quantitativo, como qualitativo) poderia ser resolvido a partir de alguns testes: imaginar as preferências de terceiros, colocando-se no lugar deles; ter conhecimento da experiência pessoal interior do terceiro através do desenvolvimento da comunicação; examinar as consequências possíveis de cada ato, novamente colocando-se no lugar dos terceiros a elas submetidas (SIMÕES, 2013).

Ao lado desta distinção, quanto aos níveis intuitivo e crítico, é possível apontar, ainda, outras diferenças quanto à compreensão que se faz do utilitarismo. Galvão (2005) separa o

utilitarismo objetivo do subjetivo, de acordo com o viés da ação ou do agente. Mill (1863) explica que o valor subjetivo do agente é irrelevante para a moralidade da ação e exemplifica através do ato de salvamento de uma pessoa que se afogava: a motivação - dever moral ou esperança de ser recompensada -, em nada influencia a maximização da felicidade alcançada com o ato, cujo ato contrário seria deixá-la se afogar. Claramente, Mill adota o utilitarismo objetivo.

Por último, novamente Galvão (2005) aponta que a teoria utilitarista que prega a maximização da riqueza, pode chegar ao cúmulo de entender que um ato benéfico é imoral, visto que não praticado na sua forma mais esplendorosa quanto ao alcance do resultado humanitário. Deste modo, há que se reconhecer uma teoria sub-maximizante, na qual o ato é moral quando produz utilidade (felicidade), apesar de não ser o ótimo, no sentido de que seja possível admitirem-se hipóteses que a produziria de forma mais eficiente.

As críticas às teorias utilitaristas são muitas, a despeito de esta filosofia moral ainda se fazer presente nos debates da ética contemporânea, como salienta Andrade (2013). Nessa toada, é significativo apontar que tal autor entende perfeitamente possível o sacrifício da solução ótima em ponderação da utilidade com outros critérios morais, antropológicos (como o afeto e a empatia) ou sociológicos (como as diferenças culturais). Entretanto, é pacífica a compreensão de que, se tal assertiva é verdadeira (utilidade x outros critério morais), ela efetivamente não é utilitária.

Essa visão panorâmica do utilitarismo é importante porque (a) permite enxergar que todas as vertentes da teoria buscam a felicidade como bem supremo e (b) possui um viés caracterizador consequencialista. Segundo a ótica utilitarista, uma ação nunca é boa ou má de antemão, mas somente depois do exame de suas consequências. O único dever absoluto é a busca da felicidade.

Todavia, a exposição do utilitarismo exige ainda o enfrentamento de outra questão elucidadora para própria filosofia moral: qual a sanção sobre o princípio da utilidade?

Mill (1863) esclarece que o princípio da utilidade possui todas as sanções que pertencem a qualquer outro sistema moral. Elas podem ser de origem externa ou interna. As sanções externas decorrem de benefícios e prêmios ou reprovação e penalidades aplicadas pela lei, pelo semelhante ou mesmo por Deus. As sanções internas dizem respeito à autorreflexão, ao exame de consciência. O autor defende que a obrigatoriedade moral de agir em prol da felicidade coletiva (incluindo a sua própria, em sentido macro) é um ponto de evolução social, cuja meta pode ser alcançada a partir do desenvolvimento da educação, de modo que o agir moral estará arraigado na forma inconsciente de pensar, através dos

exemplos sociais. Daí porque, ao fim e ao cabo, é desnecessário perquirir se o sentimento do dever moral é inato ou adquirido. O ser humano desenvolvido deve ter a concepção de si mesmo como um ser social e, portanto, deverá parecer natural a harmonia de seus objetivos e da coletividade. Esta concepção:

*It does not present itself to their minds as a superstition of education, or a law despotically imposed by the power of society, but as an attribute which it would not be well for them to be without. This conviction is the ultimate sanction of the greatest happiness morality.* (MILL, 1863).

Acompanhando o desenvolvimento da obra “Utilitarismo” de J. S. Mill, este busca provar o princípio da utilidade, desenvolvendo e aprimorando, neste particular, a argumentação de Bentham (1907), para quem “*to give such proof is as impossible as it is needless*”. Para Mill (1863), a única evidência de que algo é desejável, é o simples fato das pessoas o desejarem, ou seja, através de uma compreensão empírica do fenômeno. Salienta que, ao final, todas as coisas desejáveis o são, de *per si*, assim como o são para permitir o alcance último da felicidade.

No entanto, a apresentação do utilitarismo não pode prescindir de apontar a relação do critério de utilidade com a teoria da justiça, até mesmo porque a caracterização desta filosofia como uma teoria da justiça é premissa para examinar a influência (consciente ou involuntária) desta para a produção da norma legislada do IRDR.

Para Caillé (1990), o critério utilitarista é um critério de justiça de ordem holista, em que a harmonização dos interesses individuais se dá de forma artificial, através da atuação do legislador.

Resta evidenciado, neste ponto, que o utilitarismo busca encontrar uma fórmula para admitir o certo e o errado, sendo esta a persecução da felicidade. Logo, o certo e o errado fazem paralelo direto com o justo e o injusto. E para explicar a justiça, como atributo moral, Mill (1863), por vezes, refere-se à injustiça, como seu oposto.

Deste modo, Mill (2005) indica seis ações ou estruturas sociais humanas que transmitem com segurança (ou pelo menos ele assume que são recepcionadas de forma incontroversa) a sensação de justiça ou injustiça. São elas: (a) a ideia de respeito pelos direitos legais de qualquer um; (b) o reconhecimento da possibilidade de descumprimento de uma lei má, ou seja, contrariando o positivismo, reconhecendo a possibilidade de existência de um caráter moral da lei; (c) o sentimento de correspondência ou equivalência que exige que a pessoa receba o que merece (para o bem ou para o mal); (d) o sentimento de injustiça quando alguém descumpre o acordado ou prometido; (e) a necessidade de se exigir de um julgador o

atributo de imparcialidade; (f) a ideia nuclear de que as pessoas merecem tratamento igual. Importa notar o destaque dado à igualdade para o significado de justiça.

Para o autor, o conceito de justiça está ligado à ideia de constrangimento legal. Nas palavras de Mill (1863), “*justice implies something which it is not only right to do, and wrong not to do, but which some individual person can claim from us as his moral right.*”. O impulso de autodefesa e o sentimento de simpatia são explicações naturais de preservação, mas o sentimento de justiça cria ressentimento quanto aos danos causados à sociedade, mesmo quando elas próprias não sofrem dano.

Deste modo, o conceito de justiça toma como premissa a existência de uma regra de conduta e de um sentimento que a aprove. Esse sentimento é a utilidade geral, cuja “*recognised indispensability becomes a moral necessity, analogous to physical, and often not inferior to it in binding force exhorted*” (Mill, 1863).

A apresentação que ora se propôs fazer acerca do utilitarismo intencionou muito mais demonstrar suas bases filosóficas como teoria consequencialista do que, propriamente enfrentar suas críticas ou posicionar-se em relação a estas. O domínio da ideia criada por Bentham e desenvolvida por muitos pensadores, dentre os quais se destaca Mill, é necessário para inquirir e responder se existe uma fundamentação utilitarista para o Direito moderno, se ela está presente em institutos processuais vigentes no Brasil ou, mais que isso, imerso em legislação recente e dita de vanguarda, sobre a qual recaem imensas expectativas de êxito aos problemas que visa resolver.

Deste modo, os fundamentos da segurança jurídica, assim como da celeridade, apresentam-se como objetivos utilitaristas dentro da política pública de implementação do IRDR. Enquanto a celeridade relaciona-se indissociavelmente com a eficiência, a segurança jurídica decorre do desenvolvimento da unidade do direito, a partir da determinabilidade da interpretação da norma jurídica e, com isso, o aumento da previsibilidade e racionalidade das condutas, promovendo estabilidade ao sistema (Marinoni, 2016).

O cálculo utilitarista (mais prazer que sofrimento) pode ser aplicado ao ato legislativo, quando opta o legislador por uma solução legal que visa maximizar a felicidade, admitindo, por consequência, a (remota) possibilidade de produção de resultado nocivo à parcela da população, desde que seja parcela menor àquela que será beneficiada.

Não é necessário discorrer muito, nem trazer aqui outras teorias da justiça, para verificar que a atuação legislativa não pode, simplesmente, sacrificar os interesses de minorias em nome do interesse da maioria, pois existem preceitos de direito fundamental que são intangíveis (inclusive por força constitucional). Logo, a admissão pura do utilitarismo de

regras, por exemplo, não daria respaldo para a existência de ação afirmativa, cujo objeto de persecução de isonomia, muitas vezes, enfrenta (ou pode enfrentar) oposição direta da maioria da população e, portanto, em nada se aproxima ao conceito já exposto de maximização da utilidade.

Após essa digressão de pensamento, retoma-se o IRDR como objeto do problema: trata-se de instituto processual criado para o alcance de metas de política pública de redução de processos, portanto, decorrente de uma escolha utilitarista – consequencialista - consciente do legislador. Todavia, a dita eficiência (utilitarista) não pode ser o único sustentáculo da norma processual que, ao fim e ao cabo, visa promover a justiça (MENEZES, 2017).

O objetivo do processo pode ser simplesmente a solução do litígio, com a entrega da prestação jurisdicional à parte, com menor custo possível e em menor tempo (eficiência quantitativa). Já se teve oportunidade de defender que não é esse o significado de eficiência para imprimir a celeridade buscada pelo IRDR. O cuidado na produção da decisão modelo é essencial. Nesse sentido, a replicação da decisão a casos análogos é solução eficiente (em tese) e alcança (também em tese) a uniformidade do Direito, gerando, portanto, celeridade e segurança.

O legislador se viu diante de um grave problema para o qual ele precisava buscar solução: o assoberbamento do poder judiciário, o crescente número de litígios, a existência de causas repetidas e a ineficiência das ações coletivas para lidar com essas causas repetitivas que são, em essência, propostas de forma individual.

A resposta ao problema foi desenvolver instrumentos processuais para lidar com essas milhares de causas repetitivas, aplicando-lhes solução em massa, por meio de um modelo próprio de inspiração no Direito comparado. Vale apontar, contudo, como ressaltam Abboud e Cavalcanti (2015, p. 227) que o “*mustervenfahren*, diferentemente do IRDR, não objetiva se apresentar como uma panacéia para resolução das principais mazelas do sistema judiciário tais como a alta quantidade de demandas e a jurisprudência instável”, é um instituto de caráter temporário e de aplicação exclusiva a questões pontuais. Observe-se, portanto, a diferença no âmago do surgimento dos institutos paralelos, fazendo sobressair a característica utilitarista ora defendida.

Se o problema é o grande número de processos e a demora no julgamento, a redução do número de processos através de técnicas individuais de decisão com reflexos coletivos (exatamente como o IRDR) permite a produção de mais decisões em menos tempo (em tese – pois não há ainda números concretos que permitam confirmar essa expectativa) e possibilita mais tempo para melhor promoção dos julgamentos dos casos difíceis (aqui, no sentido de

únicos, exclusivos, diferentes, não repetidos). Trata-se de uma técnica de “maximização do bem-estar processual”, portanto, uma técnica claramente utilitarista.

No sopesamento do legislador, o cálculo utilitarista levou em conta, de um lado, os benefícios alcançados (ainda não auferidos concretamente) com a redução do número de julgamentos e de processos, além da construção da unidade do direito a partir da produção de decisão vinculativa obrigatória, aplicadas em massa para uma coletividade de feitos e, de outro, o suposto prejuízo pela inexistência de técnicas de aferição de legitimidade por representação adequada, a ausência de garantia de amplitude de argumentos jurídicos e, ainda, o risco do engessamento da tese jurídica – todas questões enfrentadas sob o pálio da igualdade, como terceiro fundamento do IRDR. Para o legislador, o cálculo utilitarista é positivo, promovendo bem-estar processual.

Ocorre que, do modo como foi criado, o IRDR afeta os casos presentes (casos-modelo e feitos sobrestados), assim como todos os casos futuros, o que, segundo Abboud e Cavalcanti (2015), criaria um engessamento injustificável da jurisprudência (numa crítica incisiva à nominada segurança jurídica pela uniformidade de interpretação e aplicação do Direito). A tese jurídica do IRDR, então, do modo com que o instituto foi previsto, não serviria como ponto de partida, mas como linha de chegada para uma teoria de precedentes, principalmente considerando os inúmeros mecanismos processuais que funcionariam como barreira de revisão da tese. Logo, também a segurança jurídica estaria sujeito a alto preço.

Abboud (2016) analisa os números de processos distribuídos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 1993, quando o efeito vinculante foi introduzido no sistema jurídico brasileiro, ressaltando o contínuo crescimento em 1999 e, posteriormente em 2004, quando o efeito vinculante se estendeu às decisões definitivas de mérito proferidas em ADIn e ADPF (Lei nº 9.868/1999, Lei nº 9.882/1999 e EC 45), reconhecendo, contudo que os números sofreram pequenas reduções em alguns anos. Essa argumentação visava demonstrar que a previsão de vinculação obrigatória das decisões não é garantia de diminuição do número de processos.

Observe-se o quadro fornecido pelo sítio eletrônico do STF, atualizado, segundo informa, até 16 de dezembro de 2017:

**Ano Atual**

Ano	Processos		Processos Julgados		Acórdãos
	Protocolados	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
<b>2.017</b>	102.125	55.407	103.783	11.596	11.961

## 2008 a 2016

Ano	Processos		Processos Julgados		Acórdãos
	Protocolados	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
2016	89.971	57.367	96.019	13.155	13.018
2015	93.503	65.108	93.713	15.480	15.282
2014	79.943	57.799	92.722	15.242	15.649
2013	72.072	44.170	72.167	12.833	13.156
2.012	72.148	46.392	72.995	11.044	11.794
2.011	64.018	38.019	81.687	12.025	14.105
2.010	71.670	41.014	87.815	10.714	10.814
2.009	84.369	42.729	74.313	15.042	17.704
2.008	100.781	66.873	85.608	18.629	19.377

## Anteriores a 2008

Ano	Processos Protocolados	Processos Distribuídos	Julgamentos	Acórdãos Publicados
2.007	119.324	112.938	159.522	22.257
2.006	127.535	116.216	110.284	11.421
2.005	95.212	79.577	103.700	14.173
2.004	83.667	69.171	101.690	10.674
2.003	87.186	109.965	107.867	10.840
2.002	160.453	87.313	83.097	11.685
2.001	110.771	89.574	109.692	11.407
2.000	105.307	90.839	86.138	10.770
1.999	68.369	54.437	56.307	16.117
1.998	52.636	50.273	51.307	13.954
1.997	36.490	34.289	39.944	14.661
1.996	28.134	23.883	30.829	9.811
1.995	27.743	25.385	34.125	19.507
1.994	24.295	25.868	28.221	7.800
1.993	24.377	23.525	21.737	4.538

Figura 4: movimento processual no STF a partir de 1993  
Fonte: Brasil (2017d)

A despeito da evolução do número de processos protocolados perante o STF, é possível notar alguns anos com redução relevante. Em 2003, o STF recebeu quase metade do número de protocolos do ano anterior; a partir do ano de 2006, há uma diminuição gradual do número de processos protocolizados perante a Suprema Corte, observando-se pequeno aumento, em relação ao ano anterior, apenas nos anos de 2012, 2014 e 2015.

Todavia, os números assim colocados não servem para analisar a repercussão ou efetividade da adoção das regras de efeitos vinculantes às decisões proferidas. Muitos são os argumentos: quanto contribuiu para o aumento ou diminuição de processos protocolizados perante o STF a situação econômica de crise no país? Qual a repercussão do aumento populacional? Ou da maior consciência de direitos do cidadão? Ou o aumento das relações comerciais? De mais a mais, o problema principal que o IRDR visa combater é justamente o número crescente de litígios decorrente das relações jurídicas massificadas. Ora, o sistema de decisões vinculantes do IRDR, a partir da resolução mais imediata por intermédio dos

tribunais estaduais e regionais, visa imprimir, inclusive, uma percepção mais próxima dos efeitos da decisão com efeitos coletivos aplicada em cascata.

Os argumentos apresentados contrariamente à eficiência e a segurança jurídica não se sustentam pela análise dos números de uma condição evidentemente insuficiente, ao ponto de ser necessário o desenvolvimento de uma nova política pública para enfrentamento das causas repetitivas de massa.

Observe-se que a alegação de prejuízo em razão da ausência de contraditório ou engessamento da tese são pontos que estão mais proximamente relacionados ao princípio da igualdade e, portanto, noutra oportunidade serão enfrentados. Todavia, o que se verifica é que o bem alcançado com a multiplicação da decisão em efeito cascata é, para o legislador, um fator benéfico.

Abboud e Cavalcanti (2015, p. 226) admitem a existência da “sobrecarga vivenciada pelo Judiciário e o grande número de ações ajuizadas no Brasil”, porém negam que esse problema estrutural possa ser solucionado às custas do texto constitucional. Continuam afirmando a força normativa da Constituição, defendendo que “essa normatividade não pode ser afastada por razões pragmáticas por mais graves que elas sejam”. Porém, como defende Costa (2002), a compreensão da utilidade só pode ocorrer dentro de um contexto, no caso, de política pública judiciária, no qual se determina a motivação da ação e os valores sociais agregados. Assim, apontado o correto contexto, a motivação alcança os valores que se quis sobremaneira proteger, todos constitucionais, portanto, todos recepcionados pela Constituição Federal.

Os fundamentos da celeridade e da segurança jurídica, admitidos a partir de um modelo consequencialista de política pública, são princípios absolutamente essenciais para a proteção do acesso à justiça, de modo que, o exame, ainda que perfunctório, sobre os efeitos dos julgamentos que pode ser realizado até o momento, não somente implica no reconhecimento do acerto do método, mas na sua integral recepção constitucional. Cumpre, agora, realizar o mesmo exercício diante do princípio da igualdade.

#### **4.2 Interpretação do princípio da igualdade para proteção dos direitos fundamentais.**

A ideia de segurança jurídica (uniformidade e previsibilidade) e de celeridade (eficiência) decorre da expectativa que se forma - em tese - acerca do instrumento do IRDR como meio de solução para as causas repetitivas em massa. Como já demonstrado, não há, no Brasil, condição de se afirmar por números a efetividade do IRDR para os fins propostos, em razão do pouco tempo de utilização do incidente e da falta de levantamento estatístico

confiável e representativo dos números de ações afetadas e resolvidas. De mesmo modo, impossível notar (mesmo que de modo empírico) qualquer melhora na qualidade geral do Poder Judiciário em termos de aceleração de julgamentos. Por isso, admitem-se ambos os fundamentos como valores (a serem) alcançados, reconhecendo-os válidos como objetivos da política pública promovida pelo novo instrumento processual.

Contudo, é justamente o terceiro fundamento – a igualdade - que constitui o objeto de maior preocupação desta pesquisa e que merecerá um olhar mais detido. Isso se justifica por dois motivos: a possibilidade de se realizar o teste de validade sem necessidade de números; a correlação direta do princípio da igualdade com o problema da representação adequada da causa paradigma.

Por que a igualdade é um pilar do IRDR? Porque um dos seus vetores é a uniformização de entendimento da questão jurídica e a consequente produção de decisão paradigma vinculante sobre o tema jurídico comum a todos os processos afetados, garantindo, deste modo, que todos os que estão envolvidos em idêntica questão jurídica (fato pressuposto subsumido à norma) recebam igual tratamento.

Resta, portanto, evidenciada a preocupação do legislador acerca dos efeitos dessa decisão sobre as partes não atuantes no incidente, incluindo neste grupo, os casos futuros, e a necessidade de verificar por quem e como os ausentes foram representados no julgamento do incidente. Como apontado por Marinoni (2016, p. 48), o gravoso prejuízo “de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um inusitado e ilegítimo *collateral estoppel*”. Segundo o autor, trata-se de observar se a parte teve “*full and fair opportunity to be heard*” ou se “sua participação foi indevidamente restringida” (p. 52)

Observe-se, portanto, que o exame da igualdade não é um estudo “em tese”, pois independe do resultado de aplicação do IRDR: em ambas as hipóteses, ou seja, admitindo-se que houve a consecução de celeridade e segurança jurídica, ou admitindo-se, contrariamente que não foram observadas como fator de mudança do quadro caótico originário do Poder Judiciário, a igualdade poderá se fazer presente ou poderá ser negada. São fatores independentes. É preciso, portanto, dominar as bases de procedimento do instituto (já apresentadas) e o conceito de igualdade, como princípio de justiça, de modo a se alcançar esta avaliação.

Além disso, o significado do princípio de igualdade deve ser compreendido dentro do sistema constitucional como um valor protegido na política pública desenvolvida. Ou seja, a compreensão de que o IRDR é uma política pública judiciária também é fator relevante para o peso do princípio no sistema constitucional. Necessário, portanto, iniciar a investigação do

modo correto de perceber a igualdade na política pública, para alcance de sua finalidade, sem que isso implique em qualquer violação constitucional.

#### 4.2.1 IGUALDADE COMO A VIRTUDE SOBERANA DE RONALD DWORKIN

Pela dedicação intensa ao tema da igualdade e pela aproximação conceitual perquerida nesta pesquisa, é positivo iniciar a compreensão desse princípio de justiça a partir da teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, seja com base na obra que lhe foi especialmente dedicada, “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, como também em visita a outras obras do autor, cujo tema sempre foi presente e recorrente. Esta percepção auxiliará a compreensão do conceito na Constituição Federal do Brasil e na nossa legislação infra-constitucional, com olhar atento ao IRDR.

O princípio da igualdade tem sua origem na consideração igual dos entes de uma sociedade, assim reconhecida como a virtude soberana da comunidade política, de modo que é imprescindível que o governo mantenha *an equal concern and respect* por todos os cidadãos (DWORKIN, 2016).

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política (DWORKIN, 2016, p. I).

Para o autor, a igualdade é um valor político fundamental que exige a conciliação entre os dois princípios do individualismo ético por si identificados: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. Atribuir valores equânimes a ambos permite enxergar o permanente paralelo que se faz para manter o equilíbrio entre conceitos não excludentes de igualdade e liberdade.

Klautau Filho (2004) explica que o princípio da igual importância permite enxergar a mesma relevância sobre o sucesso, a prosperidade de todos os indivíduos, para que suas vidas não sejam desperdiçadas. O princípio da responsabilidade especial atribui a cada qual o direito de realizar escolhas e, portanto, o dever de assumir as consequências. Destaca o autor, que tal “princípio não endossa escolha de valor ético. Ele apenas afirma que viver é tarefa (*assignment*) que pode ser bem ou mal executada” (KLAUTAU FILHO, 2004, p. 91).

A teoria da igualdade de Dworkin se baseia, portanto, nos seus dois princípios éticos. Ele desenvolve a reconhecida teoria da igualdade de recursos, na qual importa muito mais a linha de partida do que a linha de chegada, cujo traçado decorre, principalmente da responsabilidade especial.

Como reforço argumentativo da teoria que desenvolve, Dworkin (2014) enumera e critica outras concepções de igualdade, como a concepção do *laissez-faire*, a teoria utilitarista, a concepção de igualdade de bem-estar. É de importante observar a crítica desenvolvida pelo autor sobre a teoria utilitarista, uma vez que já foi defendido, neste trabalho, a presença de características utilitaristas na formatação do IRDR.

O *laissez-faire*, como explica Dworkin (2014), é uma teoria libertária, que admite a igual consideração e o respeito pelas escolhas individuais a partir da não intervenção do Estado, de modo que, dentro da licitude, as pessoas podem fazer aquilo que entenderem devido, inclusive, optando por não fazer, não produzir, não participar de relações econômicas ou sociais. Ocorre que esse amplo liberalismo político afasta-se da igualdade material, assim compreendida pela garantia de mesmas oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade (ARAÚJO; MAIA, 2017). De fato, a teoria se afasta da igualdade, como pontua Dworkin (2014), porque as pessoas nunca partem de situação de equilíbrio na empreitada de desenvolvimento das próprias vidas. Além disso, não é possível desconsiderar a influência de fatores externos como legislação e programas políticos que podem influenciar no resultado de escolhas e empreendimentos, modificando a distribuição de riquezas e oportunidades.

Em seguida, Dworkin (2014) se propõe a explicar e descartar o utilitarismo. Como já explanado, o utilitarismo valoriza a felicidade, o bem-estar ou o sucesso. Portanto, o tratamento igualitário tomaria por base o agregado de prazer. A despeito de reconhecer que o utilitarismo continua influente na teoria política, Dworkin faz um simples exercício para negação e afastamento da teoria, ilustrando seu argumento através de um exemplo em que um pai deixaria a maior parte de sua herança para um único filho, em razão deste possuir maior aptidão de desenvolvimento pessoal que os irmãos (2014), cuja lógica de justiça deixaria atônito qualquer pessoa razoável, descartando, de pronto, esse modo de agir como ato igualitário, pois em clara violação ao princípio da igual consideração. Dworkin afirma que “a consideração por um grande grupo de pessoas não é a mesma coisa que a consideração pelos seus membros um a um” (2014, p. 542).

O exemplo dwokiniano não enfrenta todas as correntes do utilitarismo e nem explica a questão da relação de custo-benefício. A teoria consequencialista que deu base ao IRDR sobreviveria a este ataque singular, talvez porque ao defender maior felicidade, não pregasse a distribuição das riquezas para o único irmão com maior potencial pressuposto no exemplo. De mais a mais, deve-se examinar se o procedimento de julgamento do IRDR possui igual consideração e igual respeito aos afetados pela decisão. Isso virá mais a frente no trabalho.

Vale ressaltar que Dworkin enxerga presente o devido respeito ao princípio ético da responsabilidade individual das pessoas pelas suas vidas, tanto na teoria do *laissez faire*, como na teoria utilitarista, afastando-os como melhor teoria da justiça em razão de não passarem no desafio da igual consideração.

Ao contrário, quando passa a observar as teorias de bem-estar, Dworkin (2014) salienta que ocorre justamente a medida inversa: há a preocupação com a igual consideração a todos, mas se aniquila a responsabilidade individual, pois desconsidera as escolhas feitas por cada um e os riscos assumidos no decorrer da vida, em razão justamente da liberdade das escolhas que fizeram.

Para melhor explicar sua teoria de “Igualdade de Recursos”, Dworkin desenvolve o conceito de bem-estar. Para o autor, bem-estar é tudo o que é fundamental à vida, de modo que os recursos são apenas meios de alcance do bem-estar (DWORKIN, 2016). O autor agrupa as teorias de bem-estar em três conjuntos: teorias bem sucedidas de bem-estar; teorias de estado de consciência; e concepções objetivas de bem estar.

Para as teorias bem sucedidas de bem-estar, busca-se igualar o êxito das pessoas, de modo que “recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir os êxitos entre as pessoas” (DWORKIN, 2016, p. 11). Todavia, a própria percepção de êxito não é única, podendo ser subdividida de acordo com as preferências políticas, impessoais e pessoais.

As preferências políticas dizem respeito à distribuição de recursos por alguma lógica socialmente aceita, como o mérito ou a empatia a determinada classe ou indivíduo. Todavia, o autor demonstra que a teoria é falha, pois nunca será possível atender a todos, quanto ao atingimento de equilíbrio de bem-estar, baseado em preferências políticas. Uma eventual compensação por preferências pessoais daqueles que discordam do patamar político majoritário, apenas permitiria a evolução de situações de preconceitos, discriminações e outras posições não igualitárias, em busca de vantagens pessoais. Aliás, mesmo admitindo a hipótese de uma aceitação unânime de uma sociedade de castas, o autor destaca que “um sistema político não-igualitário não se torna justo simplesmente porque todos acreditam equivocadamente que é justo” (DWORKIN, 2016, p. 22). De fato, defende-se que a inexistência de indignação por parte dos membros da comunidade não implicaria em reconhecer, necessariamente, que o sistema político seria igualitário, ainda que para seus entes formadores, fosse considerado justo. O conceito de justiça permeia uma subjetiva muito maior que o de igualdade.

Outrossim, aduz que uma concepção de igualdade de bem-estar ao êxito poderia ser medida a partir das preferências impessoais. Estas são as preferências sobre coisas que não pertencem à pessoa, ou à vida ou situações de outras pessoas. Usando o exemplo do direito de manutenção de certa espécie de peixe em contrapartida a não construção de uma represa útil à sociedade, Dworkin salienta que a igualdade estará garantida quando a pessoa tem direito de voto para escolha das autoridades, assim como de expressar sua opinião sobre estas mesmas autoridades, ao executarem ou deixarem de executar tal projeto. Dworkin (2016) reconhece que tais decisões passam por um cálculo bentahmita (ou utilitarista), mas defende que essa razão de custo-benefício tem que ser feita a partir do panorama geral e não ponto a ponto.

Essa ideia de poder de influência terá relevância no curso deste trabalho, justamente porque se investiga a participação das pessoas afetadas por decisões coletivizadas vinculantes. Portanto, a igualdade se refere ao reconhecimento do mesmo poder político às pessoas (ou, no processo, poder de convencimento e participação através do contraditório).

Dentro das teorias do êxito, avalia também o êxito pessoal, a partir das preferências pessoais de cada um, o que implica no reconhecimento da distribuição de recursos para que as pessoas sejam iguais no grau de realização das suas preferências, ou seja, buscando o êxito na satisfação relativa à própria vida, sob sua própria ótica. O êxito relativo trata da realização de metas distintas que cada qual definiu para si, de acordo com seu plano de vida, considerando suas convicções morais e políticas, assim como suas circunstâncias pessoais (DWORKIN, 2016).

Mesmo não descartando os diferentes meios de enxergar o êxito (relativo), Dworkin defende que é mais relevante entender o êxito total, verificado através da ideia de “lástima razoável”: medida de êxito baseada em quanto a pessoa possa lamentar-se razoavelmente sobre o que poderia ter alcançado, mas não o fez. Dworkin, portanto, conclui que a lástima razoável explica níveis de desigualdade (ou permite enxergar igualdade entre pessoas), mas não explica e nem justifica a transferência de recursos, não sendo, portanto, um método de justiça.

As teorias do bem-estar alcançam uma segunda classe: as teorias de estado de consciência, ou seja, a igualdade vista pelo nível de satisfação.

*But most utilitarians and other partisans of the conscious state conception of welfare believe that "pleasure" and "pain" are much too narrow to represent the full range of conscious states that should be included. For example, "pleasure," which suggests a specific kind of sensuous glow, poorly describes the experience produced by a harrowing piece of drama or poetry, an experience people nevertheless sometimes aim to have, and "pain" does not easily capture boredom or unease or depression. (DWORKIN, 1980, p. 193)*

Em razão da suposta limitação dos conceitos de “prazer” e “dor” do utilitarismo, o autor prefere ampliá-los e substituí-los por “satisfação” ou “insatisfação” para abarcar toda a escala de estado de consciência (DWORKIN, 2016). Trata-se, no caso, apenas de compreender de forma mais ampliativa ou restritiva os conceitos postos em ambas as teorias.

O equilíbrio de satisfação poderia ser alcançado pela distribuição de recursos? Trata o questionamento de solucionar uma questão de desigualdade, verificado pelo nível de satisfação direta, proveniente de convicções de que as preferências pessoais foram (ou não) realizadas. As mesmas críticas às teorias do êxito aqui são replicadas, de modo que não será uma necessária transferência de recursos que garantirá igualdade (ou o mesmo nível de satisfação).

A mudança no estado quantitativo de bem-estar em razão da transferência de recursos é criticada por estudiosos do tema, acompanhando Dworkin neste sentido. Duclos (2006), observando a relação da igualdade com a liberdade, nega a tese de que maior transferência de recursos implica em maior bem-estar (ou nível de satisfação). Acentua que nos Estados Unidos após a segunda grande guerra, houve aumento da renda *per capita*, mas, em contrapartida, os estadunidenses continuaram declarando um estado de espírito de insatisfação (menor bem estar), por conseguinte, demonstrando que não há indissociável relação de causa e efeito entre distribuição de renda e satisfação (ou felicidade, ou prazer).

Reconhecendo as dificuldades decorrentes da subjetividade do bem-estar (ou do nível de satisfação) Dworkin (2016) tenta desenvolver teorias objetivas de bem-estar. Trata-se de utilizar a regra de igualdade de êxito total, a partir da insatisfação das pessoas, medida a partir dos recursos que estão à disposição destas pessoas. Ou seja, a identificação do bem-estar decorre da disposição de certos recursos básicos, portanto, permitindo uma aferição objetiva, independente do sentimento pessoal de cada um. Todavia, o autor reconhece que a medida objetiva de bem-estar é, em realidade, a busca por uma igualdade de recursos (ou de alguns recursos).

As teorias de bem-estar não se sustentam diante de alguns contra-exemplos propostos pelo autor, sendo um dos mais importantes o “problema dos gostos dispendiosos”: a pessoa que desenvolve gostos dispendiosos se legitima a receber um auxílio adicional de recursos para manutenção desse gosto, apenas para equilibrar a condição de bem-estar, em detrimento da diminuição de recursos dos demais integrantes da comunidade?

Cohen (2004) explica o significado da expressão “gostos dispendiosos” para Dworkin:

dizer que alguém tem gostos dispendiosos, no presente significado da frase, o qual é o mesmo significado do artigo de Dworkin intitulado “Igualdade de bem-estar”, é dizer que a pessoa precisa de mais recursos que outros simplesmente para alcançar o mesmo nível de bem-estar que aqueles que possuem menos gostos dispendiosos (p. 5).

Portanto, uma resposta possível ao problema proposto seria através da teoria do utilitarismo, pela qual deve sempre ser buscada a maior média de bem-estar na sociedade (DWORKIN, 2016). A resposta ao questionamento é, deste modo, necessariamente negativa. Ocorre que a simples negativa ao problema não modifica o efetivo desequilíbrio de bem-estar causado pelo gosto dispendioso. Haveria, deste modo, um contra estímulo para a ocorrência de mudanças na vida das pessoas ou, simplesmente, a assunção de que os gostos dispendiosos significam sacrifício à igualdade.

Um exemplo provocativo do autor traz os personagens Jude e Louis. Na hipótese, Jude tem gostos mais simples e acesso a recursos mais limitados que Louis, quem desenvolveu gostos dispendiosos e possui maiores recursos. Antes de desenvolver gostos dispendiosos, Louis e Jude, a despeito da disparidade de recursos, tinham igual bem-estar. Agora, Louis tem um déficit de bem-estar. Isso legitimaria a diminuição de recurso de Jude para aumentar ainda mais os de Louis, em razão da satisfação pessoal? (DWORKIN, 2016). Uma resposta positiva não promoveria igualdade.

O fundamento de políticas de distribuição desigual de recursos aos deficientes físicos ou mentais teria base nas teorias de bem-estar? Em ilustração vívida do argumento, Dworkin propõe um exercício de equilíbrio de bem-estar através do emprego de recursos para desenvolver uma máquina que permitisse um paraplégico andar, cujo bem-estar (nível de satisfação) é objetivamente aferido como menor em relação a quem anda normalmente. Todavia, poderia o paraplégico, por ser um músico excepcional, utilizar o recurso na compra de um *stradivarius*, ao invés da máquina para locomoção, considerando que teria (subjetivamente) maior bem-estar? Trata-se da busca de bem-estar pela satisfação das preferências pessoais? Outro músico, sem deficiência para locomoção, possuindo o mesmo déficit de bem-estar por não possuir um *stradivarius*, legitima-se a conseguir recursos adicionais para esse fim? (DWORKIN, 2016). Com precisão, Nobre (2015) demonstra que Dworkin, nesses exemplos, introduz o conflito aparente entre igualdade e liberdade, sobre o qual se preocupa em desfazer posteriormente.

Portanto, em conclusão acerca das teorias de bem-estar para compreender a igualdade, Dworkin as rejeita por violação aos dois princípios do individualismo ético: igual consideração e respeito e a responsabilidade especial pelos seus atos. Brito Filho (2014, p. 49)

esclarece que a rejeição às teorias de bem-estar se dá pela impossibilidade de compatibilizar a igualdade com uma teoria da justiça, pois nessas, “o Estado não ministraria igualdade, mas sim administraria, possivelmente sem sucesso, desigualdades”.

Partindo da premissa insuperável de que pessoas são diferentes, em seus interesses, em suas metas, em seus planos de vida, portanto, tendo ideias diferentes de uma vida de êxito ou possuindo medidas distintas de satisfação, a simples propositura de um bem-estar comum, único, aferível, seria negar o tratamento com igual consideração e respeito. De mesmo modo, o princípio ético da responsabilidade especial exige que o indivíduo tenha liberdade de escolha às suas ações, mantendo suas preferências pessoais e o modo de viver a própria vida, não podendo exigir, por exemplo, redistribuição de recursos em razão de seus gostos dispendiosos, sua ausência de cautela para tempos difíceis ou simplesmente em razão de ter escolhido uma vida sem desafios, sem trabalho pesado, sem conquistas.

Todos os argumentos postos pelo autor enfrentam as teorias de bem-estar e, em conjunto, a teoria utilitarista. Aliás, Dworkin (2016, p. 76) assevera que é enfrentada a fundamentação igualitária da teoria utilitarista diante das concepções diversas sobre bem-estar ou nível de satisfação (ou prazer), explicando que sua concepção de igualdade não toca no utilitarismo quando compreendido pela sua característica consequencialista.

*These various arguments are plainly beside the point, however, when utilitarianism is supported in the first way, that is, as the teleological theory that welfare on some conception is inherently good in itself. Against that argument my claim, that people cannot be treated as equals by making them equal in some dimension they value unequally, is irrelevant, because what is then in question is only whether welfare on that conception is good in itself. (DWORKIN, 1980, p. 245)*

Importante observar que a distinção feita por Dworkin serve ao enfrentamento do princípio da igualdade no IRDR, uma vez que é a concepção consequencialista de bem-estar processual, como proveniente de uma teoria utilitarista de justiça, que se defende existir no instituto. O bem-estar processual é bom por si mesmo (ou ao menos essa foi a premissa do legislador), pois promove o alcance de uma meta objetiva, ainda que o tratamento igual não parta de iguais premissas para todos (mas, ainda assim, existe).

Feita esta breve, mas importante digressão para situar a discussão atual no tema da dissertação, apresenta-se a teoria da igualdade de recursos, ainda sob o mote de compreensão da igualdade como princípio.

A expressão “igualdade de recursos” deve ser compreendida em relação a “quaisquer recursos que os indivíduos possuam privadamente” (DWORKIN, 2016, p. 79), excluindo,

portanto, igualdade de poder político. Defende explicitamente que o mercado econômico é essencial para o desenvolvimento de qualquer teoria de igualdade de recursos.

Brito Filho (2014) destaca que a teoria da igualdade de recursos se refere apenas à arrematação de recursos impessoais, preferindo, todavia, aplicá-la a distribuição de recursos impessoais (bens e oportunidades) fundamentais, por entender mais factível no mundo real.

Para explicar sua teoria, Dworkin (2016) cria um simbolismo: um grupo de naufragos, numa ilha com recursos limitados, preocupados em promover uma divisão de recursos igualitária, traduzindo uma nova relação social, com total equilíbrio entre as partes. Uma divisão de recursos originária somente se tornaria igualitária se aprovada no teste da cobiça (ou da inveja), de modo que, ao final da divisão, ninguém desejasse algo que tivesse ficado com outro. Adotando a mesma premissa de bem-estar já explanada, resta evidenciado que quinhões iguais não implicam em mesma satisfação, de modo que o teste da inveja sempre reprovava a divisão. Outrossim, mesmo que nenhuma parte desejasse algo de outrem, poderia estar insatisfeito com o que lhe coube, de modo que somente a manifestação expressa e pessoal permitiria alcançar um nível de satisfação igualitário. A premissa exigida é o respeito e consideração à vontade individual.

Assim, Dworkin (2016) desenvolve o sistema do leilão hipotético: todas as pessoas recebem um número igual de conchas de mariscos, criando, o que se chama, de igualdade de condições na linha de partida. Neste momento, além das conchas, todos os demais recursos da ilha não pertencem a ninguém. Não são considerados, aqui, para a distribuição dos recursos iniciais para participação do leilão, diferenças intrínsecas, como deficiências físicas ou mentais<sup>35</sup>. O leilão, ou outro método de mercado, permite que cada parte atribua o valor que considera necessário para aquisição de cada recurso, de modo que as preferências pessoais são respeitadas na divisão, a qual, ao final, não será matematicamente igualitária. Observe-se que, novamente, a divisão alcançada deve sobreviver ao teste de cobiça, de modo que se uma pessoa ainda desejar o bem de outrem, o leilão deverá ser refeito.

A maior vantagem do sistema do leilão hipotético é que a divisão dos recursos não se dá por um método de distribuição centralizado, seja lá por qual critério de poder, nem tampouco os recursos são quantificados por critérios objetivos, que acabam por comparar objetos de valores subjetivamente diferentes. Cabe, portanto, a cada indivíduo escolher em

---

<sup>35</sup> Brito Filho (2014) defende que o desequilíbrio decorrente da diversidade das pessoas em estado de vulnerabilidade exigiria uma compensação inicial de recursos, sem prejuízo dos ajustes futuros necessários, por meio do mercado hipotético de seguros (seguros compulsórios, facultativos e tributação) e por meio de ações afirmativas.

quais recursos deseja investir. O leilão, segundo o autor, possui a métrica para divisão igualitária de recursos e se repetirá até sobrepor o teste da cobiça.

O ponto de vantagem do sistema desenvolvido na teoria de igualdade de recursos é que reconhece ser impossível igualar as pessoas em satisfação e êxito, justamente a questão nevrálgica em que fracassam as teorias de bem-estar.

A teoria de igualdade de recursos é factível na medida em que permite que o governo seja “capaz de distribuir recursos, por meio de políticas públicas que propiciem ao indivíduo condições de atingir uma igualdade apta a conferir igual consideração, resgatando, assim, por meio da igualdade a verdadeira liberdade” (NOBRE, 2015, p. 372).

A proposta assemelha-se ao mercado econômico, de modo que a condição de igualdade de partida não continuará indefinidamente, em razão da produção diferenciada, do êxito nas relações comerciais, das diferenças intrínsecas dos seres humanos relativamente às suas habilidades, competências, deficiências e, impossível de desconsiderar, a ocorrência da sorte ou azar.

A teoria da “justiça da linha de largada” ou teoria de “igualdade de oportunidades” não é suficiente, ocorrendo, a partir daí, o desenvolvimento mercadológico pelo *laissez-faire*. Prevalecerá, em pouco tempo, quiçá na mesma geração dos hipotéticos naufragos originais, uma desigualdade injusta que precisa ser combatida.

Dworkin defende, portanto, uma “redistribuição periódica dos recursos por meio de algum imposto de renda” (DWORKIN, 2016, p. 115) progressivo em proporção ao aumento da renda. A preocupação do autor passa pela diferença de talentos, da sorte genética, da tragédia pessoal, mas sem perder de vista que cada qual deve ser responsável pelas suas decisões ao longo do caminho.

Essa condição reconhecida exige a criação de mais um recurso a ser leiloado: o seguro hipotético. O seguro hipotético colocaria, à disposição de todos, a possibilidade de proteção contra infortúnios imprevisíveis

No mundo real, o mecanismo compensatório se daria por meio de um sistema de tributação e de redistribuição, de fundos, de oportunidades de emprego ou de recursos médicos, modelado no hipotético mercado de seguros anteriormente descrito (KLAUTAU FILHO, 2011, p. 97).

Novamente, merecem destaque os dois princípios do individualismo ético: (a) o princípio da igual consideração e respeito e (b) o princípio da responsabilidade especial. A distribuição de recurso através de um leilão que permita a todos a aquisição de um seguro hipotético contra infortúnios imprevisíveis deixa evidenciado que todos os indivíduos estão

sendo tratados com igual consideração e respeito, partindo da mesma linha de largada, ou seja, com mesmas chances e oportunidades, cujo desenvolvimento posterior dependerá das consequências de suas decisões individuais, inclusive e especialmente, acerca da aquisição ou não do seguro hipotético, decorrente de uma escolha livre e consciente (DWORKIN, 2016).

A teoria da igualdade de recursos não serve apenas para entender uma política (re)distributiva igualitária. Ao contrário, serve para compreensão da igualdade como um princípio supremo (“virtude soberana”), que permeia todas as relações sociais, exigindo a igual consideração e respeito a todos, por meio do equilíbrio de oportunidades (ou ações de reequilíbrio constante), sem descuidar da responsabilidade especial de cada qual pelas suas escolhas e decisões, cujas consequências deverão ser arcadas como decorrência da liberdade, sem qualquer conflito com a eventual aparente desigualdade futura.

É evidente (e manifesto) o paralelo que se pode fazer da ilha de naufragos, do leilão e seguro hipotéticos com as leis de mercado e as desigualdades do mundo atual. Em razão da complexidade da escolha pessoal manifestada pessoalmente, um a um, sobre cada recurso, há que se exigir um Estado que possua um governo que respeite o cidadão e o considere em suas características, natureza e peculiaridades, portanto, não realizando um simples governo para maioria, assim como o mercado de seguro hipotético transpõe a necessidade de uma tributação redistributiva que, ao fim e ao cabo, é compulsória.

No processo judicial, *an equal concern and respect* necessita a obediência aos princípios do devido processo legal, contraditório substancial, ampla defesa e acesso à justiça, com distribuição de direitos, deveres e ônus, cuja responsabilidade de cada parte a cada ato produz consequências que devem ser assumidas. Do contrário, as partes litigantes não recebem tratamento igualitário e as decisões judiciais terão peso desproporcional e injusto a alguém.

Não se pode negar que todos os interessados têm a possibilidade de requerer a instauração do IRDR, a partir de seus próprios processos, como caso-modelo; podem requerer a suspensão nacional aos tribunais superiores, dada a divergência de decisões em diferentes partes do país; podem intervir como interessados nos IRDRs já instaurados; podem apresentar recurso das decisões uniformizadoras e vinculantes. Trata-se, portanto, da igual consideração e respeito nas oportunidades de fazê-lo. Se farão, ou não, trata-se de responsabilidade especial, cuja maior ou menor participação no feito decorre de sua própria vontade.

O conceito de igualdade defendido por Dworkin é sempre voltado à igualdade substancial e não meramente formal, vista sua preocupação com o reequilíbrio, com a

igualdade de oportunidades, cuja ideia central é abraçada no conceito do princípio constitucional brasileiro.

#### 4.2.2 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade será adotado como exposto acima, verificado a partir dos dois princípios éticos de Dworkin, de igual consideração e respeito, assim como da responsabilidade especial. Contudo, a compreensão da igualdade nos aspectos formal e material é tarefa necessária para relação do conceito dworkiano ao princípio constitucional brasileiro e sua aplicação ao instituto processual sob exame, o IRDR. Isto porque, o exame do fundamento da igualdade, abstratamente, permite três consequências: a quebra do princípio e a assertiva de inconstitucionalidade do instituto; o cumprimento do princípio plenamente; a adoção do princípio num aspecto (formal) e não no outro (material), cuja hipótese necessitará investigar a possibilidade de recepção pela Constituição Federal.

O conceito político de igualdade nasce na *polis* grega, como “isonomia: igual participação de todos os cidadãos no exercício do poder ou, especificamente, igualdade das leis para todos (*ísos*= igual; *nómos*=lei)” (TABORDA, 1998, p. 243). Não é demais lembrar que “todos” era, para os gregos, uma parcela mínima da sociedade, constituída por homens, adultos, livres e cidadãos. Na Grécia, nasce a ideia de igualdade como justiça.

O reconhecimento da igualdade natural entre os homens, protegendo o tratamento igualitário sob uma norma “constitucional” nasce a partir das revoluções liberais do século XVIII, com destaque a *Virginia Bill of Rights* de 1776, Constituição de *Massachusetts* de 1780 e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 (TABORDA, 1998, p. 250). Esta última previu no artigo 1º: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*”. Novamente, vale destacar que havia diferenciações que hoje são injustificáveis, como, por exemplo, a mulher recebia tratamento legal na condição de incapaz civil.

No direito estadunidense, a Constituição não pregava a igualdade civil até 1868, após a guerra de Secessão e a libertação dos escravos, quando a 14ª emenda trouxe pela primeira vez o princípio da igualdade subjetiva: “*No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of the citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*” (DANTAS, 2004, p. 32).

No Brasil, reconhece-se o surgimento do princípio constitucional da igualdade em três etapas ou épocas: a primeira, no fim do século XVIII, caracterizada como igualdade jurídica em sentido subjetivo, quando promoveu a abolição de privilégios sociais; a segunda, em meados do século seguinte, traduziu-se como igualdade na aplicação do direito, dirigida ao Executivo e ao Judiciário; a terceira, já no século XX, constitui-se na igualdade em sentido objetivo material e veio afirmar a segunda fase, exigindo também do legislador a observância da necessidade de criação de leis para todos (DANTAS, 2004).

Todavia, o reconhecimento da igualdade implica em negar qualquer espécie de igualdade absoluta. Na França, país precursor do postulado de igualdade, sempre se defendeu a essencialidade da diferença:

D'autre part, l'égalité absolue de tout les hommes, qui est un corollaire logique du principe individualiste, est contraire aux faits. Les hommes, loin d'être égaux, sont en fait essentiellement différents les uns des autres et ces différences s'accroissent d'autant plus que les sociétés sont plus civilisées. Les hommes doivent être traités différemment, parce qu'ils sont différents (DUGUIT, 1921, p. 120).

Observe-se que o nascimento da igualdade como um postulado maior a balizar outras normas jurídicas é decorrente de revoluções de liberdade no mundo, com alternância do poder da nobreza (Executivo) para o parlamento (Legislativo) e a instituição de Estados de Direito. Dantas (2004) aponta que o *law of the land*, posteriormente substituído pelo *due process of law* tem papel e influência nos Estados Unidos similar ao que o princípio da igualdade alcançou no Brasil, sendo a base para distinção de normas acolhidas (ou não) pelo sistema normativo constitucional.

Igualdade é um termo relativo (ou relacional) e só faz sentido neste plano; devem ser confrontadas duas ou mais situações, pois onde uma só existe, não há discriminação. Dizer-se simplesmente “igual” exige complemento da oração, respondendo a quem ou a quê e sob que ponto de vista; trata-se da constatação de uma relação triádica, como formula Alexy (2015, p. 399): “*a é igual a b em relação à característica E*”. Do contrário, a sentença não tem qualquer significado. Rothenburg (2008, p. 80) complementa, qualificando-o como orientado, “porque tem uma finalidade: a justiça por meio da equivalência”.

A despeito do núcleo do significado do princípio seja um só, são diversos os posicionamentos da doutrina e dos tribunais que diferenciam a igualdade formal e a igualdade material, cuja distinção tem utilidade na concretização desse valor.

Rothenburg (2008) apresenta quatro significações atribuídas às distinções conceituais propostas. A primeira delas parte da característica geral ou específica do enunciado normativo para identificação da igualdade formal ou material respectivamente; noutra proposição,

relaciona o objeto (conteúdo) da norma, sendo a igualdade formal protetora de direitos individuais de 1ª geração e a igualdade material abarcando direitos sociais de segunda geração; em seguida, reconhece a igualdade formal como uma igualdade de direito e a igualdade material como igualdade de fato; por último, preferiu-se apresentar a distinção da igualdade perante a lei (formal) e igualdade na lei (material). O próprio autor assevera que todas são passíveis de críticas.

Diante da primeira proposição, a igualdade formal é prevista em norma mais genérica, como um postulado balizador, cuja exigência de concretude existe, porém é menos enfática. A igualdade material seria decorrente de normas mais específicas, numa espécie de “aperfeiçoamento normativo rumo ao alcance de uma igualdade real” (ROTHENBURG, 2008, p. 86). O valor de enunciados mais específicos, além de colocar em evidência o objetivo da norma, é manifestar claramente a opção do legislador, restringindo o âmbito de interpretação divergente. Contudo, toda norma, pela sua característica intrínseca de generalidade e abstração, poderá ter um nível maior ou menor de especificação em relação à outra norma. Observe-se que o critério aqui também é relacional. Deste modo, uma mesma norma poderá ser, ao mesmo tempo, mais genérica e mais específica em comparação a outras duas normas, criando, na espécie, uma previsão de exigência de igualdade material e formal. Nesse caso, a distinção tem pouca utilidade.

O autor aponta uma segunda classificação, na qual a igualdade formal, protetora de direitos individuais de 1ª geração, é apresentada segundo uma perspectiva liberal, evitando-se discriminações injustificadas, com pouca intervenção nos direitos individuais, cujo objetivo seria garantir a igualdade de partida. No viés da igualdade material, a perspectiva social exigirá a intervenção do Estado para prover reivindicações coletivas, vislumbrando a igualdade como um ponto de chegada. Todavia, o princípio da igualdade prega o equilíbrio sobre direitos individuais e coletivos, liberais e sociais, vedando discriminações injustificadas e exigindo atuação positiva (ações afirmativas) para distinções necessárias. Novamente, não parece ser este um bom critério para compreensão da diferença entre uma e outra.

Terceira proposta para distinguir a igualdade formal da material, segundo Rothenburg (2008), é fazendo um cotejo entre a teoria e a prática, entre a previsão legal e a concretização de direitos no mundo real. Nesse caso, a diferenciação se dá “entre o esperado (no plano normativo) e o acontecido (no plano da realidade)”, traduzindo-se em igualdade formal e material respectivamente. A igualdade formal seria uma exigência pressuposta – sem qualquer valor real - da igualdade substancial e desta seria parte integrante.

Essa diferenciação remete imediatamente a teoria de Kelsen, quem, bem à propósito, nega a validade de uma norma sem eficácia. Afirma que “não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada” (2009, p. 237), chegando a admitir a derrogação da norma pelo costume negativo, ou seja, em razão de sua não observância. Portanto, por este prisma, uma norma que previsse igualdade sem qualquer aplicação concreta, sequer seria eficaz.

Observe-se que essa proposição diminui sobremaneira a força da norma abstrata, olvidando a função relevante que o caráter simbólico da norma possui em termos de alteração de comportamentos para alcance da igualdade. De mesmo modo, a criação de qualquer norma objetiva sua implementação no mundo real (ROTHENBURG, 2008). É como se pudessem ser admitidas normas sem pretensão de concretização de efeitos no mundo real das coisas. Ademais, a desobediência à norma é comum e, por isso mesmo, há a previsão de sanção. Nesta classificação, a igualdade formal não passaria de uma formalidade, enquanto que a igualdade material perderia seu conteúdo eminentemente jurídico.

Barroso (2011) possui um conceito de igualdade formal e material próximo ao ora exposto. Para o Ministro do Supremo, a igualdade material é associada à ideia de justiça distributiva e social, não sendo suficiente equiparar as pessoas na lei (igualdade formal), sendo necessário equipará-las perante a vida (igualdade fática, no mundo real, não apenas normativo). Rocha (1990, p. 39) ressalta a função dos tribunais de promover igualações onde seja possível, inclusive desiguando em alguns aspectos “para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal”. No mesmo sentido, Bastos (2012) defende que a Constituição não enuncia a isonomia como um postulado formal e abstrato, buscando, ao revés, uma aproximação social, política e econômica para interpretação e aplicação concreta das normas. Portanto, a despeito das críticas, a classificação encontra relevância na doutrina e nos tribunais.

O Supremo Tribunal Federal por diversas vezes já decidiu exigindo que a interpretação da norma se desse em proteção da igualdade material. Cita-se trecho do voto da Ministra Rosa Weber no julgamento da ADC – 19/DF, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, publicado no DJe-212 em 11/11/2009:

Entendo que uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, de modo a eliminar os obstáculos, sejam físicos, econômicos, sociais ou culturais, que impedem a sua concretização. Quando o ponto de partida é uma situação indesejável de desigualdade de fato, o fim desejado da igualdade jurídica (art. 5º, caput e I da CF), materialmente, somente é alcançado ao se conferir aos desiguais tratamento desigual na medida da sua desigualdade.

A aplicação do princípio da igualdade para a Ministra do Supremo é forma de concretização dos direitos fundamentais que autorizam, ou melhor, exigem o tratamento diferenciado em situações de diferença. No mesmo voto, continua a Ministra:

Sobre os desafios hermenêuticos apresentados pela urgência na concretização dos direitos fundamentais demandada na contemporaneidade, têm se debruçado não só as Cortes constitucionais das mais diversas jurisdições nacionais, mas também as Cortes integrantes dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Pode-se afirmar que a evolução de praticamente todas as democracias constitucionais modernas converge para uma compreensão do princípio da igualdade segundo a qual, na precisa definição da Corte Europeia de Direitos Humanos, “discriminação significa tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente similar” (Willis vs. Reino Unido, § 48, 2002; Okpisz vs. Alemanha, § 33, 2005). Contrário *sensu*, deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente, também é discriminar.

Para o Direito, verificar a igualdade “perante a norma” e “na norma” possui relevância, sendo esta a quarta proposição de conceituação. Como explica Gramstrup (2010), no primeiro caso, a própria norma é o parâmetro de igualdade, quando aplicada imparcialmente, enquanto que no segundo caso o desafio é determinar se uma norma é, em si, igualitária. Trata-se, portanto, da mais produtiva distinção entre igualdade formal e igualdade material.

Rothenburg (2008) explica que a igualdade formal é a “igualdade perante a lei”, dirigida ao aplicador da norma, exigindo que esta seja igualmente aplicável a todos os destinatários que se encontram, portanto, no âmbito de sua incidência. A “igualdade na lei” tem relação ao conteúdo da norma, portanto, exigível desde sua formação, dirigida ao legislador, quem é proibido de adotar discriminações injustificadas e desproporcionais. Trata-se de exigir da produção legislativa a identificação de pessoas e situações diferentes entre si, atribuindo-lhes tratamento legislativo que lhes garanta mesmas oportunidades (ARAÚJO; MAIA, 2017). Bastos (2012) reconhece a força limitadora do princípio à atividade do legislativo e à interpretação do ordenamento jurídico. Barroso (2011) concorda apenas que a igualdade na lei é dirigida ao legislador e a igualdade perante a lei é mandamento voltado ao intérprete e aplicador do direito. Todavia, projeta a noção de igualdade formal para ambos os casos, reconhecendo-a na atividade de interpretação do Direito. Miranda (2002) enxerga a igualdade “na lei” contida na expressão “perante a lei”, observando que o postulado dirige-se especialmente ao legislador. Contudo diferencia a igualdade formal da material, observando “a primeira, mais negativa que positiva; a segunda, mais positiva que negativa. Naquela, o Estado como que se abstém; nessa é obrigado a fazer” (p. 621).

Para Kelsen (2009), a igualdade perante a lei é tão somente corolário do princípio da legalidade; ao aplicador do Direito caberia somente diferenciar situações previstas na lei. Continua afirmando que se a Constituição não fixa as distinções que não possam ser feitas na lei e, ao mesmo tempo, prega a igualdade, este valor constitucional deve significar mais que igualdade perante a lei.

Alexy (2015) concorda que tal é, de fato, a primeira interpretação do princípio da igualdade, ou seja, que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos abrangidos por ela e a nenhum caso que não seja, o que significa que as normas jurídicas devem ser cumpridas, desde que válidas.

Kelsen (1998) afirma, então, que a igualdade na lei não pode ser de tal forma absoluta que se imponha os mesmos deveres e direitos a todos, sem as devidas distinções, sob pena de se efetivarem absurdos. Então, enuncia o princípio: “Quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais – devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente” (KELSEN, 1998, p. 54).

Todavia, Kelsen não enxerga neste postulado o princípio da igualdade, porque ele prevê justamente a ocorrência da desigualdade. Ademais, seria necessário um postulado que definisse previamente quais as desigualdades seriam relevantes, segundo a lógica de que é a norma quem prescreve para um pressuposto, certa consequência. Admite, ainda que certa norma, ainda que abstrata e genérica, seja aplicável apenas a um caso, de modo que não seria igualitária, cuja essência é relacional. Portanto, afasta a igualdade do conceito de justiça: “Se uma norma de justiça não determina que todos os homens devem ser tratados de maneira igual – e, de acordo com todas as normas de justiça, com exceção de uma só, não devem todos os homens serem tratados igualmente -, a justiça não é igualdade.” (KELSEN, 1998, p. 61). O doutrinador, em seu tempo, não conseguiu enxergar a igualdade no aspecto material que hoje lhe dão os países democráticos ocidentais.

Gramstrup (2010) destaca que o critério de justiça está correlacionado a regularidade de aplicação da norma, porém não pode ser usado contra a norma em si. “Nesta última hipótese, expressariam significado emotivo: dizer que se está contra uma regra por ser injusta é o mesmo que asseverar que é injusta porque se está contra a própria” (p. 76).

Portanto, está-se diante de uma aporia: a definição dos critérios de discriminações admissíveis diante do mandamento constitucional da igualdade, recepcionando, portanto, (quaisquer que sejam estes), a igualdade formal, ou seja, a igualdade perante a lei. Não existe resposta certa, mas resposta dada em certo contexto histórico e social. Por exemplo, ao tempo

em que às mulheres era suprimido o direito de voto, não havia aí a compreensão de violação à igualdade perante a lei ou na lei.

Taborda (1998) questiona:

dar a cada um o que é seu, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, significa aceitar as desigualdades co-naturais à ideia de homem – iminentes e inafastáveis -, incorporá-las ao tratamento jurídico dado à desigualdade e decidir sobre a diferença essencial entre a igualdade desejável ou indesejável, do ponto de vista político. Isso, contudo, coloca vários problemas, pois como saber o que é o 'seu' de cada um? O mérito, a capacidade, o talento ou a necessidade, já que nenhum desses critérios têm valor absoluto e é perfeitamente objetivo? (p. 249).

Gramstrump (2010) descarta o conceito absoluto de igualdade pela sua abstração e inefetividade prática, destacando a igualdade relativa que busca a concretização do aspecto positivo (igualdade dos iguais) e do aspecto negativo (desigualdade dos desiguais) a partir de alguns parâmetros: “igualdade pelas partes uniformes, pela proporção, pela capacidade, pelo mérito, pela necessidade, pela posição, pelas obras e minimalista (de nivelamento)” (p. 83). Fica evidenciado que a compreensão de igualdade passa pela definição dos critérios admitidos, como valores supremos na Constituição do país.

Observe-se que o critério defendido por Dworkin aproxima-se ao que o autor supra chama de parâmetro minimalista, visto que o nivelamento decorrente da diferença do ponto de partida se sustenta na necessidade do Estado ter perante o jurisdicionado igual consideração e respeito, conduta após a qual segue a liberdade das ações, tomadas no sentido da responsabilidade pessoal.

Portanto, a despeito das visões antagônicas apresentadas, a igualdade deve ser vista sim como critério de justiça; para este fim, fala-se em igualdade substancial, não meramente formal. Duguit (1921) já afirmava, há quase um século atrás, que “*la forme générale de la justice est l'égalité*”. Aliás, conhecido e repetido o entendimento aristotélico para quem a igualdade é base do Direito, do justo e, a desigualdade, a base do injusto, sendo o trabalho do juiz retomar o equilíbrio dos ganhos e perdas (situação de desigualdade) (ARISTÓTELES, 2002)

Há de se reconhecer que ao admitir a igualdade formal como critério de justiça, estar-se-ia a permitir uma tautologia, pois a igualdade perante a lei seria garantida pela norma que a previsse. Contudo, é válido ressaltar que não se pode admitir igualdade material sem igualdade formal, a qual é seu pressuposto e garantia de segurança.

A igualdade na lei, ou igualdade material, exprime com naturalidade o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais na exata proporção desta desigualdade. Do contrário, uma impraticável igualdade absoluta “conduziria não só a normas não funcionais,

disparatadas e injustas, senão também eliminaria os pressupostos para o exercício de competências” (TABORDA, 1998, p. 259). A “igualização” de todos, em todos os aspectos, além de impossível, é indesejável, pois todos teriam os mesmos interesses, limitando o desenvolvimento intelectual, cultural e econômico (ALEXY, 2015).

Quando admitida a igualdade – material – como critério de justiça, o princípio não se impõe somente ao aplicador do Direito, mas vincula concretamente o legislador, a quem incube prever normas genéricas, aplicáveis a todos que igualmente se encaixarem na hipótese normativa. Daí porque é evidente a proibição ao arbítrio legislativo e o reconhecimento da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma que viole o princípio da igualdade. Não se admitem “normas incompatíveis com sua finalidade (por exemplo: serviço militar para crianças), normas sem sentido (por exemplo: pena para todos), normas injustas (por exemplo: imposto *per capita*)” (ALEXY, 2015).

A respeito, Fagundes (1955) há muito destacava que admitir (erroneamente) que o princípio não se dirigiria ao legislador seria destituí-lo de significação, eis que a atuação do Poder Legislativo é justamente a que alcança maior número de pessoas e situações a submeter ao ato discriminatório negativo (sem justificativa legítima).

Aqui vale uma curta digressão para salientar que o princípio constitucional da igualdade é dirigido a todos, na medida em que todos são intérpretes da Constituição. Nos dizeres de Haberle (2010), o paradigma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, considera todos os cidadãos, independente de exercerem função nos poderes do Estado, no processo de interpretação constitucional. A Constituição deve ser vista como instrumento normativo de todos e para todos, incluindo a proteção dos direitos fundamentais – especialmente o da igualdade - como a de qualquer outro direito.

Pontes de Miranda (2002) salienta que a função do princípio da igualdade para o direito é “insuprível”, pois regula “a feitura das leis”, exigindo serem de aplicação igual para todos e, “quanto ao direito já feito”, funciona como regra de interpretação, de integração de lacunas, de direito intertemporal, de exegese da Constituição e fundamento de outros princípios ou direitos fundamentais.

Mello (2000) destaca três parâmetros para que a lei não fira a igualdade constitucionalmente estabelecida. O primeiro deles é que as discriminações devem manter a generalidade e abstração típicas das normas em geral: princípio de justiça distributiva. Ou seja, não podem atingir apenas um indivíduo determinado ou determinável, no presente, indefinidamente, sem permitir novas hipóteses de incidência futuras. Além disso, tais discriminações devem tomar por base distinções residentes nas próprias pessoas ou situações

desequiparadas. Dantas (2004) ressalva que há necessidade de legislar com especialidade para reger a vida social, dirigindo a norma a um grupo de pessoas, bens ou situações jurídicas (*class legislation*), dando-lhes tratamento diferenciado, sem que incorra em violação à igualdade.

Fagundes (1955) apresenta um fato ocorrido no Brasil que, a despeito de ser antigo, chama a atenção pelo inusitado e ilustra com exatidão a condição proposta pelo doutrinador para observância da proibição de discrimen individual decorrente de atuação legislativa. Narra o autor que o Decreto-Lei nº 5.992 de 12 de novembro de 1943 desapropriou um imóvel, com fixação de preço unilateral, sem possibilidade de discussão no Judiciário, com desapossamento imediato, sem depósito prévio, em violação à regulamentação geral sobre desapropriação existente e aplicável, em ato legislativo dirigido para este único bem, sem possibilidade de acobertar outros bens no futuro. Aliás, criar uma legislação que preveja multiplicidade de enquadramentos hipotéticos abstratos ou improváveis apenas para justificar o benefício ou prejuízo pessoal presente é uma burla ao princípio e, portanto, é ato que incorre em violação constitucional.

Em seguida, Mello (2000) destaca a necessária existência de um vínculo de correlação lógica entre a discriminação e a finalidade da lei, o que explica através do exemplo de um concurso público exclusivo para mulheres para composição da polícia feminina, cuja restrição de candidatos homens é lógica, racional e aceitável. Dantas (2004) chama de “princípio da igualdade proporcional” o justificado reajustamento equilibrado das diferenças, afastando, assim, a arbitrariedade.

Por último, Mello (2000) aponta que o critério de discrimen necessita estar em consonância com os interesses constitucionalmente protegidos. O autor, ao final de sua obra, destaca ainda que a interpretação da norma não lhe pode retirar discriminação professadamente assumida por ela, mesmo que implicitamente.

Igualdade, portanto, é um dever-ser, um ideal de justiça, constituindo princípio fundante e estruturador da ordem jurídica constitucional brasileira (TABORDA, 1998). É um princípio informador de outros princípios e de regras, é vetor fundamental do devido processo legal (FIGUEIREDO, 1997). É o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais (MELLO, 2000). É o eixo em torno do qual se cristalizam as normas e instituições de direito público (DANTAS, 2004). Possui previsão expressa e explícita na Constituição Federal, no artigo 3º, I, III e IV, além do artigo 5º, *caput*, I e II. O princípio da igualdade, inclusive, merece destaque sobre outros direitos fundamentais, como direito à vida, liberdade e

propriedade, eis que, por opção do constituinte originário, antecede a todos, como se vê no postulado maior do *caput* do artigo 5º:

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. (BRASIL, 1988)

Alexy (2015) identifica relevante problema, portanto, sobre o critério de valoração sobre o que é uma legislação correta, racional ou justa diante da exigência de igualdade material, aduzindo o autor, “uma perspectiva orientada pela ideia de justiça” (p. 408). A igualdade é pressuposto; a desigualdade é ônus de demonstração. Para sua ocorrência, deve haver razão suficiente, sendo a qualificação dessa razão um problema de valoração.

O postulado da igualdade é assim enunciado pelo autor: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório” (ALEXY 2015, p. 408). O que quer demonstrar o autor é que existe um grau de discricionariedade em que a desigualdade pode (ou não) ser aplicada, visto que a razão que a justifica não é suficiente para sua obrigatoriedade. Por outro lado, o princípio precisa também ser compreendido por um segundo e complementar postulado: “se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório” (ALEXY, 2015, p. 422). Fica evidenciado o que se afirmou acima, de que a qualificação da “razão suficiente” é problema de valoração.

Outro problema relevante é saber se o tratamento igual ou desigual cria ao Estado o dever de promoção de igualdade fática. O tratamento igual ou desigual em sentido jurídico está relacionado aos atos do Estado; em sentido fático, às consequências desses atos (ALEXY, 2015). O princípio da igualdade jurídica é, para o autor, elemento do direito constitucional (aplicável sobremaneira ao Brasil), portanto, um valor em si mesmo, o qual não pode ser abandonado em favor do princípio da igualdade fática.

Ressalta, contudo, o autor, que a igualdade fática é, antes de tudo, o objeto de um princípio. Portanto, quando o princípio da igualdade fática for razão suficiente para o reconhecimento de um tratamento jurídico desigual que visa à produção de uma igualdade fática, pode ser o caso, diante de outros princípios relevantes e colidentes, de exigir-se sua aplicação superposta. O princípio da igualdade jurídica será sempre levado em conta. “A chave teórico-normativa e metodológica para tanto é a teoria dos princípios” (ALEXY, 2015, p. 423).

O autor conclui que a igualdade é verdadeiramente um princípio e que o tratamento desigual deve ser justificado por princípios contrapostos (ALEXY, 2015). Além disso, exprime que, sendo uma valoração constitucional, é submetida a tratamento idêntico aos demais direitos fundamentais. De modo que reconhece que existem inúmeras possibilidades de fundamentação racional para decisões (ou atos legislativos) sobre igualdade ou desigualdade:

Pode-se fazer menção, por exemplo, à possibilidade de apoiar os juízos de valor, imprescindíveis no âmbito da aplicação do enunciado geral da igualdade, em outras normas constitucionais (argumentação sistemática), ou à possibilidade de argumentação baseada em precedentes – sempre crescente com o transcorrer do tempo, em razão do enriquecimento da atividade da jurisdição constitucional -, ou ainda a ideias como a de justiça sistêmica. (ALEXY, 2015, p. 415)

A igualdade é virtude soberana normatizada num princípio essencial ao desígnio de justiça, dirigido a todos, inclusive e especialmente ao legislador, cujos atos de desigualdade são autorizados ou exigidos por aplicação de outros princípios de magnitude constitucional que, ao fim e ao cabo, garantem a própria essência da igualdade. A igualdade formal, aqui admitida como igualdade perante a lei, é parte estruturante da igualdade material, sendo esta o objetivo fim da norma. A igualdade jurídica e a igualdade fática compõe um conceito amplo de igualdade, cuja prevalência de uma ou outra não lhes nega ou diminui valor, mas permite o fomento ou concretização de direitos fundamentais.

Alexy (2015) reconhece, então, derivado dos enunciados que exprimem o princípio da igualdade (já trazidos anteriormente), três tipos de direito: os direitos de igualdade definitivos abstratos (expressos justamente nos enunciados referidos), ou seja, de receber tratamento igual se não houver razão suficiente para desigualdade e de tratamento desigual se houver razão suficiente que imponha o dever de tratamento desigual; direitos de igualdade definitivos concretos, representados pelo dever do Estado de se abster de realizar determinados tratamentos iguais ou de realizar tratamentos desiguais, estes, muitas vezes, alcançados por atos positivos (ações afirmativas); direitos de igualdade *prima facie* abstratos, caracterizados pelo direito à igualdade jurídica *prima facie* (não realização de tratamento desigual *prima facie*) e à igualdade fática *prima facie* (direito *prima facie* a uma ação positiva do Estado).

A compreensão do conceito de igualdade a partir de Dworkin, cujas lições são adotadas para os fins deste trabalho, principalmente a partir de seus dois princípios éticos, ao lado da recepção deste como um princípio constitucional dirigido a todos, inclusive e especialmente à atuação do legislador, permite, finalmente, avaliar o fundamento da igualdade, usado como a última e mais importante base de sustentação do IRDR.

#### 4.2.3 Igualdade no IRDR: a circularidade entre princípios e regras.

Os fundamentos da segurança jurídica (uniformidade e previsibilidade das decisões) e de celeridade (eficiência) foram admitidos como valores (a serem) alcançados (em tese), pelo que justificam e legitimam o instrumento processual em comento, como defendido acima, a despeito das críticas que lhes são construídas.

Contudo, o terceiro fundamento – a igualdade – permitirá realizar o teste de validade sem a necessidade de um estudo sobre a efetiva ocorrência (ou não) de mudanças concretas no panorama geral do Poder Judiciário, visto que seu exame não é consequencialista, mas de recepção no sistema constitucional, decorrente, principalmente da adequada representação da causa paradigma.

A igualdade aparente no IRDR decorre da relação de conteúdo idêntico entre as decisões acerca de questões repetitivas, em razão da aplicação vinculada do tema do caso-modelo a todos os outros processos que necessitem de resolução da mesma questão jurídica. Aplica-se a máxima da igualdade, pela qual todos merecem tratamento igual da norma (individual concreta) quando não há razão suficiente para o tratamento desigual. Portanto, afetados os processos por identidade de questão, a resolução paradigmática implica em sua replicação por força do princípio da igualdade. Essa é a lógica do instituto desenvolvido pelo legislador brasileiro. Trata-se, sem sombra de dúvida, de igualdade material, nesse aspecto.

Todavia, mesmo sob esse ponto de vista, a igualdade está sendo posta à prova pelo Poder Judiciário. O STJ recebeu pedido de suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>36</sup>, distribuído sob o nº 9-SC (2017/00803928), com base no art. 982, §3º do CPC, proveniente de IRDR admitido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a partir de processo que tramitava no Juizado Especial Federal. A questão jurídica era objeto de discussão em todas as regiões de sede de juizados especiais federais, havendo multiplicidade de entendimentos, o que justificava a admissibilidade do incidente, dada a insegurança jurídica pelo tratamento desigual. Ocorre que o pedido foi indeferido por decisão do Ministro da Comissão Gestora de Precedentes sob o argumento de que há “indefinição jurídica, no atual momento, a respeito do cabimento do recurso especial contra julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas admitido a partir de processos que tramitam

---

<sup>36</sup> Importa dizer que até 10 de dezembro de 2017, só havia notícia do recebimento de um único pedido de suspensão nacional no STJ, o SIRDR nº 04/STJ (Nut – 5024326-28.2016.4.04.0000/PR) referente ao IRDR nº 01/PR que tramita perante a 2ª Seção do TRF4, no qual se discute: “Legalidade da resolução do CONTRAN nº 543/2015 quanto à obrigatoriedade da inclusão de aulas em simulador de direção veicular para os candidatos à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação – CNH” (BRASIL, 2017e)

no âmbito dos juizados especiais”. Note-se, portanto, que, a despeito do Ministro ter salientado que ainda não se trata de uma posição final do STJ, o julgador preferiu permitir a continuidade de produção de decisões díspares pelas turmas recursais espalhadas pelo país a produzir um entendimento uniformizado.

A prevalecer esse entendimento, cada Tribunal Regional Federal poderá produzir definição do mesmo tema do IRDR, sem respeitar identidade de decisão, cuja discrepância ferirá de morte o princípio da igualdade, num ponto que, sequer é objeto de críticas ou investigação: é unânime que decisões iguais devem ser proferidas para casos iguais.

Há, nesta decisão, uma violação grave ao princípio da igualdade, não decorrente da legislação que regulamenta o instrumento processual, mas da interpretação acerca da aplicação da lei. Isto porque não é possível que se entenda que questões federais advindas de processos dos juizados especiais estariam fora do âmbito das políticas públicas desenvolvidas a partir do IRDR. É de se destacar que toda a celeuma decorre do fato de que a decisão proferida nos juizados especiais não é passível de recurso especial, de modo que não se poderia admitir recurso especial contra julgamento do tema decorrente do processo que transitaria em julgado, como suscita o relator.

Em defesa da constitucionalidade do art. 987 do CPC, Mendes (2017) desenvolve retórica robusta a justificar o cabimento de recurso extraordinário e especial da decisão do tribunal que julgou o IRDR (caso-modelo que produz julgamento da tese jurídica em abstrato), a despeito da Carta Magna prever o cabimento apenas do julgamento da causa decidida em única ou última instância (ou seja, cada processo julgado individualmente a partir da aplicação da tese jurídica definida no IRDR). Aceitando por premissa que a regra infraconstitucional pode definir os conceitos inseridos no texto fundamental, o autor admite um novo conceito de causa, para abarcar julgados definitivos, sob o pálio da preclusão. Cita, inclusive, o enunciado 86<sup>37</sup> da súmula do STJ para demonstrar a evolução desse conceito. Igualmente, o novo diploma processual prevê a formação das decisões interlocutórias de mérito e o trânsito em julgado destas, assim como das questões prejudiciais incidentais; ambas objeto de impugnação por recurso. As questões de direito resolvidas em IRDR são questões prejudiciais em relação ao mérito da causa (suspensa), como salienta com propriedade Mendes (2017). De mais a mais, refere o autor que pode ocorrer da parte desistir da causa paradigma e, ainda assim, haverá o julgamento do tema repetitivo. Ora, nesses casos, seria impossível falar em recurso do caso concreto, eis que sequer existe decisão do processo

---

<sup>37</sup> Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

paradigma (o que certamente não tornará impossível o recurso da decisão do IRDR, cujo objeto é o tema repetitivo e não o a relação jurídica litigiosa que compõe o processo tomado como modelo). O objeto do recurso, portanto, é outro.

Aduz, ainda, a superação – ou sua inaplicabilidade ao IRDR – do enunciado 513 da súmula do STF, qual seja: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”. Este argumento possui ainda maior relevância.

A aplicação irreflexiva da súmula permitiria inferir que cada parte teria que recorrer do julgamento da sua própria causa, após a incidência obrigatória da decisão com efeito irradiador. Todavia, essa interpretação não faria qualquer sentido diante do “interesse público na rápida e concentrada resolução da questão jurídica, propiciando economia processual, duração razoável do processo, isonomia e segurança jurídica” (MENDES, 2017, p. 231). Observe-se que a súmula foi editada numa época em que não existiam as ações de tutela coletivizada para resolução dos litígios de massa e a legislação das ações coletivas ainda era muito incipiente, tendo como maior representante a Lei da Ação Popular. O autor demonstra que no caminho para construção da súmula, durante 17 anos, prevaleceu entendimento oposto, declarando a preclusão quando a parte deixava de recorrer da decisão do incidente de inconstitucionalidade, justamente porque, uma vez preclusa a matéria, não poderia o juízo de piso ou o órgão julgador inferior modificar a decisão proferida. É justamente esse argumento que se defende para o caso do IRDR, ao lado de restar evidenciado, na lei, o cabimento expresso do recurso do julgamento do tema repetitivo.

Note-se, portanto, que a situação é análoga a situação do julgamento do IRDR proveniente de caso-modelo retirado dos julgados do juizado especial. Trata-se de reconhecer que a decisão que define o tema controvertido repetitivo no IRDR é um conceito abrangido pelo termo “causa em única ou última instância” e, portanto, possui natureza para ser objeto de recurso. As decisões de recursos repetitivos aplicam-se, indubitavelmente, ao âmbito dos juizados especiais. Portanto, não há maiores dificuldades para se aceitar e promover a suspensão nacional em incidente de resolução de demandas repetitivas. Num mundo de multiplicação de litígios de massa, não se pode dar prevalência para soluções que mantenham vivos os conflitos, que não definam de vez a aplicação da norma, que autorizem as soluções díspares, em franca violação ao princípio da igualdade. Encerra o autor:

Entretanto, os precedentes devem estar irmanados com seu tempo e com as modificações da sociedade, do sistema jurídico e da legislação processual,

principalmente quando as inovações buscam o aperfeiçoamento do ordenamento, contribuindo para que os direitos fundamentais, como o acesso à justiça, a efetividade do processo, o devido processo legal, o princípio da isonomia e a duração razoável do processo possam encontrar um resultado mais profícuo, sólido e desejado (MENDES, 2017, p. 224).

Portanto, a legislação do IRDR não se mostra violadora do princípio da igualdade por esta ótica, mas a interpretação e aplicação escolhida nesta manifestação particularizada do STJ é, consoante exposto, promotora da desigualdade material, ao negar sua condição de tribunal uniformizador e ao segregar as causas dos juizados especiais a destinos diferentes, não causando impacto sobre elas por meio de decisão de âmbito nacional.

Todavia, esse não constitui o maior problema relacionado ao princípio, cuja preocupação motiva essa pesquisa, pois aplicar tese única para causas idênticas é cumprir o preceito do princípio da igualdade, em seu aspecto material e formal.

O ponto primordial diz respeito à possível diferença de tratamento entre sujeitos processuais que levaram suas demandas repetitivas ao Poder Judiciário. Assim, admitindo a hipótese de que “A” teve sua demanda escolhida como causa paradigma, ou seja, foi eleita como caso-modelo, “A” terá (ou poderá ter) uma participação efetiva, próxima e direta do julgamento de todos os seus pedidos e, principalmente, na apreciação (acolhimento ou rejeição) de todos os seus argumentos (fáticos e jurídicos sobre a questão jurídica repetitiva), cuja responsabilidade de motivação da decisão judicial - a despeito de ser exigência do Estado de Direito e de ser orientada por princípio constitucional (CF/88, art. 93, IX) - é ainda maior, dada sua natureza vinculante (inclusive por previsão expressa do CPC, art. 984, §2º). Por outro lado, “B”, sendo sujeito processual que submeteu uma demanda ao Judiciário com questão jurídica idêntica à contida na demanda de “A”, apenas receberá a ordem de suspensão do trâmite processual até que lhe seja aplicada a exata decisão proferida ao caso-modelo, sem a certeza de apreciação de todos os seus argumentos e sem o direito de igual intervenção para a produção da norma judicial. Há de fato essa diferença? A resposta é positiva, conforme já foi identificado no estudo do procedimento realizado anteriormente, daí a importância de tê-lo feito preliminarmente. Todavia, a ocorrência desse tratamento diferente seria causa de violação ao princípio da igualdade ou, pelo contrário, seria sua afirmação? Não tendo sido observado o contraditório efetivo e substancial e respeitadas as mesmas chances dos sujeitos processuais no julgamento do caso-modelo, pode-se afirmar que a replicação da decisão paradigma se faz com base na igualdade? Seria, portanto, constitucional o IRDR?

Bastos (2012) ressalta, com propriedade, que o princípio da igualdade pode ser examinado em relação a atos processuais e procedimentos, pois plenamente aplicável ao

direito processual, o que é verificado, *exempli gratia*, quando é garantida a paridade de armas aos litigantes, as mesmas oportunidades de manifestação e atribuídos os mesmos ônus, direitos e deveres no curso da relação jurídica processual. Destaca, ainda, que mesmo no campo processual, a igualdade não é formal, havendo distinções justificadas “na lei” por “razões suficientes”, como prazo especial para Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública (CPC, arts. 180, 183, 186), foro especial ao alimentando (CPC, art. 53, II) e ao consumidor (CDC, art. 6º, VIII), entre outros exemplos.

Abreu (2015. p. 217), ao examinar a igualdade no processo, salienta que o princípio não abrange apenas o tratamento dado às partes no interior do processo, mas também exige que os resultados produzidos pelo processo “devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações”.

Grinover (2014) defende que o processo coletivo possui feição própria e diversa do processo individual, de modo que os princípios constitucionais devem se adaptar às suas particularidades. Destaca, bem à propósito, o princípio de participação no processo pelo contraditório, entre o processo individual e coletivo: “enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos” (p. 397).

Portanto, destaca-se a relevância da investigação em relação ao processamento das demandas repetitivas, cujo corte metodológico nesta pesquisa, elegeu, pelos motivos expostos, o procedimento do IRDR.

Observem-se algumas regras previstas na legislação que instituiu o IRDR no Brasil: o Ministério Público assumirá a condução da causa, quando o autor da demanda tomada como caso-modelo desistir ou abandonar o feito (art. 976, §2º); divulgação e manutenção em banco de dados do CNJ das demandas paradigmas, das questões repetitivas e dos fundamentos de decisão (art. 979); faculdade do relator de requisitar informações aos juízos onde tramitam processos, nos quais se discute o objeto do incidente (art. 982, II); o relator ouvirá interessados no prazo de 15 dias, facultando-lhes juntar documentos; prazo distinto entre o sujeito da demanda eleita como caso-modelo e dos demais interessados para sustentação oral na sessão de julgamento (art. 984, II); aplicação da tese decidida para os casos futuros (art. 985, II); julgamento de recursos em sede extraordinária com vinculatividade nacional (art. 987, §2º). Em todas essas regras há tratamento diferenciado dado pela lei entre sujeitos processuais que têm demandas ajuizadas sobre a mesma questão jurídica. E mais: há repercussão da decisão sobre indivíduos que não são sujeitos processuais e cujo acesso ao

Poder Judiciário, no futuro, será liminarmente encerrado por força de aplicação obrigatória da decisão vinculante, construída ao tempo em que sequer havia causa de pedir para essa nova demanda judicial.

Não à toa foi necessário desenvolver um estudo mais atento ao procedimento do IRDR, de modo a permitir a percepção exata dos pontos de críticas da doutrina e a alegação de inconstitucionalidade, entre outras razões, por violação à igualdade.

Cabral (2017) destaca a importância da escolha da causa paradigma, cuja decisão será replicada, tanto pelo aspecto objetivo, como pelo aspecto subjetivo, defendendo a amplitude do contraditório exercido no processo originário e a pluralidade e representatividade dos sujeitos atuantes, inclusive porque estes exercerão o papel de líderes, de protagonistas, com prerrogativas diferenciadas dos demais. Ressalta a necessidade da representação por uma pluralidade de causas (pelo menos duas) e da justificação da escolha através de decisão com motivação específica da afetação. Todas essas medidas são protetoras do princípio da igualdade.

É possível admitir que o IRDR provocado pelo relator ou pelo juiz terá por base causa que contenha abrangente argumentação e discussão a respeito da questão (nos termos do art. 1.036, §6º do CPC). Igualmente, é crível supor que o Ministério Público teria a mesma postura por ocasião de pedido de instauração do incidente. Certo também que é possível (não presumível) que isso não aconteça. No entanto, a parte que provoca o IRDR fará com base na sua própria causa individual, não necessariamente a melhor opção para formação da decisão coletiva vinculante. Observe-se que, neste caso, não há propriamente uma escolha, pois a parte apenas apresenta a sua causa única, demonstrando existência de multiplicidade de causas e divergência de decisões. É difícil imaginar, contudo, o que levaria a parte a requerer a formação do incidente de coletivização, senão motivos refratários ou torpes, como atrasar a própria solução da lide. Porém, se a parte resolver instaurar o incidente, certamente não trará, para mostrar divergência, as decisões mais bem fundamentadas da tese contrária a sua. Ao contrário, deverá buscar as decisões mais simples, mais rasteiras, com menor amplitude de argumentos enfrentados.

Para não se admitir apenas razões negativas para a instauração do IRDR pelo jurisdicionado, pode-se imaginar o motivo mesquinho ou egoísta de se torna o líder, parte no incidente (mesmo sem ter obrigatoriamente a melhor condição de experiência ou preparação). Isso porque seria melhor assumir a causa que o risco de ver utilizado como caso-modelo uma demanda pouco (ou menos) representativa. Não à toa, Cabral (2017, p. 40) utiliza a

denominação “mecanismos não representativos de coletivização da solução de litígios” para as causas do IRDR.

Situação diversa ocorre quando a parte é um “litigante habitual”: geralmente ré contumaz, a parte poderia provocar o incidente para suspender o curso de todas as ações contra si e, ainda, elegendo causa bem representativa da sua tese e que, por outro lado, possui má formação, representação e instrução da parte adversa, tentar provocar decisão a si favorável, obrigatoriamente vinculante a todos os demais processos. Rodrigues (2015) apresenta como referência a essa preocupação o julgamento do REsp 911.802/RS em que se discutiu a cobrança da assinatura básica no serviço de telefonia, caso que tinha, de um lado, uma gigante da telefonia e de outro, uma consumidora pobre e negra, triplamente vulnerável, destituída de recursos financeiros para se fazer presente no STJ, seja para audiências com os ministros, seja para distribuição de memoriais ou realização de sustentação oral, como salientou o voto vencido do Ministro Herman Benjamin. Destacou, ainda, que são 30 milhões de consumidores que pagam a assinatura básica e nenhum sequer se fez presente na sessão de julgamento, o qual se tornou paradigma para a edição da Súmula 356 do STJ (“é legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”). Fica, portanto, muito bem demonstrada a importância da escolha da causa-modelo e do líder.

Por tudo isso, Cabral (2017) explica que a amplitude do contraditório é muito mais que a abrangência da argumentação. Traduz-se pela completude da discussão (maior quantidade de argumentos), diversidade dos argumentos (englobando todos os interesses relativos a causa) e qualidade da argumentação (retórica, clara, concisa e lógica). Complementa com a necessidade de que o caso-modelo tenha sido construído através de “efetivo exercício do contraditório, compreendido como influência reflexiva” (p.53), sem restrição à cognição e à produção de provas.

O efetivo exercício do contraditório está, como já visto, intrinsecamente relacionado ao devido processo legal coletivo e, portanto, ao princípio da igualdade. A pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário em relação aos que sofrerão as consequências da decisão é a garantia do devido processo legal coletivo dos ausentes, expressão naturalmente empregada no direito americano (*absent class members*), como referido anteriormente. Esta preocupação visa incentivar o ingresso e a participação no IRDR e reduzir os problemas de diminuição do contraditório (CABRAL, 2017).

A pluralidade subjetiva implica em preferir processos com litisconsortes e/ou que se tenha ouvido interessados (terceiros nos autos ou através de audiências públicas) ou, ainda, em que se permitiu a participação de *amicus curiae*. Vale destacar que tudo isso pode ser

conseguido através da eleição de duas ou mais demandas como caso-modelo. Ao contrário do que entende Cabral (2017, p. 59) - para quem “não é mandatário de que haja escolha de mais de um processo”, a despeito de defender a pluralidade de feitos para formação da tese paradigma - é imperioso considerar a aplicação do art. 1.036, §1º do CPC para o IRDR, em razão do reconhecido microssistema de processos coletivos formado.

Quando a parte desiste da sua ação, a norma legal exige a continuidade do julgamento do IRDR, assumida a condição de liderança do incidente pelo Ministério Público, quem atuará, não como simples *custus legis*, mas à frente da condução do processo, tal qual tivesse dado início ao procedimento. Novamente, observe-se a importância da adequada representatividade: aquela causa-modelo talvez não tenha sido a mais representativa, tanto que a parte desistiu de lutar pela tese jurídica defendida. O Ministério Público, legitimado para tanto, não havia proposto o incidente, talvez por não ter vislumbrado interesse na defesa desta tese jurídica. O *parquet* poderia, inclusive, já ter atuado no feito na condição de *custus legis* e ter manifestado parecer contrário à tese jurídica que, por força de lei, passaria a defender e conduzir. Pode-se até alegar a ocorrência de prevaricação ou outro vício de atuação do Ministério Público. Tudo isso implicará em graves efeitos ao ausente, assim considerado, do ponto de vista do processo, aquele que está fora do contraditório, porém é detentor do direito material.

Outrossim, as ações coletivas deveriam ser, em tese, preferenciais às ações individuais para funcionar como causa-modelo no julgamento de teses repetitivas. Contudo, ainda assim, a regra pode comportar exceções. A ideia de órgãos independentes, atuando em defesa do interesse público e não privado, como o Ministério Público e a Defensoria Pública pode parecer atrativa, mas nem sempre a complexidade dos interesses envolvidos vão demarcar uma atuação destes órgãos de forma mais sólida ou absolutamente representativa dos diversos grupos ou sub-grupos interessados na solução do incidente.

Vitorelli (2016), atento às diversidades e complexidades de interesses envolvidos em ações coletivas, apresenta uma nova classificação dos litígios coletivos, levando em conta a irradiação dos efeitos do conflito. Os litígios coletivos se dividiriam em: litígios globais, litígios locais e litígios de difusão irradiada, sendo este último o que possui maior relevância para o argumento que se tenta construir. De fato, o autor teve a importante percepção de que os interesses dos grupos coletivos divergem em diversos pontos, sendo insuficiente a estrutura de pólo ativo *versus* pólo passivo, quando é possível que haja litígios entre as partes que compõe, em tese, o mesmo pólo da relação jurídica processual.

Para o autor, “litígio de difusão irradiada” decorre de uma situação de elevada conflituosidade, produzindo diversos grupos e subgrupos com interesses divergentes, cujas tutelas jurídicas, por vezes se sobrepõe, por vezes se afastam, de modo que tais litígios apresentam subgrupos que são, ao mesmo tempo, aliados e adversários, em relação a diversos pedidos formulados no curso do litígio e como objeto da ação. Como limitar, por exemplo, que a atuação do Ministério Público (por meio de um procurador), o qual, inevitavelmente terá um ponto de vista, possa ser representativa de todos os subgrupos? A multiplicidade de ações, com diversidade de argumentações, pontos de vistas e variedade de representações, incluindo ações coletivas e individuais, poderia diminuir as objeções acerca da extensão do julgamento, inclusive para casos futuros (cuja ausência é inevitável).

De fato, o procedimento do IRDR tenta minorar os prejuízos decorrentes da não condução do incidente pessoal e diretamente por todos (o que seria impossível e, mesmo, indesejado), através da permissão de participação de todos os interessados, que tiveram os feitos sobrestados. Contudo, insuperável a condição do sujeito que não sofria, naquele momento, qualquer prejuízo decorrente da divergência de interpretação ou aplicação da lei, eis que não vivia hipótese fática subsumida à norma, sendo, portanto, um litigante futuro, o qual nunca poderia demonstrar interesse ou legitimidade para atuar no incidente naquele momento. Logo, os cuidados quanto à representatividade devem ser extremos.

Por outro lado, não se pode fechar os olhos as vicissitudes do sistema. As partes que possuem questões (jurídicas) idênticas deveriam ser informadas da admissibilidade do IRDR, até mesmo porque os seus processos deveriam ser sobrestados. E se houver falha no banco de dados do CNJ, ou na divulgação do recebimento do IRDR, ou, ainda, falha na alimentação dos dados dos tribunais? No Apêndice A, há uma tabela comparativa dos números de IRDR retirados do site de cada tribunal e também diretamente do site do CNJ, de modo que resta aparente a discrepância e evidenciada a fragilidade do levantamento estatístico. Isso vai implicar no julgamento de um IRDR sem a participação de um interessado direto, não por opção, mas em razão de absoluto desconhecimento da existência do incidente. Poderia, então, este ser um caso de nulidade de julgamento do incidente? Parece muito difícil defender essa tese, visto que a própria natureza do incidente não prevê o ingresso de todos os interessados. De mais a mais, a simples hipótese de sua validação para casos futuros, visa promover a ideia de segurança para todos, de modo que resta evidenciada sua aplicação aos processos concomitantes, ainda que diante dessa “falha” no sistema. As partes, no entanto, teriam recebido tratamentos processuais desiguais, nesse exemplo.

Continuando na mesma linha de argumentação acerca de hipóteses que possibilitariam que se vislumbrassem tratamentos processuais desiguais, dois questionamentos merecem reflexão: o primeiro diz respeito aos legitimados ao recurso contra o acórdão que fixou a tese do IRDR; o segundo concerne a escolha *a priori* (portanto, abstrata) do líder, ou seja, da parte que será responsável pela condução do feito nos tribunais superiores.

Lemos (2017) defende que as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, além do *amicus curiae* que tiver atuado no feito, são legitimados ao recurso para sede extraordinária, aduzindo que os sujeitos dos “processos suspensos poderão recorrer de suas demandas, individualmente, e, se for o caso, impugnar-se-á, preliminarmente, a decisão do IRDR”. O Fórum Permanente de Processualistas Civis promoveu enunciado ampliando o rol de legitimados, propondo: “Enunciado n.º 94 do FPPC - A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

A interpretação restritiva contribui para a desigualdade processual, promovendo diferença injustificável de atuação em contraditório das partes afetadas pelo incidente. Os recursos individuais terão como objeto os capítulos da decisão que não incluem o tema *decidendum* do IRDR; o pedido de reforma da tese do IRDR caberia através do procedimento legal de revisão (CPC, art. 986).

Todavia, ao estender a legitimidade para qualquer interessado que teve sua causa suspensa, cria-se hipótese de “eleição apriorística” do novo líder da causa-modelo, cujo recurso terá efeito de suspender as ações em todo o território nacional, com reconhecimento legal de repercussão geral do tema. O novo líder, portanto, será aquele que recorreu em primeiro lugar. Observe-se que a legislação nacional é absolutamente omissa a esse respeito, porém, essa é a previsão legal para o instituto similar do *musterverfahren*, como já visto acima. Ora, em havendo recurso contra acórdão do IRDR, o julgador estará diante, necessariamente, de uma destas opções: (a) há recurso exclusivo do líder do incidente (parte), mantendo-o, portanto, nesta qualidade; (b) há recurso exclusivo de um dos interessados afetados pela decisão, mas cujo processo não foi escolhido como causa-modelo, de modo a permitir que este se torne novo líder; (c) há multiplicidade de recursos, podendo existir ou não recurso do líder (parte), o qual poderá ser anterior ou posterior aos demais recursos. Sob a ótica da igualdade, apenas esta hipótese de múltiplos recursos é relevante. Neste caso, a admissão do primeiro recurso como condutor do julgamento em sede extraordinária não parece considerar a necessidade de observância da “amplitude do contraditório” e da “pluralidade e representatividade dos sujeitos”, critérios apresentados por Cabral (2017). Por

ter repercussão nacional, assumindo mesmo a condição de recurso especial ou extraordinário repetitivo, nova escolha fundamentada do recurso representativo faz-se imperiosa.

Cabe uma última observação, feita com propriedade por Lemos (2017), quem salienta que, neste caso, em havendo apenas um recurso contra acórdão do IRDR, estar-se-ia diante de hipótese de flexibilização da norma que exige no mínimo dois recursos representativos (CPC, art. 1.036, §1º). Contudo, para efeito de observância da amplitude do contraditório, mais que nunca, deve ser autorizada a intervenção de interessados e de *amici curiae*. Araújo (2017) ressalva, contudo, que o ingresso dos *amici curiae* deve ser observado com cautela, em relação àqueles que efetivamente podem contribuir com a causa, sob pena de colocar em risco a celeridade de tramitação do incidente.

À primeira vista, portanto, diante de tantos apontamentos de tratamentos diferentes, os quais sequer se ousa afirmar abrangerem exaustivamente todas as situações possíveis decorrentes das regras de procedimento do IRDR, a conclusão poderia ser de franca e direta violação ao princípio da igualdade e, portanto, da inconstitucionalidade da norma.

Não são poucos os autores que enxergam inconstitucionalidades decorrentes do procedimento do IRDR. Antes mesmo da vigência de lei, Abboud e Cavalcanti (2015) apontavam, sob suas óticas, as seguintes inconstitucionalidades: violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos poderes; violação ao direito de ação, pela inexistência de *opt-out*; violação ao sistema de competências, em razão da aplicação da decisão aos Juizados Especiais; violação ao contraditório, em razão da “ausência do controle da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo” (p. 222). Nesta última, há ínsita a possível violação a igualdade, como princípio mais amplo, abarcando o contraditório, visto que os sujeitos teriam tratamento igual quanto ao conteúdo decisório aplicável, mas diferente quanto à participação no procedimento de sua produção.

Esta pesquisa não intenciona observar a (in)constitucionalidade da lei sob qualquer aspecto, tornando indevido o enfrentamento aprofundado de cada uma das hipóteses levantadas pela doutrina. O objeto principal é o teste a partir do princípio da igualdade, respondendo ao problema de legitimação da representação na produção da norma judicial concreta aplicável coletivamente. Aparentemente, seria apenas uma questão de simples recepção de norma infraconstitucional pela Constituição: regra submetida a um princípio.

A problemática, porém, deve buscar solução noutros caminhos de argumentação. Neves (2014) aponta a relevância prática e teórica em estabelecer a diferença entre regras e

princípios quando há controvérsia sobre qual norma aplicar ao caso, seja diante de conflito interpessoal concreto ou no âmbito do controle abstrato de normas, cujo enfrentamento somente pode se dar no plano da argumentação jurídica. O sistema jurídico é composto de um sistema de princípios que se soma às regras instituídas, cujo conjunto deve ser compreendido sob uma leitura constitucional do processo (THEODORO JÚNIOR et al., 2015).

Ávila (2016) busca uma definição dos princípios e regras jurídicas:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2016, p. 102).

Alexy (2015) utiliza um critério qualitativo para distinguir regras e princípios, assumindo que princípios são “mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados” (p. 90), cujas restrições são possibilidades fáticas e jurídicas, sendo estas também delimitadas por regras. Para o autor, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (p. 91). Tratam-se de razões *prima facie* (princípios) e razões definitivas (regras). O autor mesmo considera que se trata de um aumento de complexidade ao conceito mais simples de Dworkin (2007) de que regra é “tudo ou nada” e que princípio seria um padrão de moralidade, utilizados como solução decisória quando a regra se mostra insuficiente. Zaneti Júnior (2015, p 303) ressalta que um direito fundamental pode restar protegido tanto em normas regra quanto em normas princípio, sendo inclusive mais difícil afastá-lo quando previsto numa regra, o que requereria a “superação argumentativa dos princípios de sua formação (devido processo legislativo e representatividade democrática)”.

A definição de princípios e regras é, em si, um trabalho de extensa pesquisa. Os conceitos apresentados acima têm o intuito de demonstrar a “amplitude conceitual” e as diferentes aplicabilidades, conforme o entendimento que é adotado. Portanto, não se desconhece a existência da adoção, pela doutrina, de critérios de generalidade e especificidade, de hierarquia, de aplicabilidade direta ou indireta, da permissibilidade de uso da ponderação e tantos outros. Daí a importância de se especificar a adoção, no presente, do conceito de Neves (2014) que os percebe como parte integrante de um complexo sistema

social autopoietico, no qual não há norma previamente pronta e acabada, mas cujo desenvolvimento consistente e adequado é ainda mais relevante no plano constitucional.

Trata-se, portanto, de buscar resposta também na teoria dos princípios e sua solução para a colisão de normas, considerando aqui que os parâmetros estabelecidos são de princípios constitucionais que regulam direitos fundamentais, como a igualdade e a duração razoável do processo, não apenas no plano individual, mas reconhecendo-os como normas que conferem direitos fundamentais coletivos. Os princípios previstos especialmente no artigo 5º, *caput* e inciso LXXVIII da Constituição Federal, também encontram guarida na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de *San Jose* da Costa Rica (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969), que passou a vigorar no Brasil em 25 de setembro de 1992 e, posteriormente, foi promulgada pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, nos artigos 1º e 8º:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas<sup>38</sup>:

O motivo pelo qual se tomou de base a colisão aparente entre os princípios da igualdade e da duração razoável do processo é de fácil compreensão: a igualdade é o fundamento que se coloca sob prova; a duração razoável do processo é parte da meta da política pública judiciária desenvolvida pelo legislativo ao acrescer essa técnica de julgamento coletivizado na novel legislação processual. Portanto, é importante não se perder de vista que o IRDR é instrumento de política pública desenvolvida pelo legislativo para proteção de direito fundamental.

Não se trataria, contudo, de uma colisão entre princípio constitucional e regra infraconstitucional (norma do Código de Processo Civil que instituiu o IRDR)? É necessário demonstrar que a situação é mais complexa que simplesmente pensar em CF x CPC, princípio

<sup>38</sup> Grifo não constante do original

da igualdade x IRDR. Aliás, o significado do princípio da igualdade no sistema constitucional no âmbito do processo civil coletivo é matéria de fundamental importância.

Deste modo, observar as relações entre princípios e regras e apontar meios de solução de conflitos são temas que necessitam ser enfrentados, o que será feito com base na doutrina de Marcelo Neves, quem, por sua vez, absorveu conceitos da teoria dos sistemas de Niklas Luhman, para estipular essa relação de circularidade que compõe o sistema.

Luhmann (1995, p. 13) desenvolve uma teoria de sistemas, na qual “*there are systems that have the ability to establish relations with themselves and to differentiate these relations from relations with their environment*”, de modo que reconhece que o sistema é autônomo, identificado por estruturas organizadas para fazer frente às influências e prejuízos à complexidade desestruturante (aquilo que está fora do sistema), destacando-se pela sua capacidade de autopoiese. Reconhece que a sociedade é “como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui do sistema social, o homem concreto que passa, analiticamente, a fazer parte de seu mundo circundante” (FERRAZ JR., 1980, p.1). Sistema é um conjunto estruturado (estruturável) de elementos, em paralelo a complexidade, a qual se constitui num conjunto aberto e infinito de possibilidades jurídicas (LUHMANN, 1980). Ou seja, todo sistema é uma redução seletiva de possibilidades. Contingência é a ação que ocorreu, dentro de uma variedade de ações possíveis, calcada, justamente, no pressuposto da incerteza. Assim, o indivíduo (que compõe o mundo circundante), provoca reflexos na sociedade (o sistema) através da contingência de seu arbítrio. Porém, o sistema, se perde sua estrutura, deixa de ser organizado, perde sua identidade. O Direito, portanto, aparece “como uma das estruturas sociais que garantem as expectativas sociais contra a contingência a que estão sujeitas” (FERRAZ JR., 1980, p.3).

O Direito também deve ser entendido como um sistema social, concebido dentro da teoria geral de sistema auto-referente “autopoietico”, caracterizado por seu “*circular, recursive, self-referential mode of operation*”, sendo um sistema “subsistema” social (LUHMANN, 1989, p. 137). O autor ressalta ainda duas condições: a diferenciação e o fechamento do sistema decorrente da diferenciação. A diferenciação decorre da consolidação dos limites traçados nos procedimentos judiciais frente às influências externas do meio ambiente. Não se trata de um “isolamento causal ou comunicativo”, mas de “construir para si próprio um ambiente intelectual”, no qual são regras do próprio sistema que reconhecem validades as estruturas e decisões (LUHMANN, 1989, p. 53). Entender o fechamento do sistema é permitir reconhecer a autonomia do direito dentro do aparente paradoxo de

independência e dependência deste em relação ao meio ambiente. Trata-se de admitir a combinação de auto-referência e hetero-referência na conceituação do sistema.

A Constituição Federal exerce importância fulcral para o reconhecimento da autonomia do sistema jurídico. A “Constituição como conquista evolucionária assume o papel paradoxal de fundamento do direito no interior do próprio sistema jurídico, passando a ser a instância reflexiva mais abrangente desse subsistema social” (NEVES, 2004, p. 156). A Constituição é, portanto, limite sistêmico interno de aprendizado.

Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto. Não se trata de uma contradição lógica, pois nós definimos clausura como reprodução recursiva e não como negação de abertura. A clausura torna-se muito melhor formulada como um paradoxo: O sistema é aberto porque é fechado, ou ainda, é fechado porque é aberto (LUHMANN, 2004, p. 63-64).

O direito exerce duas funções evidentes: a produção de expectativas de comportamento e a verificação da consistência dentro do sistema jurídico, ou seja, dos limites de reprodução autopoietica. As normas jurídicas “garantem as expectativas (mas não o comportamento correspondente) contra desilusões”; elas “dão às expectativas duração”. (FERRAZ JR., 1980, p.2).

Deste modo, importante entender que a norma jurídica não evita conflitos e nem estabiliza comportamentos; ela estabiliza a expectativa sobre a contingência: o risco da escolha de certo comportamento. E mais: “o Direito elege o conteúdo da expectativa que não pode ser decepcionada” (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 19), prevendo sanção, estabilizando (comunicando, portanto) o comportamento adequado para cada situação.

O sistema social tem por base a incerteza, a necessidade de controlá-las (as incertezas e não o comportamento) é o que leva os sistemas a se resguardarem através de estruturas, que acabam por informar o comportamento adequado para cada situação, de forma a absorver essa incerteza da dupla contingência (LOPES JÚNIOR, 2004, p. 11)

A função de estabilizar as expectativas de comportamento permite que o sistema (jurídico) observe a própria realidade, de modo que agir conforme a norma é uma decisão que tem por base a expectativa de comportamento que a norma cria e a expectativa que o sujeito tem sobre o que os demais sujeitos esperam que ele faça. A pressão exercida pela dupla contingência é que estabiliza as expectativas sobre o comportamento.

Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser

localizada a função do normativo – e assim também do direito. (LUHMANN, 1983, p. 49)

Os sistemas sociais, portanto, possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornando-se autopoieticos (LOPES JÚNIOR, 2004). Schwartz e Santos Neto (2010) identificam a igualdade reconstruída sob o viés sistêmico como uma forma de reduzir a complexidade, ou seja, uma fórmula de contingência para designar a unidade de descrição de uma função sistêmica: o direito autopoietico brando.

Neves (2014) destaca que são aspectos relevantes para compreensão de regras e princípios, a observância dessa dupla contingência, além da necessidade da problematização se dar no plano do discurso. Assim, para o autor, observar a dupla contingência é admitir o oximoro por meio de um exercício de alteridade do Legislativo - instância que produz institucionalmente a norma, dando-lhe sentido - e do Judiciário - instância que constrói hermeneuticamente, com força vinculante, a norma a aplicar –, poderes que devem, ao atribuir regras e princípios à Constituição, manter a identidade constitucional, sem desprezar a adequação social histórica ou, de outro lado, conduzir a um decisionismo judicial que despreza a consistência jurídica.

O legislador (constituinte, reformador ou infraconstitucional) produz um texto normativo ao qual lhe atribui um sentido. O intérprete/aplicador, na construção hermenêutica vinculante da norma também o faz - “*alter*: ‘eu digo que tu dirás isso’; *ego*: ‘eu digo que tu dissestes isso’” (NEVES, 2014, p. 126). Não se tratando do poder constituinte originário, todos os intérpretes estão submetidos às normas constitucionais (significado máximo do princípio da igualdade “material”). Logo, a atividade de interpretação, aplicação e criação do Direito possibilita a construção (identificação) de princípios constitucionais que os vincula nesta atividade, para determinação (identificação ou proposição) da regra jurídica que servirá de razão definitiva à solução do caso (também entendido como controle abstrato de constitucionalidade).

Para Neves (2014), observar os fenômenos e trazê-los ao plano do discurso implica em questionar pretensões de validade e reconhecer a necessidade de fundamentação, de modo que consensos são destruídos ou modificados. “O Direito apenas tem validade (*gilt*) sobre o fundamento das decisões que o colocam em vigor” (LUHMANN, 2004, p. 75). Neves (2014, p. 97) reconhece a complexidade das relações intersubjetivas e sociais, defendendo que “os princípios constitucionais são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso” e, paradoxalmente, estimulá-los. Portanto, a distinção de princípios e regras resolve-se no plano da argumentação. Luhman (2004) explica que a argumentação é forma de avançar

sobre a própria matéria, é a busca de desenvolvimento de posições de modo a alcançar uma assimetria da redundância recursiva, logo, equivalente, em seu fim, a fundamentação.

Neves (2014), então, adota como solução a noção sistêmica da observação de primeira e de segunda ordem. No plano de primeira ordem, há mera observância do direito, da pura aplicação rotineira de normas, situação em que os sujeitos não questionam a validade ou sentido das normas jurídicas, cujo cumprimento habitual não significa, necessariamente, consenso. Na observação de segunda ordem, os sujeitos discutem, sobre as normas a serem aplicadas, a validade, o sentido, suas condições, mantendo-se permanente a possibilidade de sucessiva rediscussão e reinterpretação.

Portanto, relevante é o papel de princípios e regras na argumentação jurídica: “os princípios são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, enquanto razões imediatas para normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos” (NEVES, 2014, p. 103). O autor reconhece, todavia, normas intermediárias: os princípios-regras. O “híbrido”, como chama, configura-se da seguinte forma: do ponto de vista estrutural é uma regra, funcionando como critério de solução do caso; no aspecto funcional, é princípio, pois atua no nível reflexivo do sistema jurídico, sopesado diante de outros princípios. Admite, neste caso, “claramente a possibilidade de uma colisão da regra com o princípio” (p. 106).

Portanto, nos casos de colisão de normas, onde a identificação de regras e princípios se faz necessária, a argumentação somente deve ser desenvolvida a partir da Constituição Federal, limite interno do sistema. Trata-se de uma interpretação mais branda da autopoiese originada com o positivismo, admitindo-se o desenvolvimento de retórica argumentativa a partir da própria autofundamentação constitucional do sistema jurídico. O sistema se retroalimenta de forma inexaurível, sendo possível dela – Constituição - abstrair novos princípios e regras, numa construção continuada face à complexidade dos problemas de uma sociedade marcada pela pluralidade e dissenso. Reforçando o que já se disse anteriormente, a Constituição atua “como o mecanismo reflexivo (normatização de processos de normatização) mais abrangente do sistema jurídico” (NEVES, 2014, p. 116).

Na sua “Teoria Pura do Direito”, Kelsen (2009) destaca as normas jurídicas como objeto da ciência jurídica, desenvolvendo o que chama de teoria estática e teoria dinâmica do direito. “A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento” (p. 80). É conhecido o desenho da pirâmide de Kelsen (que, apesar de notório aos estudiosos, não consta de sua obra) para

ilustrar uma hierarquização de normas, encontrando-se no topo do escalonamento, a Constituição Federal, que origina as demais normas, as quais, por sua vez, podem originar outras e assim sucessivamente (num exercício inverso, tem-se antes da Constituição – e acima dela, fora da pirâmide - a *grundnorm* ou norma fundamental pressuposta) (p. 247).

Neves (2014) empresta a teoria dinâmica de Kelsen, apontando, contudo, significativa modificação na teoria, pois nega uma compreensão hierárquica linear do sistema jurídico, “pois, embora as normas constitucionais sirvam como fundamento de validade das demais normas jurídicas, os sentidos normativos da Constituição dependem tanto da legislação quanto dos atos de interpretação-aplicação da Constituição” (p. 117). Trata-se de assumir a teoria sistêmica de Luhmann, pela qual a “*autopoiesis requires the constitution of the unity of the system as a self-referential circle*” (LUHMANN, 1995, p. 118).

Luhmann (2004) destaca que a decisão sobre casos difíceis exige uma relação circular entre interesse e valoração, em razão do comprometimento que o sistema jurídico deve ter com sua autopoiese, uma vez reconhecido como sistema autônomo. Para o autor, a “*autopoiesis é igualmente condição e resultado da evolução, é assim a forma da evolução da evolução*” (p. 67).

A reflexão interna do sistema jurídico deve além do mais assumir a tarefa de fundamentar as assimetrias. As figuras mais importantes do pensamento jurídico recente, tais como: a pressuposição de que direitos já estão decididos; a ligação do direito à política (políticas reguladoras, implementações políticas); o pressuposto das valorações sociais, são compreendidos como um ‘recurso energético’ (Joseph Esser) e envolvidos dentro do sistema. Sob o ponto de vista externo, essas figuras servem à função de assimetriação e não permitem um questionamento, isto quando elas não são unidas a uma proposição alternativa (LUHMANN, 2004, p. 71).

Portanto, a circularidade entre valores integrados ao sistema, criando direito a partir do significado dado a norma jurídica é também objeto da hetero-referência, como a partir da observação de políticas públicas (mundo circundante) que modificam o Direito (sistema). Luhmann (2004, p. 71) destaca o princípio *folgenorientierung* – “orientação sobre as consequências” – que autoriza a tomada de decisões a partir de uma previsão (eventual) de uma consequência futura, como expressão de um valor protegido (enxergando-se, aqui, as políticas públicas como indutora da atuação legislativa para modificação do sistema jurídico). Inclusive, o autor salienta que a orientação sobre as consequências, pode ser aplicada a partes do sistema jurídico, “fazendo-a residir apenas nos fatos do jurista e na sua correlação com as decisões jurídicas obrigatórias” (LUHMANN, 2004, p. 73).

Do ponto de vista da estática jurídica, Neves (2014) explica que a complexidade desestruturada da sociedade imbricada de valores dissidentes torna-se estruturável a partir dos

princípios e estruturada a partir das regras, quando é efetiva a subsunção do fato à norma. Demonstra, contudo, que as regras:

são subcomplexas para oferecer critérios seletivos perante uma pluralidade desordenada e conflituosa de expectativas normativas no âmbito da moral, dos valores e dos diversos sistemas funcionais da sociedade. Uma Constituição formada apenas de regras seria, perante um contexto social hipercomplexo, inadequada. (NEVES, 2014, p. 118)

De outro lado, os princípios também seriam subcomplexos perante o caso a decidir, necessitando das regras como fundamento imediato, justamente por “manterem uma relação mais flexível entre o antecedente e o consequente” (NEVES, 2014, p. 118), possibilitando interpretações diversas, criando *status* de insegurança jurídica. Há de se reconhecer, nesta hipótese, o risco de se atribuir verdadeira impotência ao legislador constitucional ou reformador. Diante das normas híbridas, quando se admite a aplicação direta do “princípio”, tem-se, em realidade, no caso, o reconhecimento de regra. Sempre que há a concretização do direito, uma regra é aplicada.

Neves (2014) demonstra, dessa forma, a circularidade entre princípios e regras:

a relação entre Constituição e lei, do ponto de vista da dinâmica jurídica, não importa uma hierarquia linear, mas sim uma relação circular, a diferença entre princípios e regras constitucionais, do ponto de vista da estática jurídica, envolve uma relação de pressuposição recíproca (p. 120)

O próprio autor apresenta uma ilustração (Figura 3) dessa relação de circularidade entre princípios e regras:

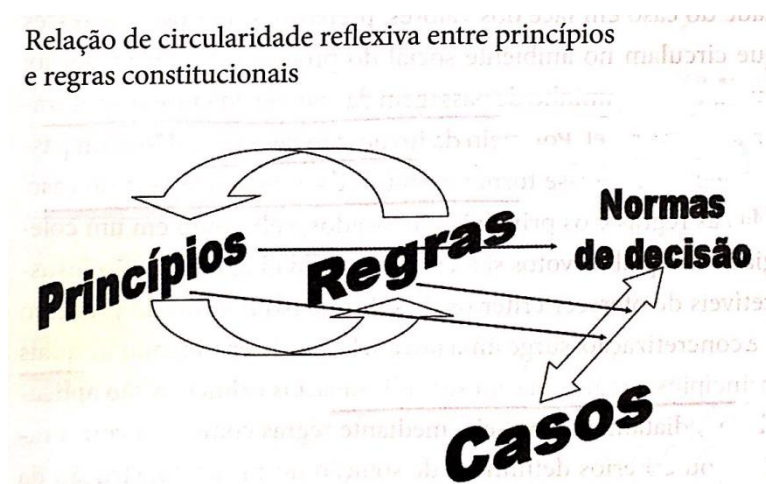


Figura 3: Ilustração da relação de circularidade entre princípios e regras  
Fonte: Neves (2014, p. 135)

O caso sob exame nesta pesquisa é a recepção da norma infraconstitucional do IRDR no sistema, cuja solução (norma de decisão) decorre da argumentação sob o pálio de

princípios e regras. Portanto, uma norma infraconstitucional analisada sob diferentes princípios constitucionais, servindo, por vezes, como orientação às formas de interpretação dos princípios, dada a importância da sua implementação como política pública.

Como já foi defendido anteriormente, a distinção de regras e princípios só tem validade diante de conflitos normativos, principalmente, constitucionais. Essa se dá no plano da argumentação. Do ponto de vista da teoria estática (estrutural), “as regras condensam expectativas normativas que se dirigem imediatamente a solução do caso” (NEVES, 2014, p. 120). Os princípios, por sua vez, são normas jurídicas gerais, “constituem mecanismos reflexivos em relação às regras. Eles podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo de regras” (NEVES, 2014, p. 131).

Identificar princípios constitucionais possibilita o desenvolvimento de heterorreferência (algo que existiria fora do sistema jurídico, como valores, princípios morais, interesses gerais), mas que não podem negar a autonomia do sistema constitucional: sistema é fechado porque é aberto. Como explica Neves (2014, p. 128), os princípios constitucionais têm a função de selecionar “expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos, assim como expectativas normativas atípicas as mais diversas”.

Portanto, a força vinculante de uma decisão judicial não pode se dar pela autoridade formal do *stare decisis*, nem tampouco a justifica uma regra impositiva (autoridade formal), como é o caso da novel legislação processual que replica decisões que sequer foram proferidas pelo tribunal constitucional (o IRDR é julgado pelos tribunais do Estado ou Regionais). Essa força vinculante tem que buscar fundamento no princípio que baliza a regra.

Os princípios desempenham a função de adequação social do Direito (NEVES, 2014), pois permitem a reprodução de “dadas morais” da sociedade, já expressas na Constituição. Superestimar regras é endurecer o sistema e não acompanhar a evolução (mudança) social (o tipo penal adultério, com pena de prisão, vigeu formalmente anos seguidos sem qualquer condenação; o castigo físico dos filhos menores pelos pais foi, durante dezenas de anos, moralmente aceito, sem normas jurídicas que os coibisse; a evolução da criminalização da união homoafetiva até o reconhecimento do casamento civil homoafetivo se deu antes por mudanças de interpretação de princípios que por assunção de regras jurídicas). Superestimar princípios em detrimento das regras é permitir as “intrusões particularistas do poder, do dinheiro, dos moralismos intolerantes, dos valores excludentes inegociáveis” (NEVES, 2014, p. 133), o que leva a insegurança jurídica e ao descrédito da ordem constitucional.

Conclui Neves (2014) acerca de seu modelo de princípios e regras que é a circularidade reflexiva entre ambos que lhes reforça estrutura e argumentos. Necessário, portanto, a articulação entre princípios e regras constitucionais, ao lado de uma articulação construtiva entre direito constitucional e direito infraconstitucional. Trata-se do reconhecimento de “*tangled hierarchies*: a validade e o sentido do direito constitucional depende da atividade legislativa e da aplicação concreta do Direito. A hierarquização interna Constituição/lei atua como condição da reprodução autopeoiética do Direito moderno, serve, portanto, ao seu fechamento normativo” (NEVES, 2004, p. 156).

Em suma, os princípios balizam as regras e estas lhe dão significado, em movimento circular, não hierárquico. Ambos poderes Legislativo e Judiciário devem respeito à Constituição e devem agir para que sua interpretação e aplicação seja de forma historicamente adequada, o que determina a sucessiva rediscussão e redescobertas dos princípios, em reconhecimento à autonomia do sistema jurídico, com base na autopoiese branda e na possibilidade de heterorreferência de valores. As decisões encontram força vinculante, portanto, no princípio que baliza a regra. A regra é recepcionada pelo sistema na medida em que auxilia a compreensão do significado do princípio, o qual deve ser lido em paralelo a outros princípios, em conformidade às políticas públicas desenvolvidas para proteção dos direitos fundamentais, os quais são, em primeiro plano, objeto de autorreferência para identificação dos princípios e regras. “A autonomia do Direito refere-se à circularidade de sua auto-reprodução e não à sua independência causal do meio ambiente” (TEUBNER, 1982, *apud*, NEVES, 1995, p. 96). A “concretização de procedimentos democráticos constitucionalmente garantidos que viabilizem uma integração jurídico-politicamente igualitária dos indivíduos e grupos à respectiva sociedade” é a realização do Estado de Direito (NEVES, 1995, p. 104).

Portanto, Neves (2004) salienta que o direito constitucional é o limite para a abertura cognitiva do direito positivo, mas também é capaz de aprender em relação ao que ele mesmo prescreve, tanto quando é objeto de reforma constitucional (observando-se o procedimento apropriado), como quando ele se manifesta no processo de concretização dos direitos fundamentais. As leis ordinárias e as decisões jurisdicionais, portanto, servem para determinar o sentido e vigência das normas constitucionais. “A circularidade é mantida pelo menos na ‘relação de mistura’ entre criação e aplicação do direito” (NEVES, 2004, p. 158).

O reconhecimento da igualdade a partir dos dois princípios éticos de Dworkin e sua recepção constitucional como princípio a ser concretizado nas modalidades formal e material, cujo tratamento desigual - quando desiguais os sujeitos ou situações jurídicas, vistos sob

determinado aspecto – é exigência normativa do próprio princípio - hipótese que passa pelo ônus de fundamentação da razão suficiente do proceder, assim como da demonstração dos parâmetros de generalidade e abstração da norma, vínculo do *discrímen* com sua finalidade e o interesse constitucional de que assim o seja - permite a compreensão do IRDR pela teoria da circularidade das normas, inserindo o instrumento processual, portanto, no sistema jurídico constitucional, como base reflexiva, em função de sua finalidade, do parâmetro significante da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da efetividade jurisdicional e, também (por que não?) da própria igualdade. A norma constitucional também se explica pela norma infraconstitucional. Ademais, enxergam-se na norma infraconstitucional, outros princípios constitucionais de proteção de direitos fundamentais. Os princípios balizam a regra para que ela não viole esses direitos, ao mesmo tempo que são (re)construídos ou (re)pensados por ela. A regra infraconstitucional violadora de norma constitucional não é recepcionada; a regra que traduz a aplicação de um princípio constitucional ou lhe dá significado passa a ter o seu peso no exercício de ponderação.

Relembrando o foco de investigação acerca da violação (ou não) da igualdade em relação ao tratamento processual diferenciado do IRDR entre sujeitos-partes e sujeitos-ausentes, novamente se questiona: a diferença de tratamento implica em violação da igualdade constitucionalmente exigida? Diante da situação do *absent member*, pode-se falar em violação da igualdade por reconhecimento de eventual prejuízo ao contraditório, ao devido processo, ou pela ausência de legitimidade de representação?

A retórica argumentativa construída até aqui demonstra que não há violação da igualdade. Trata-se de verificar a autonomia do direito também sob a perspectiva sistêmico-funcional de Luhman, para quem “os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem a formação imparcial de julgamento e vontade” (NEVES, 1995 p. 96), desenvolvendo uma racionalidade ético-procedimental.

O fundamento de legitimidade (inclusive do IRDR) é encontrado, para Luhmann (1980), no próprio processo que abrange o início do procedimento previsto para tomada de decisões até a própria decisão produzida e aplicada. Portanto, o procedimento é fator que confere legitimidade, em razão da transformação da expectativa através da comunicação, em conformidade com o sistema normativo. Os procedimentos são sistemas. Como tal, o procedimento reduz a complexidade e promove a expectativa, orientando as ações, produzindo a intenção de cooperação pela previsibilidade (expectativa) de comportamento e facilitando a aceitação da decisão (antes mesmo que ela exista concretamente).

É típica a expectativa de que o próprio procedimento não constitui um critério de verdade, mas favorece a correção da decisão; que possibilita e canaliza a comunicação; que garante a realização das decisões, independentemente do fato de que a lógica funcione, e permita, ou não, os cálculos apenas das soluções exatas; e que contribui para abolir as perturbações previsíveis (LUHMANN, 1980. p. 17).

Luhmann (1980), quando assume a legitimidade pelo procedimento, dá-se por satisfeito de que o Direito proverá uma decisão. Para o autor, há uma incompatibilidade em dar a decisão correta e ter que dar, obrigatoriamente e sempre, uma decisão. O procedimento deve, contudo, ser desenvolvido sobre um mecanismo de busca pela verdade. “O procedimento está organizado para dar como resultado decisões justas ou injustas, por amor da verdade ou por amor da paz” (LUHMANN, 1980. p. 21). Schwartz e Santos Neto (2010) ressaltam, contudo, que Luhmann não descarta a necessidade de justiça, porém afirmam que tal conceito deve ser compreendido a partir da reelaboração por meio da adoção do conceito de fórmula de contingência.

A presente discussão, contudo, passa ao largo da “justiça” das decisões, matéria que, por si só, daria ensejo a outras dezenas de dissertações. Nem tampouco se assume que a legitimidade pelo procedimento se basta, como argumento único e isolado; se assim fosse, seria suficiente para alcançar, no máximo, uma igualdade formal. Há aqui, portanto, um argumento que se soma aos demais. Como se disse, o procedimento deve buscar a verdade, o acerto, a justiça (no plano mais ideal). Todavia, esta pesquisa não descarta que o procedimento do IRDR visa a igualdade material, (re)interpretada dentro do sistema de circularidade de princípios e regras, normas constitucionais e infraconstitucionais.

#### 4.2.4 À guisa de conclusão

O conceito de igualdade adotado a partir da obra de Dworkin promove o destaque aos princípios éticos da igual consideração e respeito e o da responsabilidade especial, como requisitos para aferir se a legislação prevê tratamento igual a “A” e “B”, ambos pertencentes ao mesmo suporte fático abrangido pela hipótese normativa, e, por outro lado, tratamento desigual a “C”, por este não pertencer ao âmbito de incidência da norma. Reconhecer o princípio da igualdade como virtude soberana é poder negar qualquer espécie de igualdade absoluta.

Logo, admite-se que a igualdade plena não existe. Sendo um termo relacional, a igualdade apresentar-se-á entre dois sujeitos (minimamente), à luz de determinado ponto de vista. As diferenças no ponto de partida exigem do Estado, justamente por ter igual consideração e respeito, alguma ação de nivelamento, respeitando-se a responsabilidade pessoal pelas escolhas a partir de então.

Contudo, o conceito somente poderá ter aplicação adequada se compreendido como igualdade material, que engloba a igualdade formal, tal qual previsto na Constituição Federal. A compreensão da igualdade passa, portanto, pela definição dos critérios admitidos como valores supremos na Constituição. O sistema, uma vez estruturado, exprime esse conjunto de valores que exige a interpretação constitucional pelo seu conjunto (ROCHA; GUEDES, 2011). Portanto, é um princípio cujo significado somente pode ser obtido diante de outras normas. Está-se diante de regras que balizam a forma de compreensão dos princípios, de modo que é possível destacar a circularidade das normas, conforme proposto por Neves.

No procedimento do IRDR, são inúmeras as diferenças de tratamento da lei entre os sujeitos que serão implicados pelas consequências jurídicas da definição da tese da questão repetitiva, principalmente no que diz respeito à condição de atuação direta de uns e do afastamento da grande maioria de outros. A ocorrência desse tratamento diferente seria passível de violação ao princípio da igualdade? Haveria justificativa plausível ao tratamento diferenciado?

Nenhum sujeito, cuja esfera jurídica é atingida pela tese vinculante fixada em IRDR, tendo ou não ajuizado ação perante o Poder Judiciário, encontra-se em absoluto pé de igualdade aos demais. Haveria uma igualdade *prima facie* abstrata, caracterizada pelo direito à igualdade jurídica *prima facie*: todos podem questionar a situação jurídica individual (comum a outros) perante o Judiciário; todos podem requerer a propositura do incidente coletivo; todos terão suspensas suas ações até decisão do IRDR; todos podem atuar (em tese) como líder na condução do incidente; todos podem requerer sua intervenção no incidente, inclusive com direito de produção de provas; todos podem recorrer da decisão. Mas nem todos o farão.

A (des)igualdade fática resta evidenciada pelas condições pessoais de cada um: pelo conhecimento dos seus direitos como cidadão; pelo poder econômico; pela representação por advogado particular, defensor público ou uso do *jus postulandi* (v.g., por exemplo, questão repetitiva em sede de juizados especiais); por ter ou não acesso ao Ministério Público; pela condição do sujeito de direito residir no interior ou na capital, ou ter diante de si uma comarca ou seção com o Poder Judiciário mais célere ou mais lento; por viver uma situação jurídica

que é “repetida” numa visão macro, em âmbito nacional, mas que ali, no seu domicílio, é situação excepcional, ou, ainda, por estar o sujeito vivendo uma situação singular (uma doença atípica na região, a despeito de ser comum em outra parte do país). São infinitas as condições. As pessoas não possuem a mesma defesa jurídica e não têm, evidentemente, o mesmo ponto de partida.

Contudo, observe-se que se está a admitir que, em se tratando de hipótese de IRDR, na qual se identifica questão jurídica comum, exige-se, por força da segurança jurídica, que os sujeitos recebam tratamento idêntico. A premissa de que iguais em situações iguais merecem tratamento igual foi trabalhada nesta dissertação e é insuperável. Portanto, a igual consideração e respeito do Estado perante o jurisdicionado exigem solução idêntica para todos os sujeitos. O incidente é trazido pelo legislador para equiparar a diferença do ponto de partida, em que o mal assistido juridicamente não deixe de ter reconhecido o direito dado àquele melhor representado. De fato, a previsão de “procedimentos especiais ou diferenciados revelam a preocupação do legislador em resguardar a igualdade substancial” (ROCHA; GUEDES, 2011). Nesse viés, a lógica da igualdade salta aos olhos sem maiores dificuldades.

Contudo, como já demonstrado, nem todas as pessoas terão a mesma participação no incidente. Deixariam de ter, neste caso, igual consideração e respeito, justamente por não integrarem pessoal e diretamente o contraditório para formação da tese jurídica? Ou o ato discriminatório negativo (justamente o que impede a atuação de todos diretamente no incidente, por ser próprio da natureza do IRDR) possuiria justificativa legítima?

As discriminações, assim entendidos os atos legislativos que acabam por promover tratamentos diferenciados, estão protegidas sim sob o pálio da igualdade quando se apresentam, em primeiro lugar, como normas genéricas e abstratas. Observe-se que o procedimento do IRDR não é dirigido a alguém especificamente, não exclui determinado sujeito nem o mantém, deste modo, indefinidamente. Não foi criado tal procedimento para regular uma situação presente única, que não se replicará no futuro; ao contrário, a norma possui igualdade jurídica *prima facie*, como já demonstrado.

A possibilidade de se formar o contraditório substancial sem a presença de todos os interessados é o que permite reconhecer um nexos lógico entre a finalidade da lei e a diferença de tratamento inevitável. Mendes (2017) destaca a previsão legal de contraditório alargado pela possibilidade de participação das partes, Ministério Público, interessados, *amici curiae*, inclusive em sustentação de razões orais na sessão de julgamento. Destaca ainda que “o exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação da

existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação ao contraditório” (MENDES, 2017, p. 241).

Trata-se, portanto, do reconhecimento do princípio da responsabilidade especial, pelo qual a legislação autoriza (e deste modo faculta) aos interessados que tenham ingresso no incidente e contribuam com a completude de argumentos para consolidação do contraditório substancial. Trata-se, efetivamente, de respeitar as escolhas de cada um sobre a necessidade ou possibilidade de efetiva contribuição através da imersão argumentativa que construirá a decisão. É claro que para que isso aconteça - principalmente quanto ao sujeito de direito que ainda não possui processo ajuizado - é necessário que sejam desenvolvidos verdadeiramente os meios de publicização dos temas admitidos para decisão em IRDR, tanto em sede regional/estadual, como em sede nacional.

A finalidade da lei de promover a economia processual, alcançar a duração razoável do processo, além de garantir a isonomia e segurança jurídica pela singularidade de decisões aos casos idênticos não se compatibilizaria com um procedimento que permitisse a atuação direta e pessoal de todos os sujeitos das causas múltiplas, inclusive heterônomas, mas com questões jurídicas comuns, sob pena de inviabilizar, em absoluto, o julgamento, seja pela quantidade (muitas vezes repetidas, desnecessárias, volumosas) de manifestações, seja pela quase insuperável nulidade que se criaria ao deixar de se produzir uma única intimação dentre todos os envolvidos para qualquer ato do processo (apenas para ilustrar com um breve exemplo de dificuldade processual). Há, presente, o nexó lógico de finalidade, requisito que afasta a alegação de desigualdade, como visto anteriormente.

Por último, há que se destacar a consonância com os interesses constitucionalmente protegidos. Aqui reside a necessidade de recepção da ideia de circularidade de normas, pela qual os princípios desenvolvem seu significado pleno a partir das regras que os balizam, devendo o sistema ser sempre compreendido no todo: normas constitucionais e infraconstitucionais.

A norma infraconstitucional do IRDR não é a única que apresenta limitações ou diferenças de tratamento processuais. Existem diversos outros exemplos presentes no próprio CPC. Cita-se a limitação de tempo para sustentação oral quando existem litisconsortes compondo o mesmo pólo da relação jurídica processual na sessão de julgamento dos recursos. Mais uma vez, trata-se de reconhecer o nexó lógico da finalidade da norma e o *discrímen*. São normas criadas a partir e em respeito a princípios constitucionais e, por isso, auxiliam na compreensão dos mesmos, inclusive em relação a sua posição no sistema.

O princípio da igualdade fática, que reconhece que as pessoas não partem do mesmo ponto de equilíbrio, é razão suficiente para o reconhecimento de um tratamento jurídico desigual. As regras do IRDR, a despeito de serem infraconstitucionais, criam vinculatividade às decisões judiciais, no plano horizontal e vertical, aproximam-se e se juntam as demais regras e princípios que formam o sistema de precedentes e, portanto, constroem fundamentação racional ao ato legislativo de política pública, no qual o princípio da igualdade (material) é compreendido a partir da ideia de uma justiça sistêmica.

Não se pode, portanto, tomar um conceito de igualdade como princípio e, por isso, interpretá-lo de modo a afastar regras jurídicas que servem para consolidá-lo. A alegada (possível) ausência de legitimação adequada para a defesa dos interesses coletivos traduzidos na questão do IRDR – diga-se “possível”, porque é plenamente admissível que a representação do tema seja a mais ampla e completa, mostrando-se absolutamente adequada para o julgamento mais acertado sobre a matéria - e a alegada (possível) ofensa ao princípio do contraditório – pode-se imaginar que todos os interessados foram devidamente notificados e não quiseram comparecer - partem de uma medida injusta e de desequilíbrio, como se fosse permitido tomar, de um lado, o princípio constitucional da igualdade com o peso de direito fundamental e, de outro, regra infraconstitucional de procedimento. A leitura, todavia, não pode ser feita de forma simplória. O princípio da igualdade exige a observação das desigualdades fáticas, além dos princípios de acesso à justiça e do contraditório substancial, que também são de magnitude constitucional e não podem ser violados (sem que se reconheça a necessária violação da igualdade). Os princípios, portanto, limitam a construção de regras que os concretizem no plano da solução jurisdicional. Saliente-se, todavia, que sem concretizar o Direito (corpo valorativo do princípio), nada serve enunciar o mero sonho de uma sociedade igual. Assim, as regras permitem uma compreensão mais correta dos valores protegidos nos princípios. As regras estão em consonância aos interesses constitucionalmente protegidos de igualdade material (no plano de decisões iguais para situações iguais), de celeridade, duração razoável do processo, acesso à justiça e eficiência (no julgamento replicado), de contraditório (a ciência de ocorrência do IRDR e permissão de contribuir com alegações e provas no incidente dá à parte responsabilidade sobre a escolha de participação na construção da decisão, nos limites da lei). Todos estes justificam a (des)igualdade perante a lei, a partir de procedimentos que privilegiam a participação de uns e impõe o resultado do julgamento aos outros, inclusive aos ausentes, como forma de concretização dos direitos fundamentais, fim último da política pública por si gerada. A alegação de violação do princípio da igualdade põe na balança “igualdade” (tratamento igual por aplicação de decisão

idêntica) x “igualdade” (tratamento desigual na participação direta no incidente). Ou seja, não é um peso de princípio constitucional x regra infraconstitucional. Trata-se de princípio constitucional compreendido pelas regras do sistema jurídico, cuja valoração (ponderação de peso) foi racional e fundamentadamente realizada pela implementação de uma política pública de objetivos claros, em proteção de princípios constitucionais. A tudo isso, soma-se o fato de que o procedimento instituído permite a criação de expectativas, a cooperação de atos e a aceitação do resultado.

Não se pode ficar preso a alegações de violação do devido processo legal como se o IRDR merecesse o tratamento dado aos processos individuais. Já se defendeu acima que se trata de modalidade de processo coletivo repetitivo e o processo coletivo se orienta por regras e princípios próprios (CARÚS GUEDES, 2006). Cappelletti e Garth (1988, p. 51) falam em revolução e mudanças surpreendentes do processo civil, concluindo que “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos”. Evidentemente que os autores não vislumbravam ainda as mudanças processuais decorrentes das causas repetitivas. Ao contrário, Araújo (2016) e Bastos (2009), referindo-se diretamente ao IRDR, apresentam reflexão da necessidade de repensar a teoria dos direitos transindividuais e o princípio do devido processo legal, inclusive com ressalvas a participação democrática, que não pode ser concebida à luz de um paradigma puramente individualista. O devido processo legal não é um fim em si mesmo e deve ser compreendido dentro da ótica do processo coletivo.

O IRDR, deste modo, sobrevive também ao teste do fundamento da igualdade. Isso não significa dizer, contudo, que o abalo proporcionado não deixe fissuras e rachaduras que necessitam de atenção constante. O sistema pode ser melhor desenvolvido a partir da densidade da fundamentação judicial na escolha das causas-modelo, especialmente para garantir a legitimação dos que atuarão no contraditório e, portanto, assumirão, mesmo sem querer, a condição de representantes dos ausentes, ou seja, de todos aqueles titulares do direito material em discussão, que serão submetidos aos efeitos da decisão do tema repetido, assim como na evolução do sistema de publicização do recebimento, processamento, julgamento do IRDR, assim como da tese jurídica vinculante.

## **5. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA: LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.**

Ao longo deste trabalho foi possível defender que o IRDR possui três fundamentos de existência: os princípios da celeridade, da segurança jurídica e da igualdade. Os dois primeiros são fundamentos que se mostram presentes em tese, uma vez que não houve ainda possibilidade de se verificar os efeitos práticos e concretos destes princípios no funcionamento do Judiciário, dado o (ainda) insuficiente número de IRDRs julgados e a inexistência de um levantamento estatístico seguro de seus efeitos, em pouco mais de 15 meses de vigência do novo CPC. No entanto, a expectativa de êxito acerca desses objetivos se dá, também, em razão do notório sucesso dos seus similares estrangeiros, os quais tiveram sua permanência no sistema ou sua prorrogação de vigência, como é o caso do *musterverfahren* alemão. De outra banda, o princípio da igualdade não necessita desses números para ser confrontado e avaliado.

A igualdade material exigida na Constituição pode ser percebida no IRDR a partir de duas óticas distintas. A primeira, por ocasião da aplicação da decisão do tema repetitivo de forma idêntica entre todos os que se situam em situação de perfeita identidade: tratar igualmente os iguais. Aliás, o atingimento deste objetivo é que leva a consideração da consecução das finalidades de celeridade (como eficiência) e de segurança jurídica (como previsibilidade). Replicar a decisão por técnica de “arrastamento” permite o julgamento das causas de massa, com uso do tempo excedente para julgamento dos *hard cases*, muitas vezes parados, avolumando os gabinetes judiciários. De mesmo modo, o ganho da previsibilidade modifica o comportamento do jurisdicionado, reduz o inconformismo e a utilização de recursos, estimula negativamente a propositura de ações.

Porém, a igualdade de tratamento na prática de atos processuais também foi objeto de estudo. Não é novidade que muitas são as prerrogativas e os tratamentos diferenciados dados às partes, justamente para propiciar paridade de armas, equilíbrio na produção de provas e mesmas chances de êxito, quando existem fatores de descompasso: tratar desigualmente os desiguais. Deste modo, foi demonstrado que a igualdade precisa ser ressignificada em observância ao sistema jurídico e às peculiaridades do processo coletivo, assumindo-se a importância da compreensão da circularidade das normas – princípios e regras – para conclusão de que a igualdade é respeitada pelo legislador e que nunca este visou, ao elaborar o IRDR, a mera igualdade formal.

Como se viu, não basta prever normas de igualdade material; é necessário interpretar e aplicar as normas visando o alcance desse desiderato. As decisões judiciais, portanto, podem

seguir dois rumos divergentes neste particular: ou buscam a aplicação da lei com a nítida preocupação de respeito à igualdade material, ou se contentam com a igualdade formal travestida de material. Em relação ao IRDR, a diferença se encontra na qualidade da representação dos ausentes, condição que se alcança por meio dos cuidados no processamento do feito e na fundamentação das decisões.

Em primeiro lugar, portanto, deve existir um critério de escolha das causas paradigmas (e dos “líderes”, a conduzir o incidente), o que precisa estar fundamentado nas decisões de afetação. Observa-se que o critério legal positivado para escolha do caso-modelo é insuficiente para garantir que a atuação do Judiciário sempre venha a promover a qualificação da representação. No capítulo dedicado ao IRDR no CPC, há omissão legislativa quanto ao desenvolvimento desses critérios. Na regulamentação dos recursos repetitivos, o CPC faz uso da expressão “representativo de controvérsia”, sem, contudo, detalhar seu significado. O STJ, na Resolução nº 8/2008, ensaia um significado para a exigência legal, traduzindo-a como “maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial” (CABRAL, 2017, p. 46). O CPC adotou essa linha na introdução do §6º do art. 1.036, quando passou a exigir abrangente argumentação e discussão. Ou seja, a omissão legislativa é parcial, pois existem linhas mestras a serem observadas.

Ensina o direito estadunidense que é dever do juiz, inclusive por atuação *ex officio*, controlar a atividade das partes em todas as fases do processo coletivo, de modo que, mesmo tendo sido certificada a representação adequada, o representante pode se tornar inadequado ao longo do processo, “por desinteresse, por impossibilidade, por incapacidade, pela superveniência de interesses conflitantes ou mesmo por má-fé” (GIDI, 2002 p. 66).

Não à toa, ao longo do presente, foi possível apontar diversas críticas feitas pela doutrina especializada, assim como apontamentos de inconstitucionalidade na legislação do IRDR, pela aparente ausência de previsão de controle da adequação da representatividade. De fato, buscar a maior adequação é dar maior legitimação ao representante dos membros ausentes da classe, no curso do procedimento do julgamento do tema repetitivo em IRDR, garantindo-lhes respeito ao princípio da igualdade. Para isso, devem ser observadas também questões nodais, como: (a) a promoção judicial de uma espécie desburocratizada de certificação do representante da causa paradigmática escolhida ao IRDR, exercendo-se um efetivo controle de adequação da representação; (b) observância de critérios dessa escolha que devem constar das decisões judiciais de admissibilidade do incidente; (c) superação da inevitável impossibilidade do contraditório direto por todos os interessados; (d) o alegado engessamento das decisões, o que prejudicaria sobremaneira os titulares de direitos que não

havia ajuizado ações ao tempo do julgamento do IRDR; (e) a necessidade de ampliação da legitimidade e utilização dos critérios estabelecidos para o líder recursal; (f) a previsão de ônus sucumbenciais recursais e o cabimento de honorários advocatícios.

O primeiro ponto, portanto, antes mesmo dessas questões enumeradas, é a escolha das causas paradigmas, ou seja, os casos-modelo que servirão de base para prolação da decisão vinculante ao tema e que, no IRDR, acabam também por auxiliar na definição de uma parte interessada na atuação direta e pessoal no incidente. Do modelo alemão, é possível enumerar os seguintes critérios de escolha: (i) a aptidão do autor para conduzir de modo apropriado o procedimento padrão em consideração ao interesse das partes paralelas afetadas; (ii) o acordo da maioria dos autores em relação a quem deva conduzir o procedimento; (iii) a dimensão da pretensão que está sendo deduzida em cada processo relacionado com o procedimento modelo. Observe-se que essas preocupações não estão apostas expressamente no texto da lei brasileira.

As *class actions* americanas, por sua vez, são muito mais exigentes quanto à *adequacy of representantion*. Todavia, não há uma similitude na questão da “escolha da causa”, isso porque as causas são, na esmagadora maioria, propostas diretamente pela parte interessada. Como aponta Roque (2013), nos EUA não existe o conceito brasileiro de legitimação extraordinária, de modo que o representante primeiramente demonstra sua legitimidade individual (*standing to sue*) e depois sua capacidade de representação coletiva. Portanto, a causa é recebida e processada como coletiva, a depender da adequada representação.

No Brasil, tirando a hipótese de requerimento de instauração do IRDR feito diretamente pela parte, quem utilizará o seu próprio processo como paradigma, todas as outras alternativas implicam em verdadeira “escolha” da causa, cuja inadequação, implica em “evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão (CABRAL, 2017, p. 44). Assim, os relatores e juízes elegem causas-modelo. O próprio órgão colegiado, cuja legitimidade não está expressa na lei, poderá decidir, por votação, a propositura de um IRDR, também implicando em eleição da causa-modelo. O Ministério Público, outro agente de peso na instauração do incidente, também escolhe as causas que entende representativas da controvérsia. Igualmente, a defensoria pública e os litigantes habituais, apesar de atuar na condição de parte (ou procurador da parte), têm condições, em razão da pluralidade de ações em que atuam, de escolher (dentre várias possíveis) a causa para instauração do incidente. Em relação a estes últimos, há evidenciado o interesse na proteção de determinada tese jurídica, o que implica no reconhecimento de eleição de causas de forma evidentemente (e naturalmente)

enviesada, justificando, ainda mais, os cuidados do julgador quanto à assunção destas como casos-modelo.

Assim, a escolha das causas paradigmas - cujo número mínimo deve ser de pelo menos duas causas, em razão desta exigência legal para os recursos repetitivos que formam um microsistema ao qual se integra o IRDR - deve observar os critérios de completude, diversidade e qualidade dos argumentos, exercício amplo do contraditório e inexistência de restrição à cognição e à produção de provas, todos já identificados neste trabalho. Trata-se de argumentos quanto ao objeto de discussão e formação das decisões judiciais. Por enquanto, não se está avaliando a condição de representatividade subjetiva do indivíduo da causa.

O STJ há muito anuncia a necessidade desses critérios para o processamento dos recursos repetitivos, sem, contudo, garantir sua aplicação, em razão da ausência de fundamentação da escolha da causa-modelo. Os tribunais estaduais, em regra, realizam apenas o exame de admissibilidade acerca dos requisitos legais, mas não a qualidade da causa paradigma, deixando de observar a relevância que essa escolha terá, inclusive em razão do protagonismo que será dada a uma parte e não à outra. Por isso Cabral (2017, p. 45) destaca que “deva haver motivação específica da decisão de afetação de um processo ou recurso”.

O TJE-PA, por exemplo, só admitiu um IRDR. Os cinco IRDRs inadmitidos tiveram por fundamento “fragilidade formal” de comprovação da multiplicidade de questões idênticas (processo 0006579-41.2016.8.14.0000; processo nº 0012177-73.2016.8.14.0000) e inexistência de demonstração de divergência sobre o tema (processo nº 0006691-10.2016.8.14.0000; processo nº 0010765-10.2016.8.14.0000; processo nº 0007514-47.2017.8.14.0000). Nenhum chegou a verificar a qualidade do caso-modelo, sob qualquer critério.

Na decisão de admissão do IRDR, processo nº 0005713-96.2017.8.14.0000, que trata sobre o dever (ou não) de restituição em dobro do valor pago a título de frete, decorrente de consórcio para aquisição de motocicletas (esse é o tema repetitivo), o voto apresentou a seguinte fundamentação acerca dos casos-modelo apresentados:

Colacionou duas sentenças divergentes: a do processo nº 0800123-55.2016.8.14.0028, proferida pela suscitante deferindo parcialmente o pedido, e a do processo nº 0800114-93.2016.8.14.0028, proferida pelo juízo da 2ª Vara daquele Juizado, que entendeu ser totalmente improcedente o pedido.

Ainda, para efeitos de cumprimento do disposto no §3º do art. 188 do Regimento Interno, juntou cópias dos autos de processos os quais entende melhor demonstrarem a questão controvertida, assim detalhados:

- Processo nº 0800295-94.2016.8.14.0028 (fls. 8-77), tramitado na 1ª Vara daquele Juizado com termo de audiência e sem sentença;

- Processo nº 0800114-93.2016.8.14.0028 (fls. 78-89), tramitado na 2ª Vara daquele Juizado, com sentença de improcedência do pedido;
- Processo nº 0800117-48.2016.8.14.0028 (fls. 90-95), tramitado na 2ª Vara daquele Juizado, com sentença de improcedência do pedido;
- Processo nº 0800122-70.2016.8.14.0028 (fls. 96-166), tramitado na 2ª Vara daquele Juizado, com sentença de improcedência do pedido;
- Processo nº 0800123-55.2016.8.14.0028 (fls. 167-231), tramitado na 1ª Vara daquele Juizado, com sentença de procedência parcial do pedido;
- Processo nº 0800125-25.2016.8.14.0028 (fls. 232-237), tramitado na 1ª Vara daquele Juizado, com sentença de procedência parcial do pedido;
- Processo nº 0800124-40.2016.8.14.0028 (fls. 238-243), tramitado na 1ª Vara daquele Juizado, com sentença de procedência parcial do pedido.

Observe-se que a decisão que admitiu o incidente preocupou-se muito mais com a demonstração da existência de divergência e de multiplicidade de causas (requisitos legais de admissibilidade) do que com a qualidade (escolha) dos processos que servirão para julgamento e definição da tese jurídica. Observe-se que foi juntado como representativo da controvérsia um processo que sequer foi sentenciado, ou seja, com evidente limitação de argumentos e fundamentos. Note-se que as cópias juntadas com o ofício de requerimento de instauração trouxe 3 (três) processos com apenas 5 (cinco) folhas, já contabilizada a sentença. A decisão de admissibilidade positiva não refere numa única linha qualquer fundamento a respeito da completude de argumentos, sua diversidade ou qualidade, e se dá por satisfeita com os processos que tramitaram exclusivamente em 2 (duas) varas de juizados do mesmo interior do Estado, considerando, deste modo, suficiente a discussão que produzirá decisão vinculante sobre o tema “cobrança de fretes em consórcios de veículos automotores” sobre todas as causas do Pará.

Esse é um bom exemplo de que a aplicação da lei com os devidos cuidados é responsável pelo processamento do feito com observação da igualdade, no sentido de *equal concern and respect* dworkiniano, ou, por outro lado, com o contentamento da igualdade formal, garantida pelo cumprimento do procedimento. É necessário que haja um controle judicial acerca da qualidade da causa paradigma tomada como caso-modelo, o que se alcança com o desenvolvimento de critérios e fundamentação das decisões nesse sentido.

Evidentemente, não se deve presumir que as causas foram eleitas a esmo e que não teriam a qualidade necessária para serem representativas da controvérsia. Todavia, igualmente não se pode presumir o contrário, de que sejam causas efetivamente representativas, com amplitude argumentativa. É imprescindível que o juízo dê mostras de que observou os argumentos trazidos, em toda sua complexidade, até mesmo porque, se há necessidade de

IRDR, é porque o próprio Judiciário tem dúvidas acerca de qual a melhor tese jurídica a ser adotada. Ou seja, trata-se de questão difícil de ser resolvida.

Daí porque se defende a promoção judicial de uma espécie desburocratizada de “certificação do representante” da causa paradigmática escolhida ao IRDR. Em outras palavras, trata-se de observar também, no ato da escolha da causa, critérios subjetivos que venham a levar em consideração a qualidade das partes que atuarão nos feitos representativos da controvérsia.

Essa espécie de “certificação” é apenas um cuidado do magistrado no ato da escolha da causa, demonstrado a partir da fundamentação da decisão, a qual levará em consideração alguns critérios não obrigatoriamente cumulativos de proteção da representação adequada. Didier Júnior e Temer (2016, p. 260) também usam e aspeiam o termo “certificar” quando se referem à decisão fundamentada do relator que defina os limites e o conjunto de diretrizes que orientam o processamento do IRDR.

Essa condição não se confunde (mas se inspira) na *class actions certification* do direito estadunidense. A fase preliminar da certificação americana é que permitirá o processamento da ação na forma de ação coletiva. Como explica Gidi (2008), é uma decisão saneadora que poderá ser revista a qualquer tempo e grau de jurisdição, qualificando a ação como ação coletiva. Além do processamento, a certificação transforma uma “massa amorfa de indivíduos em uma classe propriamente dita, ou seja, uma entidade litigante temporária” (ROQUE, 2013b, p. 234). Gidi (2003) destaca que a disputa entre as partes na fase de certificação é das mais áridas batalhas e, por vezes, a única travada, pois altera o equilíbrio do litígio, transformando a condição de fragilidade do grupo a um nível de poder que, muitas vezes, força a realização de acordo. A pressão exercida é tamanha que se pode reconhecer “verdadeiras chantagens legalizadas” (ROQUE, 2013b, p. 235). A certificação, por si, é procedimento longo, caro e extremamente problematizado. Não se vê necessidade para tanto no processamento do IRDR.

A ideia de certificação do representante é buscar o aval do Judiciário quanto à adequada representação (ao menos, naquele momento). Portanto, o que se defende é tão somente o exercício, pelo julgador, do controle da representação adequada dos ausentes no aspecto subjetivo, o que pode ser feito através da fundamentação da decisão de admissibilidade do incidente. Portanto, o termo “certificação” assume um conceito apenas de observância de critérios de adequada representação, o que deve ser explicitado fundamentadamente na decisão de admissibilidade do incidente.

Importante destacar que não se está propondo, de *lege ferenda*, novos requisitos de admissibilidade. Porém, buscam-se critérios na escolha da causa paradigma, dentre os quais, a observação da qualidade de representação dos ausentes. Apenas o chamado “ato de certificação” será realizado, de forma fundamentada, na mesma decisão de admissibilidade do incidente. Não havendo, de início, preenchimento desses critérios de representação adequada, deve ser determinada a emenda do pedido de instauração ou mesmo oficiado para os juízos que contenham causas repetitivas ou, ainda, dada publicidade devida do tema para que se possa incluir um novo processo como caso-modelo, a partir da iniciativa de parte verdadeiramente representativa dos interesses a serem resolvidos pelo tema repetitivo.

Não se desconhece aqui a doutrina que insiste que o magistrado não pode exercer controle de adequação da representação, dado que a legitimação extraordinária para as ações coletivas é *ope legis*, ao contrário do direito estadunidense, no qual o controle é *ope judicis*. Nesse sentido, Nery Júnior (2007) reconhece uma presunção de adequação por força de lei, em razão de escolha legislativa. Mendes (2012) defende que a presença do Ministério Público é suficiente para controle concreto da atuação dos demais legitimados. Dinamarco (2001) assevera que os legitimados são taxativamente identificados pela lei, de modo que não se deixa margem de dúvidas ao magistrado acerca de sua adequação. Todavia, este último critica essa opção legislativa, visto que o requisito abstrato da lei não implica no reconhecimento de que o eleito defenderá adequadamente os interesses dos substituídos, ressaltando, ainda, que “o indivíduo diretamente interessado na proteção de determinado direito será, potencialmente, o melhor defensor daquele bem. A análise da representatividade no caso concreto também seria requisito essencial para a legitimidade do cidadão” (DINAMARCO, 2001, p. 202).

Mirra (2015) propõe um *discrimen* entre a “representatividade” adequada, por força da observância da legitimidade prevista na lei e da “representação” adequada dos interesses do grupo, que poderão ou não ser garantidos, de acordo com a atuação concreta do representante. Gidi (2008) esclarece ainda que a representação adequada somente pode ser verificada a partir da maneira como o processo é conduzido em juízo pela parte e por seu advogado. Para o autor, “representatividade” assume também o significado do vínculo do grupo e seu representante, portanto, “tem um teor mais sociológico ou político” (p. 112), “é um elemento da representação adequada” (p. 113). Portanto, a questão de controle judicial se dá sobre a representação adequada.

Observe-se que as críticas têm como base, em essência, o modelo do processo coletivo, mas não o processo coletivo repetitivo, com suas características que intensificam a necessidade do controle de representatividade. Gidi (2007), a despeito de discordar, reúne os

argumentos comuns para considerar a impossibilidade de controle judicial da adequação da representação: a impossibilidade de coisa julgada atingir a classe diante da improcedência dos pedidos do grupo (extensão *secundum eventum litis e in utilibus*), a presunção *iures et de iure* de adequação, em razão do controle de legitimidade exercido pelo legislador e a atuação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei. O primeiro argumento é facilmente enfrentado quando se tem em vista o procedimento de julgamento do IRDR: a tese jurídica será fixada e, portanto, aplicada, independente da interpretação que venha a prevalecer ao final. Ou seja, não há eficácia da decisão apenas em benefício da classe. Ademais, como assevera Gidi (2008, p. 110), “se os representantes escolhidos pelo legislador fossem realmente adequados, não haveria razão para a lei prever a coisa julgada *secundum eventum litis, in utilibus e secundum eventum probationis*”.

Quanto aos demais argumentos, são construídos sobre uma evidente falácia, pois é possível se verificar uma representação inadequada na condução do caso concreto, a despeito do controle abstrato exercido pelo legislador ou da presença obrigatória do Ministério Público. Nesse caso, exige-se uma atuação proativa do juiz e não uma passividade irreflexiva de que o legislador presumidamente sabe, *a priori*, que aquela representação seria sempre adequada.

Se dissermos a um jurista americano que, no Brasil, o representante não tem a sua adequação controlada pelo juiz, ele vai ficar, no mínimo, perplexo. Poderíamos dizer, por exemplo, que, no Brasil, um representante pode ser incompetente, relapso, medíocre, fraudulento e, ainda assim, a sua conduta no processo poderá vincular todo o grupo que ele representa (...) Trata-se, porém, acima de tudo, de uma questão de ordem constitucional: é uma questão de devido processo legal. (GIDI, 2007, p. 133)

Portanto, a opção legislativa *a priori* pode não ter o respaldo prático no exame do caso concreto, assim como a atuação do Ministério Público, seja como parte, seja como parte sucessiva (assumindo a causa abandonada ou desistida) ou mesmo como *custus legis*, pode não ser de acordo a qualidade que o interesse coletivo exige. Não há aqui qualquer crítica generalizada ao Ministério Público, cuja atuação, em todas as esferas, tem se mostrado essencial para proteção do sistema jurídico, avanço das instituições nacionais e proteção do estado democrático de direito. Contudo, há uma ingenuidade na afirmação de que o Ministério Público exercerá sempre a representação adequada. Muitos são os fatores que levam a essa conclusão. Em primeiro lugar, a adequada representação necessita perfeita compreensão e identidade de interesses do grupo representado. O Ministério Público possuirá, necessariamente, a sua visão (isso quando não possui múltiplas visões, dependendo do

procurador que está atuando no caso). Todavia, nem sempre essa visão é idêntica à visão do grupo, podendo ser divergente de todos ou convergente apenas com sub-grupos de interesses. Vitorelli (2016) é preciso quando identifica que os litígios coletivos irradiados “englobam feixes de interesses não alinhados ou, eventualmente, antagônicos, entre os próprios membros da sociedade titulares do direito” (p. 538-539). Deste modo, o Ministério Público (ou qualquer outro representante de grupo) dificilmente terá condições de defender todos os interesses, que conflitam entre si. Complementa o autor que, “em um litígio irradiado, há a necessidade de se considerar seriamente a distribuição da representação para mais de um agente” (p. 539). Daí porque se defende que sempre se permita que as partes diretamente interessadas (portanto, todas aquelas sujeitas à aplicação da tese jurídica a ser definida), possam atuar com seu próprio caso paradigma.

Didier Júnior e Temer (2016, p. 260), reconhecendo que o Ministério Público nem sempre será garantia de adequada representação, defendem a possibilidade do relator promover a escolha de novos casos representativos da controvérsia, em razão da desistência ou abandono da causa pela parte, a despeito da lei determinar que o Ministério Público assumirá a titularidade do incidente, nesses casos.

Imagine-se que o Ministério Público assuma o IRDR que foi instaurado por uma parte que veio a desistir da ação. O que garantiria que o interesse do Ministério Público seria o julgamento em favor da tese da parte? O que serviria para demonstrar que o Ministério Público concorda que, no caso, há interesse social de coletivização da decisão? São situações em que é fácil vislumbrar a necessidade de pluralidade de representantes e, portanto, da escolha de uma nova causa (e um novo líder).

Além disso, pode o Ministério Público agir com desídia, com desinteresse ou descaso, com reprovável interesse corrompido ou a partir de tantas outras vicissitudes, sobre as quais nenhum órgão está absolutamente imune. Gidi (2007, p. 132) questiona: “*quis custodiet ipsos custodes?*”.

Não há que se descartar também a falta de condições técnicas ao *parquet* para condução de determinadas ações, cuja presença dos interessados, conhecedores a fundo do problema em questão, garantirá muito melhor a qualidade de formação do contraditório.

Imagine-se, outrossim, nova hipótese de instauração do incidente a partir de ofício de magistrado do primeiro grau, do relator ou do Ministério Público, o qual tome por base, como caso-modelo, o processo que envolve o autor A e o réu B. Neste caso, nenhuma das duas partes provocou o incidente de coletivização. Observe-se que estas partes assumirão uma condição diferenciada no acompanhamento do julgamento do incidente, sem ter demonstrado

qualquer interesse ou capacidade de representação do grupo. Como pontua Gidi (2008), o advogado que propõe uma demanda individual numa situação massificada pode, muito bem, não se considerar apto para defender interesses coletivos, seja por não ter condições econômicas, de tempo, de especialidade ou experiência de atuação, seja porque não tem interesse de agir com preocupação em relação aos interesses de terceiros.

O controle da representação adequada, portanto, não somente “pode” ser feito, como “deve” ser feito pelo magistrado, por ser corolário do devido processo legal, garantidor do contraditório substancial e da isonomia. Como ensina Bastos (2016, p. 56), os princípios em comento consistem em “proteções objetivas para o alcance do objetivo político do provimento jurisdicional, formando o trinômio informação-reação-diálogo, pela participação ativa dos litigantes na atividade processual”. Participação ativa, contudo, não precisa ser direta e pessoal; pode ser por meio de adequada representação.

Scarparo (2012) aponta que a jurisprudência pátria desenvolveu um requisito para aferição de representação adequada, qual seja, a pertinência temática, verificada a partir da comparação entre os fins estatutários do representante (associação) e do objeto do processo. Usa, então, esta previsão para apontar a “quebra do fundamento estritamente legalista do controle jurisdicional, que impediria o controle judicial da representatividade” (p. 132). Trata-se, por evidência, de retórica dirigida aos processos coletivos tradicionais. Admite, contudo, uma preocupação dos tribunais com a qualidade da representação, não apenas com a verificação objetiva da representatividade legal. Já há, portanto, atuação jurisdicional preocupada com a qualidade da atuação do representante do grupo.

Todavia, como aponta Gidi (2008), o controle é melhor exercido durante o processo do que anteriormente à instauração do incidente, pois é necessário que o juiz faça um controle *in concreto* desta adequação. “O representante adequado é aquele que litiga adequadamente e não o que pode litigar adequadamente” (GIDI, 2008, p. 107). O que se quer garantir é que os ausentes recebam o mesmo (ou melhor) tratamento jurisdicional através da atuação do representante que receberiam se estivessem pessoalmente produzindo a defesa de seus interesses. Portanto, a decisão de admissibilidade do IRDR deve considerar a qualidade subjetiva do representante, mas também deve ser permitido que se exerça o controle ao longo do julgamento.

O direito estadunidense ensina que o representante deverá proteger adequadamente todos os interesses da classe. A *adequacy of representation* possui a função de alinhar a conduta do representante aos interesses coletivos e de vincular todo o grupo ao resultado da ação coletiva (ROQUE, 2013b). Daí porque o controle pode ser feito por juiz estranho ao

caso, após o trânsito em julgado, de modo a afastar os efeitos da coisa julgada sobre as partes mal representadas em juízo (GIDI, 2008). Portanto, mesmo após ter sido certificada a ação coletiva, o juiz continua tendo o dever de controlar de ofício a representação adequada.

Roque (2013b) aponta 3 requisitos para verificação da representação adequada: a tipicidade (já tratada neste trabalho), a ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe e a capacidade de defesa vigorosa dos interesses da coletividade. Estes dois últimos devem levar em conta tanto a pessoa do representante quanto do seu advogado, quem assume o interesse da coletividade e não mais o interesse individual do cliente, quando a ação coletiva é certificada. É comum, nos EUA, que os advogados financiem os elevadíssimos custos de uma ação coletiva, num investimento por vezes consorciado a outros escritórios, para demonstrar capacidade financeira de suportar toda a ação. A importância do advogado é tamanha que Burns (1990) assevera que não é o membro do grupo que toma as decisões relevantes ao sucesso ou insucesso da demanda, mas é o próprio profissional do Direito: “*The class attorney fashions the claim, decides on strategy, presents the evidence, and represents the interests of the class*”(p. 189). Chega mesmo a chamar as partes de meras “*decorative figureheads*” que devem ser eliminadas, mantendo-se apenas a exigência de que o advogado apresente “*exemplary class members and class monitors as part of the certification process*” (p. 201). Apesar do acerto sobre a importância do papel desempenhado pelos advogados nas *class actions*, a ideia nunca teve maiores repercussões nos EUA para mudança de legislação ou de jurisprudência (ROQUE, 2013b).

Na sua proposta de um anteprojeto de um código de processo civil coletivo, Gidi (2008) sugere alguns requisitos que podem ser adotados para observação da adequada representação no processo coletivo:

- 3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:
  - 3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;
  - 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo;
  - 3.1.3 a conduta e a participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;
  - 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;
  - 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo. (GIDI, 2008, p. 74)

Observe-se que a proposta inclui, ao lado da verificação da condição do representante da classe, em grau muito mais importante, a qualificação do advogado deste, essencial para o resultado do processo. Existem, contudo, sérias preocupações quanto à rigidez da exigência de requisitos como experiência, prestígio, capacidade financeira, que são tomadas como critérios de “reserva de mercado” para grandes escritórios e afastamento dos pequenos e jovens

advogados. A preocupação é pertinente, mas não de todo insuperável. Em primeiro lugar, cumpre dizer que o caso-modelo deve ser escolhido pelos seus critérios objetivos de profundidade e variedade de argumentos sobre determinada tese jurídica. Portanto, o critério subjetivo é posterior e adjacente, sendo muito mais importante na forma de condução do processo do que na sua verificação *a priori*. Em segundo lugar, a possibilidade de ser eleita uma pluralidade de causas paradigmas permite o ingresso do grande e pequeno escritório. Por último, causas existirão em que o poder econômico, a influência, o prestígio terão que ser levados em consideração, sob pena de, no discurso de não alijar pequenos advogados, o grupo seja mal representado e acabe com um resultado negativo equivocadamente ou injusto. Portanto, a qualidade de representação só poderá ser vista caso a caso.

Ou seja, o que se quer defender é que a decisão judicial de afetação da causa paradigma deve ser fundamentada também no sentido de demonstrar que há, naquele momento da admissibilidade do IRDR, requisitos para consideração da representação adequada e que estes deverão continuar sendo observados no curso da demanda, sob pena de permissão de que a condição de líder seja revista.

A criação de critérios de verificação de representação adequada pode se dar pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência, não necessitando ser estabelecido em lei, pois o controle de adequação é um dever constitucional atrelado ao devido processo legal e ao princípio da igualdade. Permitir que o representante não “represente” o grupo é promover, no caso dos processos repetitivos, a consolidação de tese jurídica vinculante a ser replicada em todas as ações existentes e futuras, sem dar chance igual aos afetados de exercer verdadeiramente sua defesa. O tratamento desigual não se justificaria.

Ressalte-se, mais uma vez, que no caso do IRDR não tem *opt-out*, não tem afastamento da coisa julgada em caso de improcedência ou não aplicação da tese jurídica repetitiva em razão da demonstração de má representação. A rediscussão se dará apenas em razão de argumento jurídico novo, não deduzido e, portanto, não enfrentado na decisão, que poderá levar ao *overruling* ou mesmo a superação parcial da norma-precedente, aplicável aos casos futuros.

Barroso (2007, p. 49-50) demonstra que nos 3 tipos de *class actions*, aqueles previstos nas regras 23 (b) (1) e 23 (b) (2) não há opção de *opt-out*. A primeira hipótese trata de ações declaratórias ou mandamentais em que se quer evitar decisões contraditórias e conflitantes, reconhecendo-se situação próxima ao litisconsórcio unitário brasileiro; a segunda hipótese busca uma ordem de fazer ou não fazer em favor da classe, cujas violações normalmente possuem vinculação aos *civil rights*. Roque (2013b) explica que nesses casos, a norma é

omissa quanto à necessidade de notificação das partes, havendo orientação jurisprudencial predominante da Corte Federal para que o juiz possa determinar a notificação apropriada, admitidas as notificações por amostragem para grupos de maiores dimensões, afastando a obrigatoriedade da notificação individualizada. Deste modo, não inova o Brasil ao prever os efeitos do julgamento de processo coletivo (repetitivo) aos *absent members*, sem possibilidade de *opt-out*.

De fato, admitir a rediscussão posterior da qualidade de representação na formação da tese jurídica em IRDR seria, ao contrário de atingir as metas da política pública judiciária, criar a possibilidade de infinitas novas (re)discussões sobre a mesma questão, sendo legitimado para isso todo indivíduo afetado pela decisão coletivizada. A inexistência de *opt-out* ou posterior discussão de *adequacy of representation* são apenas reflexos da política pública escolhida pelo legislador. Isso não afasta – ao contrário, agiganta - o dever de realizar esse controle no curso do julgamento do incidente.

Como diz Gidi (2012, p. 68), não se trata de apresentar uma proposta de *lege ferenda*, mas de *lege data*, bastando para que o controle seja exercitado, de um “juiz competente e interessado”. Assim, a inadequação do caso-modelo ou de seu representante (e advogado) deve permitir prazo e oportunidade para acrescentar outro processo de maior amplitude de discussão e com representação mais vigorosa. Não se trata de eleger o melhor caso, mas de buscar uma situação suficientemente boa para julgamento completo do tema.

Como preceitua Scarparo (2012, p. 134), “no processo coletivo, há um interesse público primário, a justificar uma atuação incisiva do magistrado”, de modo que a “abstração da lei como fonte única para apuração da representatividade adequada reproduz uma perspectiva jurídica que limita ativamente a aproximação entre o processo e a Constituição”.

O processo coletivo, como já se defendeu, não pode seguir estritamente os preceitos do processo individual, de modo que é necessário promover a adequação da tutela aos interesses em litígio. O acesso à justiça, a duração razoável do processo e a celeridade, a segurança jurídica, assim como a igualdade processual (igualdade de riscos, oportunidades e tratamentos), todos são direitos fundamentais que se visa proteger, de modo que ações coletivas contam com técnicas compensatórias de desigualdades, como a legitimação extraordinária, que dá força aos substituídos e uniformidade às decisões de interesse coletivo (ROCHA; GUEDES, 2011). Portanto, admitir a existência de um representante ao grupo, exige o trabalho de verificação de seu comportamento adequado aos interesses da classe.

Para se ter segurança e credibilidade em decisões vinculativas de uma coletividade um representante em patamar de excelência é indispensável. O processo coletivo

exige um representante adequado, cuja atividade de controle é tarefa inextirpável do juiz da causa (SCARPARO, 2012, p. 136).

O procedimento do IRDR permite a qualquer interessado requerer seu ingresso no incidente para auxiliar o juízo através do esclarecimento de fatos, produção de provas, participação em audiências públicas e em sessão de julgamento do incidente, assim como alargar o contraditório, quando o sujeito tem condições de aprofundar argumentos ou apresentar novos. Pode, também, quedar-se inerte, satisfeito com a suspensão da tramitação do seu processo individual, em absoluta confiança da representação que será exercitada no incidente. Há, no procedimento do IRDR, uma presunção de que a parte fiscalizará a atuação daqueles diretamente envolvidos no processamento de julgamento da questão repetitiva. Ainda que isso não seja real, ou seja, que muitas vezes a parte quedará inerte por desinteresse, por desconhecimento, por faltar-lhe meios financeiros ou qualquer outro motivo diverso da “confiança na representação adequada”, é certo que a parte realizará uma escolha: requerer sua participação ou não no IRDR. Para exercitar essa escolha, a parte precisa ter conhecimento de que o incidente foi instaurado, ou seja, que ele existe.

A impossibilidade do exercício do contraditório direto por todos os interessados é uma característica dos litígios coletivos. No entanto, os variados regimes jurídicos divergem quanto à forma de cientificação dos interessados do grupo acerca do litígio coletivo. Nas GLO inglesas, há discricionariedade judicial sobre a forma de publicidade do procedimento, que será determinada pela Corte responsável pelo julgamento (RODRIGUES, 2011), dentro de seu poder de organização e ordenamento. Nas *class actions for damages*, por exemplo, a notificação acerca da existência da ação coletiva deve ser individual quando a identificação dos membros do grupo seja possível de ser feita com razoável esforço e se traduza na mais eficaz dentro das circunstâncias (DINAMARCO, 2001). No entanto, as outras hipóteses de ações coletivas nos EUA, que envolvem pedidos de natureza predominantemente declaratória ou mandamental, ainda que paradoxalmente versem sobre direitos fundamentais constitucionais, dispensam, nesses casos, as notificações pessoais (ROQUE, 2013b). O *musterverfahren* prevê o registro público dos procedimentos-modelo e anúncio público da decisão na Gazeta Federal eletrônica (RODRIGUES, 2011).

No Brasil, a previsão de publicidade se dá pela “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, conforme redação do artigo 979 do CPC. Os tribunais estaduais e regionais deverão criar um sistema de registro dos IRDRs, comunicando ao CNJ a instauração e seus julgados para inclusão no cadastro nacional.

A questão da publicidade é de imensa importância quando se investiga o princípio da igualdade como fundamento do instituto processual para alcance de metas de políticas públicas de proteção de direitos fundamentais (sem violar outros direitos fundamentais). Isto porque, a publicidade necessária da ação coletiva visa cumprir dois papéis: (a) dar a chance da parte requerer seu ingresso na ação (sistema de *opt-in*) ou promover sua auto-exclusão (sistema de *opt-out*), sendo que no Brasil, a ciência do IRDR permitirá, no máximo, a desistência da ação, já que não se trata propriamente de um sistema *opt-out*, como defendido acima; (b) “permitir o controle e fiscalização da atuação do representante no processo coletivo” (ROQUE, 2013b, p. 304), sendo que no IRDR, o sujeito interessado pode requerer seu ingresso no feito e pode participar ativamente do julgamento, peticionando, sustentando razões oralmente, recorrendo e assim por diante.

Portanto, não dar ciência à parte acerca do processo coletivo repetitivo significa impedir que esta contribua com o contraditório e fiscalize a atuação do representante (se adequada ou não), de modo que, no procedimento do IRDR, isso tem ainda maior relevância em razão de que o resultado do julgamento do tema repetitivo será vinculante para todas as ações presentes e futuras, sem hipótese de exclusão de incidência, a não ser que o interessado comprove a existência de argumento novo, não enfrentado na decisão ou, evidentemente, trate-se de hipótese de *distinguish*, *overruling*, ou outras técnicas que delas decorram, como o *overriding*, o *reversal*, a *technique of signaling* e a *transformation* (BASTOS, 2012, p. 104).

Preocupado com a ampla divulgação, o legislador criou dois procedimentos que teriam o condão de gerar a ampla publicidade: de um lado, a suspensão de todos os feitos afetados e, de outro, os cadastros virtuais no Judiciário, seja o nacional do CNJ, seja o cadastro local de cada tribunal. Assim, no momento em que a parte tem a ciência da suspensão do seu processo em razão da afetação decorrente da admissibilidade do IRDR, cabe a si (princípio ético da responsabilidade especial) procurar atuar ou fiscalizar o incidente. De mais a mais, poderá, através de consulta ao cadastro nacional, verificar se a matéria já é objeto de IRDR (a ser decidido ou já julgado) em qualquer sede jurisdicional do país. Isso em tese, porque os cadastros ainda não são plenamente confiáveis, atualizados e de fácil acesso, como se vê nas tabelas do Apêndice A. As soluções do legislador, infelizmente, são insuficientes na prática e, por isso, merecem considerável dedicação dos órgãos judiciários.

Em primeiro lugar, a solução proposta não dá notícia aos sujeitos de direito que ainda não ajuizaram ações, mas que terão sobre sua esfera jurídica a incidência da decisão sobre o tema repetitivo, isso porque não terão, por óbvio, processos (não ajuizados) suspensos. Assim, considerando que efetivamente todos os processos que envolvam o tema em discussão no

IRDR sejam efetivamente afetados e suspensos, garantindo a publicidade a esta parcela significativa de interessados, não haveria a ciência do restante dos possíveis ou eventuais sujeitos de direitos vinculados ao *decisum*.

Em segundo lugar, tem-se o problema do momento da notificação. Isso ocorre porque a ciência acabará se dando após a admissibilidade do incidente, no momento da afetação, impedindo que os interessados no processamento do IRDR possam auxiliar na demonstração dos requisitos legais para o processamento do incidente de coletivização, assim como possam demonstrar, se for o caso, que existe outro caso-modelo mais significativo em termos de profundidade, amplitude e variedade de teses jurídicas e que deve ser levado em consideração na fixação da tese prevalente, quiçá assumindo a posição de caso paradigma e mudando a parte condutora do incidente.

O terceiro ponto diz respeito à desatualização e incompatibilidade do cadastro nacional do CNJ e dos cadastros dos tribunais de justiça, tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho, além da imensa dificuldade de manejo da pesquisa por meio da rede mundial de computadores.

Esta pesquisa levantou os dados<sup>39</sup> do cadastro nacional do CNJ e, ainda, dos 27 tribunais estaduais, dos 5 tribunais regionais federais e dos 24 tribunais regionais do trabalho, ou seja, de todos os 56 tribunais com competência para julgamento do IRDR, através de pesquisa no sítio eletrônico oficial de cada um. Primeiramente, buscou-se o levantamento de dados através do NUGEP – Núcleo de Gerenciamento de Precedentes. Nos tribunais em que o NUGEP não existe, tentou-se obter informações nos campos de precedentes, recursos repetitivos, IRDR, jurisprudência, notícias ou no campo de busca geral do site. Diversos tribunais não possuem as informações de modo organizado ou não as possuem de modo algum. Vale pontuar, ainda, que o site do CNJ só dá as informações de IRDR admitidos e julgados, não havendo consulta sobre os temas propostos inadmitidos ou pendentes de admissibilidade. Há também dificuldade relativamente ao modo de consulta, visto que diversos tribunais têm sistemas próprios de processos eletrônicos (PJE, Projud, E-Proc, ESAG, TUCUJuris), cuja consulta é feita em um sítio eletrônico diferente dos processos físicos. Outra dificuldade é que alguns sites de pesquisa funcionam exclusivamente em um tipo de navegador e não em outro (Internet Explorer, Firefox, Microsoft Edge, Google Chrome), além de rodarem no sistema Windows e não no sistema Linux . Portanto, se a pesquisa é tormentosa para o profissional do direito, habituado com essa navegabilidade,

---

<sup>39</sup> Os dados considerados nesta pesquisa foram os constantes no sistema até 10.12.2017.

torna-se exaustiva e frustrante para qualquer interessado que não possua essa prática rotineira. Tudo isso autoriza apontar eventual falha no levantamento dos dados, a despeito do exaustivo trabalho de busca.

Comparando-se as tabelas dos tribunais e do CNJ (Apêndice A), é possível notar que apenas 15 dos 56 tribunais possuem números coincidentes com os do CNJ acerca das informações de IRDRs admitidos e IRDRs julgados. São eles: TJ/GO, TJ/MT, TJ/PR, TJ/RS, TJ/SC, TJ/SP, TRF1, TRF3, TRT1, TRT4, TRT8, TRT11, TRT12, TRT21 e TRT24. Pelo CNJ foram julgados 33 (trinta e três) IRDRs em 15 meses de vigência da lei. Os tribunais, individualmente verificados, apresentam o julgamento do mérito de 38 (trinta e oito) incidentes. Não existe informação do número total de processos afetados por cada IRDR julgado nos sites de cada tribunal. O CNJ informa aproximadamente 121.775 processos suspensos por afetação a IRDR, no seu próprio sítio eletrônico. (BRASIL, 2017b). Até maio de 2017 (data mais recente de informação do CNJ) havia 38 tribunais integrantes da base dados (Brasil, 2017f). O CNJ informa ainda que instituiu a Resolução nº 46, de 18 de dezembro de 2007, que criou tabelas unificadas do Poder Judiciário de modo a uniformizar as nomenclaturas usadas no sistema eletrônico, para viabilizar as estatísticas. Esta resolução previa a adaptação e implantação das tabelas até 30 de setembro de 2008 (Brasil, 2017g).

A esta condição, soma-se ainda o fato de que a divulgação por meio de sítios eletrônicos dos tribunais é uma forma frágil de publicidade. A expressão legal que exige a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” não pode ser interpretada de modo a se considerar que o registro eletrônico do CNJ constitui, por si só, a “mais ampla e específica divulgação e publicidade”. A interpretação mais correta deve ser aquela que obriga o Judiciário a manter atualizado e disponível os dados e temas através do registro eletrônico do CNJ (e dos tribunais), porém, de modo algum impedindo que outros meios de publicidade sejam usados.

Em absoluto se quer defender a ideia de notificação pessoal a todos da classe, criando dificuldades fáticas e econômicas que inviabilizariam ações coletivas. Como pontua Gidi (2007, p. 220) quando se refere ao conhecido caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* decidido pela Suprema Corte com “rara falta de sensibilidade social”, foi exigida a notificação pessoal de todos os membros indeneficáveis, mesmo ciente de que o custo das notificações de mais de dois milhões de pessoas seria de aproximadamente U\$225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil dólares americanos em valor histórico de 1971) e que a pretensão individual do representante da *class action* fosse de aproximadamente U\$70,00 (setenta dólares americanos), enquanto o valor médio das pretensões era de menos de U\$4,00 (quatro dólares

americanos) e o valor global da “pretensão coletiva do grupo estava na faixa de 60 a 120 milhões de dólares”. No caso, a ação coletiva acabou não sendo aceita.

Todavia, o tratamento igual, como preceito constitucional, exige uma leitura apropriada dos termos da lei, fundamentando-se na igualdade material e não meramente formal, cujo alcance necessita apenas do interesse e vontade judicial. Como assevera Marinoni (2016, p. 55), a pedra de toque para correção da ilegitimidade constitucional é justamente garantir a mais ampla e específica divulgação e publicidade, dando aos vários legitimados a possibilidade de ingressar no incidente para defesa de seus interesses. A publicidade deve ser “a mais ampla” e, portanto, já disse o legislador o suficiente, disse o que precisava ser dito, autorizando a publicidade por outras formas. O CPC dota o processo de adaptabilidade e prima pela cooperação, de modo que o sistema jurídico (inclusive e especialmente o constitucional) autoriza e exige a ampliação da publicidade por outros meios legais, de modo criativo e eficiente.

Noutra obra, Gidi (2008, p. 64), em importante reflexão, aduz: “nunca se ouviu dizer que a virtude estivesse nos extremos”, vindo a sugerir a necessidade de se buscar uma “norma intermediária, nem tão cara e minuciosa quanto à notificação norte-americana nem tão inoperativa e insuficiente como a brasileira. Ambas são visivelmente inadequadas”.

A adequada notificação aos membros ausentes faz parte da garantia de legitimação do representante, que será auxiliado e fiscalizado pelos demais membros do grupo. Trata-se de respeito ao devido processo legal, tanto que se mostrou acima que é devido o controle da representação adequada de *lege lata*. O julgador deve garantir essa publicidade do modo mais eficaz e adequado. “Por exemplo, pode ser suficiente enviar uma carta simples ou email, afixar cartazes em local onde o grupo costuma freqüentar, publicar anúncios em revistas e jornais, na internet etc.” (GIDI, 2008, p. 67). São ideias práticas, fáceis e desburocratizantes, o envio de carta para associações ou sindicatos representativos do grupo, entidades públicas ligadas à controvérsia, ou mesmo que a notificação “seja inserida na correspondência periódica que o réu envie aos membros do grupo” (p. 67).

Ilustra-se o argumento a partir do exame do IRDR nº 0801251-63.2017.8.14.0000, provocado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial de Ananindeua-PA, o qual apresenta os seguintes temas repetitivos para serem definidos:

Tese 1. Inspeção Regular. Constatação de Consumo Não Faturado. Não imputação de crime de furto de energia. Desnecessidade de prova da autoria de adulteração do medidor. Necessidade de prova de materialidade da adulteração do medidor por TOI e de consumo não medido por prova oral e documental (TOI, Ficha Cadastral e Histórico de Consumo). Provas apresentadas. Consumo no período questionado bem abaixo dos períodos anterior e posterior, evidenciando o benefício do consumidor

pelo consumo não faturado. Cobrança devida. Improcedente(s) o pedido de declaração de inexistência do débito e eventual pedido de indenização por dano material ou moral. Procedente o pedido contraposto de declaração de existência do débito e condenação ao pagamento do débito devido.

Tese 2. Inspeção Regular. Ausência de prova de Consumo Não Faturado. Não imputação de crime de furto de energia. Desnecessidade de prova da autoria de adulteração do medidor. Necessidade de prova de materialidade da adulteração do medidor por TOI e de consumo não medido por prova oral e documental (TOI, Ficha Cadastral e Histórico de Consumo). Provas apresentadas. Consumo no período questionado semelhante ao consumo dos períodos anterior e posterior, não evidenciando o benefício do consumidor por consumo não faturado. Cobrança indevida. procedente(s) o pedido de declaração de inexistência do débito e eventual pedido de indenização por dano material ou moral. Improcedente o pedido contraposto de declaração de existência do débito e condenação ao pagamento do débito devido.

No IRDR proposto, a publicidade seria facilmente garantida, com custo muito pequeno, se se fizesse constar na correspondência mensal de cobrança que a concessionária de energia envia regularmente aos consumidores, a notificação de existência do incidente, com número do incidente, tema repetitivo, número do(s) processo(s) principal(is) escolhido(s) como paradigma(s), identificação do grupo e do réu, além de orientações sobre como obter informações sobre o andamento e julgamento do tema. Observe-se a amplitude da publicidade que seria alcançada, sem prejuízo da manutenção do cadastro nos sites do TJE-PA e do CNJ.

Imaginar que a simples referência em cadastro eletrônico do TJE-PA seria suficiente para dar a ampla divulgação e publicidade é se contentar com menos do que demonstrou preocupar-se o legislador e permitir que o feito tramite sem a devida fiscalização sobre a qualidade da representação dos ausentes. A representação que se quer, portanto, garante aos membros ausentes o seu *figurative day in court*, nos dizeres de Bueno (1996, p. 104). Contudo, repete-se a lição de Gidi (2007, p. 235), para quem “uma adequada representação sana qualquer falta de notificação”, vistas as características especiais do processo coletivo.

A legitimação do representante dos ausentes é uma preocupação de toda a doutrina nacional e estrangeira, observada sim pelo legislador do IRDR. A *adequacy of representation* e a mais ampla divulgação e publicidade do tema repetitivo são quesitos inafastáveis da proteção da igualdade no tratamento dispensado a todos os sujeitos do direito material a ser definido pelo tema repetitivo. A estes quesitos, o direito estrangeiro soma a necessidade de eleição de um líder, a partir de critérios de melhor representatividade dos interesses do grupo.

Como ensina Cabral (2007), no *musterverfahren*, o tribunal procederá a escolha de um líder para os autores e para os réus, denominados de *Musterklager* e *Musterbeklagte*, os quais funcionarão como interlocutores dos interesses coletivos com a Corte, assumindo o papel de porta-voz, de parte principal, a traçar as estratégias processuais. A eles, os demais

interessados podem somar argumentos, mas não contradizer ou contrariar. Os interessados podem alargar o objeto do procedimento-modelo e podem participar efetivamente do feito, como já se explicou anteriormente, através de modalidade de intervenção chamada *Beiladung*.

As GLO inglesas permitem uma ingerência muito grande da Corte julgadora. Entre os papéis por si desempenhados, está o de designar um dos advogados que representam um membro do grupo para atuar como líder, seja dos autores, seja dos réus (o que em regra é um compromisso extremamente lucrativo), como aponta Andrews (2013).

As *class actions* americanas também exigem a definição de um líder, geralmente, aquele que promoveu a ação. Permite-se que um membro do grupo, individualmente, “*unchosen, unasked and without any organization of the class or prior consent from others, to step forward and sue on behalf of all*” (KALVEN JUNIOR; ROSENFELD, p. 691). O representante, neste caso, precisa ser certificado, como explicado acima, de modo a garantir sua adequação, em termos de identificação do interesses individual com o do grupo e sua capacidade de vigorosa defesa da classe. O representante (líder) será um integrante do próprio grupo envolvido no litígio (ROQUE, 2013b).

O legislador brasileiro não previu a eleição do líder. Rodrigues (2011) considera um acerto, visto que a cisão da cognição judicial, com a devolução do tema definido para só então haver o julgamento da causa pelo juiz original, associado a exclusividade de apreciação de questões jurídicas, em limites muito mais estreitos que o objeto do *musterverfahren*, torna desnecessária a encampação de eleição de partes-líderes.

A controvérsia, todavia, diz respeito, novamente, a adequação da representação. A não escolha do líder permite a tramitação do incidente sem que haja manifestação direta de nenhuma das partes envolvidas, se for admitida a hipótese de um IRDR instaurado por ofício do juiz/relator ou se partir do Ministério Público, enquanto *custus legis*. Mesmo se puder ser garantida a ampla publicidade, o que dá a cada um a responsabilidade pessoal de requerer seu ingresso no incidente ou atuar na fiscalização da condução do procedimento-modelo, não se poderia afirmar existir a preocupação com a melhor representação.

Didier Júnior e Temer (2016) destacam os poderes do relator na escolha dos casos representativos, ressaltando que ele não fica adstrito ao processo vinculado no pedido de instauração do IRDR e que a escolha, ao final, deve ser fundamentada. Enxergam os autores a autorização legal para organização e condução do IRDR, garantindo a adequada representação.

Já se teve a oportunidade de defender que a parte interessada é quem melhor tem condições de realizar a defesa do seu direito ou de, pelo menos, garantir a proximidade entre o

interesse jurídico e o pleito jurisdicional. A participação do interessado permite ampliar a retórica e a identificar multiplicidade de interesses, muitas vezes comuns em alguns pontos e divergentes em outros, principalmente quando a coletividade é afetada por questões de fatos comuns.

Observe-se que não houve previsão legislativa de eleição do líder, a despeito de se considerar haver tratamento diferenciado a uma figura (oculta) de “líder” no procedimento. No CPC, o art. 983 determina que sejam ouvidas as partes; o art. 984 dá prazo diferenciado de 30 minutos à parte condutora, principal (o líder) para sustentação oral. Na prática, a parte (por meio de seu advogado) terá acesso aos gabinetes dos julgadores e do Ministério Público e terá o direito de peticionamento, sem que tenha que passar por um crivo de demonstração de interesse, eis que esse é presumido. Há, para si, uma consideração diferenciada do Judiciário e da lei.

Deste modo, quando o requerimento do IRDR parte do jurisdicionado, deve haver a consideração deste como uma espécie de líder, representante dos demais, tanto no aspecto objetivo de observação da qualidade dos argumentos em defesa da tese jurídica, como no aspecto subjetivo em relação a conduta (a ser) exercida no processo. Quando o requerimento parte de membros do Judiciário ou do Ministério Público (agindo como terceiro), o caso-modelo deve proporcionar a atuação das partes ali identificadas como partes-líderes do IRDR, tanto do pólo ativo como passivo. No caso de ingresso de terceiro interessado que demonstre, objetivamente e subjetivamente, melhor capacidade de defesa da tese jurídica, o Judiciário deve reconhecer a este o papel de líder (ainda que não use esta nomenclatura, admitindo-o como parte do incidente), de modo a dar-lhe os direitos inerentes ao exercício dessa função, inclusive e especialmente, o tempo diferenciado para sustentação oral.

O critério para estabelecimento do líder deverá ser explicitado na decisão judicial e ter por base os critérios de verificação de adequada representação. Novamente, importante ressaltar que não deverá o órgão julgador examinar o melhor (no plano ideal) líder ou caso-modelo; o que tem que verificar é que ele preenche os requisitos para garantir a proteção dos interesses dos ausentes.

Aliás, a igualdade, compreendida também sob o enfoque da responsabilidade especial, torna mais palatável a compreensão da não participação direta de todos os interessados, principalmente considerando que tenham sido devidamente notificados da existência do IRDR sobre tema para si relevante. Contudo, impossível se falar em notificação do ausente quando nem este tem consciência de que, um dia, no futuro, após o julgamento, passará a integrar a

classe representada. Trata-se, justamente, da força vinculante da decisão para as causas futuras. Ganha relevo o cuidado com a representação adequada.

Abboud e Cavalcanti (2015, p. 225) apontam uma questão de inconstitucionalidade por violação do direito fundamental de ação, pois a vinculação advinda do IRDR é “absoluta, cega ao fato e cronofóbica”. Defendem o direito a auto-exclusão como solução a inconstitucionalidade por si identificada e apontam a vinculação para o futuro como a faceta mais antidemocrática do IRDR, evidenciando o caráter cronofóbico e anti-hermenêutico, evidenciando um engessamento da jurisprudência, somente modificável a partir da mudança legislativa (p. 227).

O direito de ação, em verdade, continua sendo absolutamente protegido. As partes que têm demandas em curso terão seus feitos julgados com resolução de mérito a partir do tema definido no IRDR, garantindo-se a isonomia. Os que buscam ajuizar ações no futuro terão seus feitos julgados liminarmente improcedentes, pois se trata de litigância temerária, buscando interpretação legal que já foi negada pelos tribunais. Resta a este sujeito demonstrar o *distinguish*, o *overruling*, as técnicas deles decorrentes, ou a não apreciação de argumento relevante na definição do tema por ocasião do julgamento do caso-modelo. É absurdo defender cegamente um direito de ação para tornar a levar ao Judiciário, matéria pacificada sem que tenha havido qualquer alteração relevante (seja legislada, seja de caráter histórico-social). Os demais fundamentos constitucionais do IRDR se sobrepõem ao dito direito de ação violado.

De mais a mais, a decisão proferida não é cega ao fato. O IRDR não decide a causa paradigma, pois, para aplicação do direito, admite o fato pressuposto. A demonstração de diferença dos fatos que dão base ao caso-modelo e ao caso individual incide, justamente, na hipótese de distinção, afastando-se a aplicação da norma-precedente.

O alegado caráter cronofóbico (se assim puder ser entendido) é idêntico a qualquer outra produção normativa judicial de caráter vinculante obrigatório, como é o caso das súmulas vinculantes, já há tanto tempo recepcionadas no país. Aliás, a comparação com o *common law*, neste particular também é indevida. Observe-se que nestes países de orientação costumeira, os precedentes podem ser formados e seguidos a partir de um único caso, proposto por um indivíduo isoladamente, visto que a *ratio decidendi* é que será replicada. Não há nesses sistemas um direito de auto-exclusão, como aponta Mendes (2017, p. 242), ressaltando que se o IRDR brasileiro tem como escopo exatamente a “economia processual, a duração razoável dos processos, a isonomia e a segurança jurídica, como seria possível compatibilizar esses valores com um eventual direito de autoexclusão?”. Como são alterados

os precedentes nestes países do *commom law*? Como se muda qualquer posição da jurisprudência? Como se cancelam súmulas vinculantes? A mudança de valores sociais vai agir de igual forma contra o engessamento eterno que tanto temem os autores.

De mais a mais, aqui resta ainda um ponto de grande valor para modificação do entendimento jurisdicional: a pressuposição obrigatória de que existe uma imensa controvérsia jurídica sobre o tema. Ressalte-se que o IRDR somente será processado e julgado se comprovada a multiplicidade de casos e as decisões divergentes. Portanto, havendo séria controvérsia, a igualdade demanda que o Judiciário apresente tratamento idêntico às partes submetidas a situações idênticas. Do outro lado da moeda, tem-se que a matéria é efervescente, está em ebulição, pois são diversos os entendimentos decisórios. Com o passar do tempo, é possível que a balança penda para o outro lado.

Ao argumento do caráter anti-hermenêutico deve-se apontar a necessidade da decisão que fixa o tema repetitivo, assim como das decisões que o replicam, de apresentarem a devida fundamentação acerca da subsunção à hipótese fática. Toda lei necessita de interpretação; as súmulas de jurisprudência necessitam de interpretação; os enunciados da doutrina necessitam de interpretação. Por que seria diferente com a decisão de tema repetitivo? Aliás, o próprio Abboud (2016), em outra obra acerca da súmula vinculante e dos acórdãos vinculantes, assevera que não há qualquer proibição de interpretar a tese jurídica fixada. “O que fica explícita é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões, para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e coerência da jurisprudência” (ABBOUD, 2016, p. 578).

A igualdade é verificada, portanto, através da publicidade, que gera as mesmas chances de participação e fiscalização, além de proteger os menos favorecidos economicamente, por meio de defesas de teses jurídicas singulares argumentativamente mais bem construídas e de retórica mais elaborada. A atuação concreta e comissiva do julgador na verificação da adequada representação afasta o argumento da não participação direta que, aliás, é condição inerente aos processos coletivos, sob o jugo dos quais as regras devem ser interpretadas. O procedimento também é garantidor da legitimação.

O último ponto relativo à representação adequada sobre o qual a previsão do IRDR foi silente, ao contrário da maioria dos institutos similares do direito comparado, é a questão dos custos financeiros, inclusive e especialmente, a ausência de previsão de honorários advocatícios. O parágrafo 5º do artigo 976 do CPC prevê que não são exigidas custas processuais para a instauração e processamento do IRDR. Todavia, o regramento legal é restrito ao pagamento das custas de distribuição do incidente. Trata, apenas, das custas

judiciárias. Não há previsão de distribuição dos custos para realização de atos necessários ao processamento e à instrução do IRDR e, não raras vezes, esses custos podem ser substanciais, como a realização de audiência pública ou o deslocamento para participação da sessão de julgamento, v.g., da comarca do interior para capital ou da seção judiciária para a sede do tribunal federal (tomando a seção judiciária do Estado do Pará como exemplo, a sede do TRF1 é em Brasília, portanto, distante aproximadamente 2.000km). A não previsão de reembolso de custos decorrentes da instauração do incidente pode funcionar como estímulo negativo para a promoção da participação direta do interessado. Ainda mais grave é a ausência de previsão de honorários advocatícios.

Observe-se que o direito comparado normalmente tem extensa previsão acerca dos custos e da remuneração do advogado por ocasião da atuação em ações coletivas, quando passa a defender interesse da classe (e não mais um interesse individual). No *musterverfahren* há previsão expressa da repartição de custos. Cabral (2007) explica que as partes que têm o processo suspenso são informadas do dever de repartição de despesas, sendo estas proporcionalmente divididas de acordo com a pretensão individual de cada um, considerando também a divisão, no êxito, da participação efetiva das partes e intervenientes.

No direito estadunidense, como expõe Roque (2013b), as ações coletivas geralmente provêm honorários advocatícios de duas formas: percentual sobre o fundo comum indenizatório ou remuneração pelo número de horas trabalhadas pelo advogado do grupo. Ambas as técnicas são definidas pelo juiz, ao final da ação. Nestas ações, os advogados são considerados verdadeiros *dominus litis*. “*The attorney is openly and approvingly considered an entrepreneur, and the class suit as the attorney’s private investment*” (GIDI, 2003, p. 369). O alto valor dos honorários incentivam a ocorrência da *contingency fee*, quando os advogados assumem as custas e só recebem honorários se tiverem êxito. A forma de remuneração dos advogados apresenta pontos positivos e negativos: dá-se a chance de pessoas pobres terem a representação de grandes escritórios de advocacia, estruturados e competentes, que promovem defesa da classe e auxiliam o Estado na fiscalização das atividades públicas. Por outro lado, o modelo traz o risco de potenciais conflitos de interesses entre a classe e o advogado e o açodamento por acordos injustos que beneficiem muito mais o profissional que os titulares do Direito (ROQUE, 2013b).

O que se quer demonstrar, ao largo de aprofundar a questão no direito estrangeiro, é que todas as ações que visam produzir efeitos coletivos têm preocupação com as custas do processo e com os honorários advocatícios. No Brasil, o IRDR isentou o pagamento de custas de distribuição do incidente e calou diante das demais matérias.

Não é do interesse deste trabalho propor uma solução normativa para a questão, mas sim demonstrar de que modo o assunto tem implicação direta no princípio da igualdade. Para reforçar o argumento proposto, é preciso compreender a sistemática vigente de custas e honorários no processo civil brasileiro. No Brasil, a parte sucumbente reembolsa as custas despendidas pela parte vencedora, além de ser responsável pelo pagamento de honorários advocatícios na forma da lei (CPC, artigo 85). Os honorários são previstos em percentuais mínimos e máximos; em percentuais diferenciados fixados de acordo com as faixas dos valores envolvidos, quando a condenação é contra a Fazenda Pública; arbitrados por equidade quando inestimável ou irrisório o proveito econômico. Os honorários são reduzidos em hipóteses legais taxativas, para incentivar o encerramento do litígio. Os honorários advocatícios constituem remuneração e possuem natureza alimentar, sendo, portanto, devidos e majorados de acordo com a promoção da continuidade ou dificuldade do litígio. Assim, são justificados os honorários previstos em embargos à execução, em cumprimento de sentença e em sede de recurso.

O IRDR é um “processo incidental para resolução de questões repetitivas”, como se preferiu nominar anteriormente. O incidente exige da parte (leia-se: advogado da parte) um trabalho extraordinário, com acompanhamento da causa no tribunal, com preparação de memoriais, impugnação, participação em audiências públicas, sustentação oral e etc. Talvez exigirá um pedido de uniformização nacional e a atuação junto aos tribunais superiores. Podem ser necessários recursos aos tribunais superiores. Isso sem contar que a própria causa individual, após a suspensão em razão da afetação, terá curso regular com julgamento da causa, aplicando-se o tema repetitivo e, além deste, as demais matérias que contiver, inclusive com todas as suas fases recursais regulares. Haverá, portanto, trabalho que precisa ser remunerado.

Qual o ponto de contato desta discussão com o princípio da igualdade e a representação adequada? O incentivo à participação efetiva, direta, no IRDR, a arcar com o investimento nas custas de processamento do incidente (ainda que isentas as custas judiciais), a assunção da responsabilidade advinda da representação dos interesses da classe, inclusive e especialmente dos ausentes. A inexistência de qualquer tipo de remuneração pode ser um estímulo contrário à assunção da qualidade de líder (parte atuante) ou terceiro interessado que produza provas e argumentos, criando-se o sentimento de “confiança” de que a discussão se dará de forma completa no Judiciário e que o Ministério Público se certificará dessa ocorrência. Na realidade, uma vez que os IRDRs envolverão, na sua grande maioria, grandes litigantes habituais ou um grupo de pessoas com poderio econômico relevante (essa é a regra),

é possível afirmar que estes se farão representar bem proximamente pelos seus patronos legais, já remunerados, independentemente de ônus sucumbencial. Não se pode dizer o mesmo acerca da parte individual, cuja causa foi escolhida como paradigma.

Desse modo, seria imperioso que, dada a natureza de processo incidental, houvesse a fixação de honorários de sucumbência, toda vez que houvesse a habilitação dos advogados das partes interessadas na definição do tema repetitivo, seja porque propuseram diretamente o requerimento de IRDR, seja porque ingressaram posteriormente contribuindo com o contraditório ou assumindo a condição de condutor do feito, em razão da escolha do processo paradigma, ou mesmo se apresentaram recurso da decisão, sempre arbitrando os honorários em percentuais proporcionais às dimensões das pretensões de cada parte individualmente considerada. Ao contrário das ações coletivas do direito estrangeiro, o IRDR não permite a remuneração do advogado sobre o interesse econômico global. Mesmo que defendendo a tese jurídica do grupo, o advogado receberá apenas o relativo à sua causa individual. A previsão de remuneração pelo trabalho a ser desenvolvido é incentivo à participação efetiva, o que implica na preocupação com o desenvolvimento do contraditório.

O direito estrangeiro ensina, ainda, que o tempo de julgamento das causas coletivas não deve ser curto demais, sob pena de prejudicar o amadurecimento do julgamento da causa. O *musterverfahren*, por exemplo, prevê um período mínimo de 4 semanas entre o registro público e a data do seu julgamento, cujo lapso temporal tem a função de melhorar a publicidade, o debate, o contraditório e a qualidade da decisão (RODRIGUES, 2011). O IRDR brasileiro não tem regra similar, apenas prevendo tempo máximo de suspensão dos feitos afetados pelo caso-modelo. O tempo mínimo razoável entre a propositura do IRDR e seu julgamento é fator a ser observado. Talvez o legislador não tenha feito qualquer previsão nesse sentido para que não se deixasse o incidente parado até alcançar o tempo mínimo exigido, prejudicando a celeridade. O fato é que esta condição não tem se mostrado verdadeiramente um problema: dos 38 processos julgados, apenas 4 foram julgados em menos de 4 meses (Apêndice B), sendo um do TJ-DF, um do TRF4 e outros dois do TRT22. A preocupação verdadeira se dá com o tempo de suspensão dos processos afetados: 7 IRDRs demoraram aproximadamente 1 ano para serem julgados (Apêndice B). De todo modo, garantida a devida publicidade ao caso, o tempo de julgamento não parece ser condição de violação da igualdade.

O IRDR é, portanto, um instrumento de política pública judiciária, pensada e desenvolvida pelo Poder Legislativo, com base em institutos similares estrangeiros, os quais, pela experiência prática real e concreta, continuam a dar ensinamentos para a aplicação da

norma processual. Não se pode interpretar as regras sem observar os princípios que fundamentam o IRDR. A norma positivada encontra amparo na Constituição Federal e sua aplicação é que vai garantir, entre outros, a observação do princípio da igualdade material (e formal, como parte integrante daquela). Percebe-se igual consideração e respeito, quando se promove a aplicação equânime da lei para todos e o tratamento processual identicamente oportunizado aos interessados. Dar a ciência não é suficiente; deve-se garantir o poder de reação. É de responsabilidade de cada um a maior ou menor participação no julgamento do IRDR o que, ao contrário de violar a igualdade, implica em reconhecê-la e defendê-la.

Tal concepção dá a dimensão de que o poder de reação dos litigantes deve ser distribuído de maneira isonômica, dando-lhes as mesmas oportunidades (*Chancegleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*), para que possam exercer os mesmos direitos e pretensões. A igualdade de que falamos não é a meramente formal, mas sempre a material e relativa. (BASTOS, 2016, p. 58)

Para Welsch (2016, p. 178), o contraditório ampliado permite cumprir a própria exigência de legitimação democrática do Poder Judiciário, pois “refina a interação do juiz com a realidade social, política e econômica atual”, permitindo-o conhecer os diversos pontos de vista do grupo, através das entidades verdadeiramente representativas.

Deste modo, a fundamentação da decisão na escolha do caso-modelo, com apresentação de critérios objetivos e subjetivos, permitem o alargamento do contraditório, a apreciação e definição acerca de mais profundos e diversos argumentos, além da observação da capacidade de defesa dos múltiplos interesses envolvidos, seja pelo representante, seja pelo advogado, permitindo a ampliação do ingresso de partes e de causas paradigmas, com a produção da assistência ampla de interessados e de *amici curiae* na fixação da tese jurídica. Os cuidados com a representação adequada podem ser tomados pelo julgador de *lege lata*, bastando os princípios constitucionais vigentes. A possibilidade de definição de um líder (ou parte principal) também deve ser um ato fundamentado. A fixação de honorários remuneratórios proporcionais a pretensão da parte habilitada é um incentivo para participação ativa e firme na construção da tese vinculante e pode ser fixado por compreensão do sistema sucumbencial vigente no Brasil.

É evidente que existem outros tantos pontos de aprendizado e de evolução do IRDR com base no direito estrangeiro. Contudo, foi curial apresentar os pontos que demonstram inexistir a violação ao princípio da igualdade, sem que seja necessária alteração legislativa, mas apenas a sua concretização a partir da interpretação e aplicação da lei existente, com os

cuidados que a Constituição Federal exige, principalmente quanto ao dever de fundamentação das decisões.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A complexa situação dos conflitos de massa é causa de reflexão e combate em todo o mundo. Os mais diferentes modelos de aplicação do Direito são testados como soluções para gerenciar o grande volume de causas que abarrotam o Judiciário, tornando morosa a prestação jurisdicional e a solução do conflito social. As mazelas decorrentes do retardo no funcionamento da justiça criam nefastas consequências, sendo notório o descrédito no Estado do Direito, a sensação de império da impunidade, o desmedido uso da autotutela, o investimento dos litigantes habituais na eternização do litígio, com o repasse do ônus do tempo do processo à parte singular e o corriqueiro desrespeito aos direitos dos mais fracos.

Acompanhando esse movimento mundial, o Brasil desenvolveu através do novo Código de Processo Civil, um instrumento processual de combate às causas repetitivas: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, ao contrário de poder ser compreendido como apenas um procedimento especial de julgamento, o IRDR constitui verdadeira política pública judiciária, cuja meta principal é a redução do número de processos, a ser alcançada por meio de definição da tese jurídica repetitiva, a qual será vinculante a todos os processos presentes e futuros que versem sobre questão jurídica idêntica. Essa meta é acompanhada dos fundamentos (e, ao mesmo tempo, objetivos) do IRDR, quais sejam: imprimir celeridade aos julgamentos, produzir previsibilidade às decisões judiciais e garantir a aplicação da lei de forma isonômica, impedindo que situações jurídicas idênticas acabem tendo tratamentos díspares. Portanto, a política pública tem por alicerce princípios constitucionais da celeridade e duração razoável do processo, da segurança jurídica e da igualdade.

Com a natureza de um processo coletivo repetitivo, o IRDR não permite o ingresso direto e pessoal de todos os sujeitos de direito material que serão afetados pela decisão vinculante que julgar o tema repetitivo. Até mesmo porque a decisão vinculará causas futuras, de modo que sequer é possível identificar todos os sujeitos de direito que eventualmente estarão no âmbito de abrangência da norma-precedente. Portanto, inevitavelmente, existirão pessoas que sofrerão nas suas esferas jurídicas as consequências do julgamento do tema repetitivo, sem que nunca tenham participado direta e pessoalmente da construção da tese jurídica prevalente: os chamados ausentes (*absent members* do direito estadunidense).

A preocupação com os ausentes é justificável, principalmente sob o ponto de vista da igualdade material. Não é concebível que, a pretexto de promover a igualdade, o mesmo procedimento-modelo percorra caminhos tortuosos, dispensando tratamento diferenciado aos jurisdicionados, dando chances de manifestação à uns e negando as mesmas oportunidades a

outros, criando, desde modo desigualdades no processo. Não são poucas as críticas da doutrina e nem rasos os levantes de inconstitucionalidade da norma, seja pela alegada violação ao direito de ação, violação ao direito de ampla defesa e contraditório ou mesmo, e acima de todas, a suposta violação à igualdade.

Contudo, a violação à igualdade não decorre da previsão legislativa. O IRDR dá os meios de garantia da igualdade material, compreendida dentro da necessidade de que todos, particulares e integrantes do Estado, administração pública direta e indireta, membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tem de dispensar obrigatoriamente o tratamento igual àqueles em situação igual e a proporcionalmente diferenciar o tratamento, na medida da desigualdade.

A aparente inconstitucionalidade decorre de uma visão estreita de conflitos de normas: princípio x regra ou norma constitucional x norma infraconstitucional. O significado do princípio da igualdade precisou, então, ser compreendido como parte integrante do sistema jurídico constitucional, o que foi feito com base na doutrina de Marcelo Neves e na teoria dos sistemas de Niklas Luhman. Deste modo, a igualdade foi re-interpretada sob o viés sistêmico e sob a função sistêmica autorreferencial, cujo limite é a Constituição. A igualdade não pode ultrapassar os limites a ela conferidos pela Carta Magna, mas não pode também desprezar a adequação social histórica, compreendida pela necessidade de implementação da política pública.

Qualquer interpretação da norma do IRDR deve ser no sentido de aplicação dos princípios constitucionais; enquanto estes devem ser compreendidos também pelos sentidos que lhes empregam as regras. Por isso, os sentidos normativos da Constituição dependem tanto da legislação quanto dos atos de interpretação-aplicação da Constituição, ficando evidenciado que a garantia da igualdade depende do modo com que o julgador vai aplicar o procedimento-modelo. A circularidade também é heterorreferencial (o sistema é fechado porque é aberto), de modo que o mundo circundante modifica o Direito em razão das contingências motivadoras da política pública. A norma infraconstitucional analisada sob diferentes princípios constitucionais auxilia na interpretação destes mesmos princípios, dada a importância de sua implementação como política pública.

Reproduzindo conclusão a que já se apontou nesta dissertação, a regra do IRDR é recepcionada pelo sistema na medida em que auxilia a compreensão do significado do princípio da igualdade, o qual deve ser compreendido em paralelo a outros princípios, em conformidade às políticas públicas desenvolvidas para proteção dos direitos fundamentais de

acesso à justiça, os quais são, em primeiro plano, objeto de autorreferência para identificação dos princípios e regras.

O reconhecimento das diferenças entre o processo coletivo e o processo individual, ao lado da institucionalização do procedimento, permitem enxergar a igual consideração e respeito, assim como a responsabilidade especial, caracterizando a igualdade material, tanto no plano do direito substancial, quanto no plano do tratamento processual.

O que se espera, contudo, é que o aplicador do Direito não queira garantias “prontas” de igualdade material, sem se esforçar para compreender a forma de sua concretização, através dos cuidados devidos com a adequada representação, cuja realização é também dependente da ampla publicização. A autorização para consecução de ambas está na lei e decorre de interpretação sistêmica.

Como visto, negar a adequada representação é promover uma leitura de suficiência de igualdade formal, atribuindo maior valor ao consequencialismo de eficiência quantitativa (pretensa), do que qualitativa. É necessário que o julgador assuma um papel organizador do incidente, elegendo fundamentadamente a causa e o líder. É preciso que as partes compreendam o papel relevante da contribuição ao contraditório e fiscalização da condução do feito, sob pena de serem promovidas decisões sustentadas em argumentações frágeis ou passageiras e que precisarão ser revistas com frequência indesejada por um instrumento que visa dar estabilidade, integridade e coerência.

O direito estrangeiro não pode ter servido apenas de inspiração na criação do modelo legislativo; há que ser usado como referência das boas e más experiências, contribuindo ao avanço do IRDR, objeto de tanta esperança depositada.

O IRDR, deste modo, com as ressalvas feitas quanto sua aplicação e processamento, é consonante ao fundamento da igualdade. Todavia, o sistema exige dedicação à divulgação e publicização dos temas repetitivos, não somente com a melhoria dos cadastros eletrônicos, mas com uso da criatividade eficiente e adequada para permitir maior participação dos interessados. Outrossim, espera-se maior e melhor fundamentação na escolha dos casos-modelo, especialmente para dar real legitimidade ao condutor do IRDR (preferencialmente, um sujeito de direito), qualidade proveniente da adequada representação dos ausentes, igualmente titulares do direito material em discussão.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**. v. 240, p. 221-242, 2015.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. In: ASSIS, Araken de et. al (orgs). Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de coletivização”. **Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ANDREWS, Neil. Multi-party litigation in England. **University of Cambridge Faculty of Law Research**, n. 39, p. 1-15, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2330329>. Acesso em: 12 dez 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buril et al (Orgs.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Coleção novo CPC – Doutrina selecionada**. v. 6. Salvador: Juspodium, 2015.

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas e o devido processo legal. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 2, p. 1065-1093, 2015. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_1065\\_1093.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1065_1093.pdf)>. Acesso em: 05 nov 2016. p. 1076

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 26., 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI**. 2008. p. 2950-2964. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Encontro+Preparat%C3%B3rio+para+o+Congresso+Nacional+-+Salvador+\(19%2C+20+e+21+de+junho+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Encontro+Preparat%C3%B3rio+para+o+Congresso+Nacional+-+Salvador+(19%2C+20+e+21+de+junho+de+2008).pdf). Acesso em: 20 dez 2016.

\_\_\_\_\_, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas e o devido processo legal. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro; ARAÚJO, José Henrique Mouta (Orgs.). **Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Conteúdo jurídico do direito à igualdade. *In*: ALVIM, Eduardo Arruda et. al. (Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional** – em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética à nicômaco**. São Paulo: MartinClaret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. v. 17, p. 105-138, 2011.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos das *class action* norte americana. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. p. 34-55, 2007. Disponível em [https://r.search.yahoo.com/\\_ylt=AwrJ7JLML0ZaffwAz53z6Qt.;\\_ylu=X3oDMTBydWNmY2MwBGNvbG8DYmYxBHBvcwM0BHZ0aWQDBHNiYwNzcg--/RV=2/RE=1514577997/RO=10/RU=https%3a%2f%2fbdjur.stj.jus.br%2fjspui%2fbitstream%2f2011%2f26860%2fprotecao\\_coletiva\\_direitos\\_brasil.pdf/RK=2/RS=KS2AqpTeqBbJwRp7w7pjwI49mdc-](https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrJ7JLML0ZaffwAz53z6Qt.;_ylu=X3oDMTBydWNmY2MwBGNvbG8DYmYxBHBvcwM0BHZ0aWQDBHNiYwNzcg--/RV=2/RE=1514577997/RO=10/RU=https%3a%2f%2fbdjur.stj.jus.br%2fjspui%2fbitstream%2f2011%2f26860%2fprotecao_coletiva_direitos_brasil.pdf/RK=2/RS=KS2AqpTeqBbJwRp7w7pjwI49mdc-). Acesso em 10 dez 2017.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. 2012. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2012.

\_\_\_\_\_, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta (Coordenação). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: Jus Podium, 2009. Cap. 2.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas. *In*: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Coordenação). **Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2013. Cap. 5.

BONDIOLI, Luis Guilherme. *In*: ASSIS, Araken de et. al (orgs). A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Processo coletivo e outros temas de direito processual**: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Metas Nacionais**. Brasília, 2017a. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 30 ago 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/pesquisas\\_judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas_judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 05 dez 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Repetitivos e IAC**. Brasília, 2017b. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp). Acesso em: 30 ago 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso nacional. Senado federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 21 jun 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)**. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 dez 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Painel de consulta ao banco nacional de demandas repetitivas e precedentes obrigatórios**. Brasília, 2017c. Disponível em: [http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos](http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos). Acesso em: 10 dez 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Movimento Processual do STF**. Brasília, 2017d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 28 nov 2017

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Repetitivos e IAC**. Brasília, 2017e. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&/=10&i=1&tt=S](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&/=10&i=1&tt=S). Acesso em: 10 dez 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Banco de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas**. Brasília, 2017f. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas>. Acesso em: 10 dez 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 46 de 18 de dezembro de 2007**. Brasília, 2017g. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_46.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_46.pdf). Acesso em: 10 dez 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2014.

BROCK, Ina; REKITT, Stefan. New reform of the capital markets model case act (the KapMuG). In: Hogan Lovells. **Lexology**. 2013. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f82e4430-68d3-48ab-ba16-ff7084ff827f>. Acesso em: 15 ago 2017.

\_\_\_\_\_, Germany: New reform of the Capital Markets Model Case Act (the "KapMuG"). In: Hogan Lovells. **Class Action Bulletin**. 2013a. Disponível em <http://ehoganlovells.com/cv/86f52cf076a9f99a369656842a68dec70b11ce4e/p=3188781>. Acesso em: 15 ago 2017

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. v. 34, n. 133 jan/mar, p. 89-98, 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>. Acesso em: 17 jun 2017

\_\_\_\_\_, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. v. 82, p. 92-151, 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/113706/1993\\_rev\\_tribunais\\_v0082\\_n0697.pdf?sequence=1&isAllowed=n](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/113706/1993_rev_tribunais_v0082_n0697.pdf?sequence=1&isAllowed=n). Acesso em: 10 dez 2017.

BURNS, Jean Wegman. Decorative Figureheads: eliminating class representatives in Class Actions. v. 42, p. 165-202, **Hastings, LJ**. 1990. Disponível em: [https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=138510a6d7&view=att&th=1609dac8adb33d04&attid=0.1&disp=safe&realattid=f\\_jbqmlnhr0&zw](https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=138510a6d7&view=att&th=1609dac8adb33d04&attid=0.1&disp=safe&realattid=f_jbqmlnhr0&zw). Acesso em 9 dez 2017.

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

\_\_\_\_\_, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodium, 2017. Cap. 2.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. Renegar de Montesquieu? La Expansion y La Legitimidad de La “Justicia Constitucional”. **Revista Espanhola de Direito Constitucional**, ano 6, n 17, 1986. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79326.pdf>. Acesso em: 28 dez 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Disponível em: <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acesso em 20 nov 2017.

CARÚS GUEDES, Jefferson. Direito processual social no Brasil: as primeiras linhas. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, nº 2, p. 55-91, 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/4296/429640257002.pdf>. Acesso em: 18 dez 2017.

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo – Constituição, microsistema do processo coletivo e novo código de processo civil. *In*: ZANETI JR., Hermes (Coordenação). **Processo Coletivo**. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San Jose, Costa Rica, 1969.

Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 28 dez 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. v. 35, n. 138 abr/jun, p. 39-48, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>. Acesso em: 17 jun 2017

COSTA, Sérgio Barbosa. Segurança jurídica processual. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. v. 179, p. 829-843, 2010.

\_\_\_\_\_, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 233, p. 65-84, 2014.

\_\_\_\_\_, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, v. 25, n. 2, p. 235-268, jul/dez 2009.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: [http://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/problemas\\_de\\_direito\\_positivo-ocr.pdf](http://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/problemas_de_direito_positivo-ocr.pdf). Acesso em 18 out 2017.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

\_\_\_\_\_, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_, Jean Carlos. Existe um sistema processual coletivo? Uma reflexão a partir da teoria do Direito. In: DIDIER JÚNIOR; Fredie. ARAÚJO, José Henrique Mouta. MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva 2ª série**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.1. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Corredenação). **Julgamento de casos Repetitivos**. Salvador: JusPodium, 2017.

\_\_\_\_\_, Fredie. \_\_\_\_\_ ZANETI JÚNIOR. **Curso de direito processual civil**. v.4. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2017a.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**, v. 258, p. 257 – 278. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 2

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**, v. 1. Paris: Fontemoing, 1921. Disponível em: <https://archive.org/details/traitdedroitco01dugu>. Acesso em 20 out 2017.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Eric da Rocha. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 8, n. 8, p. 539 – 567. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20835/15111>. Acesso em 13 dez 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_, Ronald. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980. Disponível em: <https://blogs.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>. Acesso em 18 dez 2016.

\_\_\_\_\_, Ronald. **A virtude soberana: a teoria a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. 15. ed. Londres: Pearson, 2016. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/241769505/Understanding-Public-Policy-by-Thomas-Dye>. Acesso em 16 jun 2017.

ESCAMILLA, Laura Valencia. La relación ejecutivo-legislativo em la elaboración de políticas públicas. **Confines**, v. 16, p. 11-37, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-35692012000200002](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35692012000200002). Acesso em 17 jun 2017.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 41, p. 1-12, jul. 1955.. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874/13774>>. Acesso em: 18 Out. 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**. v. 209, p. 7-18, 1997.

GAIZO, Flavia Viana Del. O percurso legislativo da tutela coletiva no brasil. In: **Grupo de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos**. 2015. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/ARTIGO-2-flavia-viana.pdf>. Acesso em: 08 ago 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodium, 2016. Cap. 4.

GIDI, Antônio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. 2012. **Revista de Processo**, v. 108, n. 61, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1016416>. Acesso em: 20 nov 2017.

\_\_\_\_\_, Antônio. Class actions in Brazil: a model for Civil Law countries. **American Journal of Comparative Law**, v. 51, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=903188>. Acesso em: 08 dez 2012.

\_\_\_\_\_, Antônio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. *In*: GIDI, Antônio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em uma perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2003.

GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. **Jurisdição constitucional e código de processo civil**: sincronia, racionalidade, interpretação e segurança jurídica. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. O princípio da Igualdade. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**. v.5, n.2, p. 69-86, 2010.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coordenação). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 20.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Sociedade Aberta. *In*: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Constitucional e organização do poder**.. São Paulo: Saraiva, 2010.

KALVEN JUNIOR, Harry.; ROSENFELD, Maurice. The contemporary function of the class suit. **University of Chicago Law Review**. v. 8, n. 4, art.3.1940. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1814&context=uclev>. Acesso em 10 dez 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/O-Problema-da-Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 17 out 2017.

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos.** Belém: CESUPA, 2004.

KRYMINICE, Bruno Oliveira de Souza; HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. O incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de efetividade da tutela jurisdicional e segurança jurídica previsto no anteprojeto do novo código de processo civil. **Revista Percurso**, v. 1, n. 14, p. 132-165, 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/839>. Acesso em: 12 dez 2017.

LEITE, Geraldo Neves; MENEZES, André Beckmann de Castro. **A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes.** XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luiz/MA: teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica, 2017. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/area-do-associado/eventos/27ixgmd9>. Acesso em 20 dez 2017.

LEMONS, Vinícius Silva. O pedido de instauração do IRDR e a necessidade de protocolo de petição de informação no órgão originário. In: **Empório do Direito**. Colunas e Artigos. 2017. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/o-pedido-de-instauracao-do-irdr-e-a-necessidade-de-protocolo-de-peticao-de-informacao-no-orgao-originario-por-vinicius-silva-lemos/>. Acesso em: 22 ago 2017.

LEMONS, Vinícius Silva. **Recursos e Processos nos Tribunais**. 3. ed. São Paulo: Ed Lexia, 2017. No prelo.

LOURENÇO, Paula Meira. A horizontal instrument or collective redress in Europe? In: **European Parliament Committees**. Public Hearings. Bruxelas, 2011. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf>. Acesso em: 28 dez 2017.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. Introdução. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (orgs.). **Niklas Luhmann – do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_, Niklas. **Sociologia do Direito**, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_, Niklas. **Social Systems**. California: Standford University, 1995. Disponível em [https://uberty.org/wp-content/uploads/2015/08/Niklas\\_Luhmann\\_Social\\_Systems.pdf](https://uberty.org/wp-content/uploads/2015/08/Niklas_Luhmann_Social_Systems.pdf). Acesso em: 10 dez 2017.

\_\_\_\_\_, Niklas. Law as a social system. **Northwestern University Law Review**, v. 83, n. 1 e 2, p. 136-151, 1989. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/276375328/Luhmann-Law-as-a-Social-System-1989>. Acesso em: 10 dez 2017.

\_\_\_\_\_, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (orgs.). **Niklas Luhmann – do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. *In: Revista Argumentum*, v. 17, p. 45-64, 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/313/62>. Acesso em: 09out 2017.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme. Da rediscussão da questão que foi decidida no incidente de resolução. *In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio, JAYME, Fernando Gonzaga (Coordenação). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. Art. 976. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283 – 331. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_, 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.

\_\_\_\_\_, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**. v. 209, p. 243-264, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENEZES, André Beckmann de Castro; ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Utilitarismo e a técnica de coletivização das decisões do incidente de resolução de demandas repetitivas**. *In: Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo; OLIVEIRA, Flávio Luís de; COUTO, Mônica Bonetti. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI-Brasília/DF: Processo, jurisdição e efetividade da justiça II*. p. 278-298. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em [www.conpedi.org.br/publicacao/roj0xn13/q99td847](http://www.conpedi.org.br/publicacao/roj0xn13/q99td847)>. Acesso em: 04 set 2017.

MENEZES, André Beckmann de Castro. O princípio da eficiência e as técnicas de julgamento de casos repetitivos. *In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro; ARAÚJO, José Henrique Mouta (Orgs.). Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica e das teorias da justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de et al. A repercussão geral e os recursos repetitivos. economia, direito e política. **Revista de Processo**. v. 10, p. 1183 - 1201, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MILARÉ, Édís. MILARÉ, Lucas Tamer. A ação civil pública como instrumento preventivo/reparatório da danosidade ambiental. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. 1863 Disponível em: <https://www.utilitarianism.com/mill1.htm>. Acesso em: 20 nov 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: ainda a questão da representatividade e da representação adequada dos entes intermediários legitimados para agir. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública após 30 anos**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MULHERON, Rachael. Reformo of collective redress in England and Wales: a perspective of need. London: Civil Justice Council of England and Wales, 2008. Disponível em: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/Other+papers/reform-of-collective-redress.pdf>. Acesso em: 13 dez 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_, Nelson. Título VI – disposições finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NEVES, Felipe Portella. **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. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário do Pará. Pará, 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**, n. 37, p. 95-106, 1995. Disponível em: . Acesso em: 23 out 2017.

\_\_\_\_\_, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do Direito expropriador ao Direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (orgs.). **Niklas Luhmann – do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Regimento interno**. Belém, 2017. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Legislacao/86241-Regimento.xhtml>. Acesso em 30 ago 2017.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado. **Nota Técnica do IRDR**. Belém, 2017. Disponível em: <http://portal.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Coordenadoria-de-Recursos-Extraordinarios-e-Especiais/299244-Incidente-de-Resolucao-de-Demandas-Repetitivas.xhtml>. Acesso em: 10 out 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodium, 2016.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Art. 982. In: ARBS, Paula Saleh (coord). **CPC Anotado: em homenagem a Luiz Rodrigues Wambier**. RedlightSoftware, 2017.

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (Coordenação). **Pensamento Jurídico Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

ROCHA, Eliana Pires; GUEDES, Jefferson Carús. Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjn6pfc1bnYAhWJk5AKHZLiDuYQFgggtMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.w.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F2132351&usg=AOvVaw3Rhd9zcm2a7N11BhoVS6KR>. Acesso em: 10 dez 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: MILARÉ, Édís (Coordenação). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 8, n. 8, p. 905-939, 2011. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/20849/15124>. Acesso em: 28 dez 2017.

ROQUE, André Vasconcelos. Tutela de direitos coletivos e coletivizáveis no novo CPC: perspectivas e possibilidades. **PPGD-UFF**, v.3, n. 3, p. 69-89, out. 2013.. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/273712788/Artigo-Acoes-Coletivas-e-Novo-CPC-UFF>. Acesso em: 10 dez 2017.

\_\_\_\_\_, André Vasconcelos. Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodium, 2017. Cap. 1.

\_\_\_\_\_, André Vasconcelos. **Class actions - Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodium, 2013a.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, ago. 2009.. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. Cap. 9.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**. v. 208, p. 125-146, 2012.

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O direito necessita de justiça? Reflexões sobre o tema em Kelsen e Luhmann. **Veredas do Direito**, v. 6, n. 11, p. 31 – 44. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/4>>. Acesso em: 23 Out. 2017.

SHAPIRO, David L. Class action: the class as party and client. **Notre Dame Law Review**. University of Notre Dame. v. 73, p. 912-962, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1778&context=ndlr>. Acesso em 12 dez 2017.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Linhas fundamentais do Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. GenJurídico. 2016. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj5yq66j6\\_YAhWDHZAKHSVLCg4QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cidp.pt%2Fpublicacoes%2Fprevistas%2Frlb%2F2016%2F1%2F2016\\_01\\_1025\\_1050.pdf&usq=AOvVaw0SfL\\_GSwNPrSWYCa66gaut](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj5yq66j6_YAhWDHZAKHSVLCg4QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cidp.pt%2Fpublicacoes%2Fprevistas%2Frlb%2F2016%2F1%2F2016_01_1025_1050.pdf&usq=AOvVaw0SfL_GSwNPrSWYCa66gaut). Acesso em 20 dez 2017.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 1.

SOTTO MAIOR, Mariana. O direito de acção popular na Constituição da república portuguesa. **Documentação e direito comparado**. n. 75/76. 1998. Disponível em: <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-g.pdf>. Acesso em: 10 dez 2017.

SOUZA, Maria Ester Alcantara de. O tempo (d)no processo: considerações sobre a sumarização da cognição no processo civil brasileiro sob o enfoque dos princípios institutivos do processo no estado democrático de direito. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**. v. 211, p. 241-269, 1998.

TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil (versión abreviada). Palestra realizada em Coloquio Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal em Gandía (Espanha) nos dias 6, 7 e 8 de novembro de

2008. Disponível em: <http://www.uv.es./coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf>. Acesso em 26 ago 2017.

\_\_\_\_\_, Michele. *Some remarks on group litigation in comparative perspective*. **Duke Journal of Comparative & International Law**. v. 11, p. 405-422, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/12/> Acesso em 10 dez 2017.

TEMER, Sofia Orberg, **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Jus Podium, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o assim chamado incidente de resolução de demandas repetitivas. In: **Páginas de Direito: excelência em conteúdo jurídico**. Artigos. 2016. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/340-artigos-ago-2016/7699-sobre-o-assim-chamado-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 09 ago 2017.

TEUBNER, Gunther *apud* NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**, n. 37, p. 95-106, 1995. Disponível em: . Acesso em: 23 out 2017.

THEODORO JR. Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODOULOU, Stella Z. The nature of public policy. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. (org.). **Public Policy: the essencial readings**. New Jersey: Prentice Hall, Upper Saddle River, 1995. Cap 1.

TORRENS, Antônio Carlos. Poder Legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. **Revista de Informação Legislativa**. v. 50, n. 197 jan/mar, p. 189-204, 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496980>. Acesso em: 17 jun 2017

TURNER, Robert *apud* ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coordenação). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap. 13.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: Jus Podium, 2015.

## APÊNDICE A – Cenário nacional de IRDRs propostos, admitidos e julgados

Quadro 1: Levantamento individualizado do número de IRDRs com base no acesso aos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça do Estado, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho.

Trib.: Tribunal

Propostos: IRDRs propostos e inadmitidos ou aguardando juízo de admissibilidade

Admitidos: IRDRs com juízo de admissibilidade positivo e ainda não julgados no mérito

J. Mérito: IRDRs com mérito julgado

IRDR			
TRIB	PROPOSTOS	ADMITIDOS	J. MÉRITO
TJ/AC	SEM INFORMAÇÃO ADEQUADA		
TJ/AL	1	0	0
TJ/AP	9	4	3
TJ/AM	Sem informação adequada		
TJ/BA	7	5	0
TJ/CE	2	2	1
TJ/DFT	43	9	4
TJ/ES	20	11	2
TJ/GO	s/i	6	0
TJ/MA	s/i	4	1
TJ/MT	s/i	1	0
TJ/MS	4	1	0
TJ/MG	98	33	4
TJ/PA	8	1	0
TJ/PB	2	0	0
TJ/PR	37	8	0
TJ/PE	s/i	4	0
TJ/PI	0	0	0
TJ/RJ	s/i	11	3
TJ/RN	4	1	0
TJ/RS	S/l	5	2
TJ/RO	s/i	2	0
TJ/RR	2	0	0
TJ/SC	s/i	15	1
TJ/SP	S/l	14	6
TJ/SE	7	3	3
TJ/TO	s.i	1	0
TRF1	10	1	1
TRF2	s/i	1	1
TRF3	5	1	0
TRF4	18	10	4
TRF5	6	4	1
TRT1	12	0	0

TRT2	Sem informação adequada		
TRT3	4	0	0
TRT4	2	2	0
TRT5	Sem informação adequada		
TRT6	Sem informação adequada		
TRT7	Página redireciona ao BNPR		
TRT8	S/I	3	2
TRT9	Sem informação adequada		
TRT10	S.I	1	0
TRT11	S/I	1	0
TRT12	2	1	0
TRT13	4	3	1
TRT14	Sem informação adequada		
TRT15	Sem informação adequada		
TRT16	Sem informação adequada		
TRT17	Sem informação adequada		
TRT18	site fora do ar		
TRT19	Sem informação adequada		
TRT20	Sem informação adequada		
TRT21	0	0	0
TRT22	S/I	7	4
TRT23	Sem informação adequada		
TRT24	0	0	0
<b>Total</b>	<b>270</b>	<b>158</b>	<b>38</b>

Quadro 2: Cenário de IRDRs no Brasil, segundo dados oficiais do CNJ

Trib.: Tribunal

Propostos: IRDRs propostos e inadmitidos ou aguardando juízo de admissibilidade

Admitidos: IRDRs com juízo de admissibilidade positivo e ainda não julgados no mérito

J. Mérito: IRDRs com mérito julgado

IRDR - DADOS CNJ			
TRIB.	PROPOSTOS	ADMITIDOS	J. MÉRITO
TJ/AC	s/i	0	0
TJ/AL	s/i	1	0
TJ/AP	s/i	0	0
TJ/AM	s/i	1	1
TJ/BA	s/i	7	0
TJ/CE	s/i	2	0
TJ/DF	s/i	9	3
TJ/ES	s/i	7	0
TJ/GO	s/i	6	0
TJ/MA	s/i	2	1
TJ/MT	s/i	1	0
TJ/MS	s/i	1	0
TJ/MG	s/i	15	5
TJ/PA	s/i	0	0
TJ/PB	s/i	0	0
TJ/PR	s/i	8	0
TJ/PE	s/i	4	0
TJ/PI	s/i	2	2
TJ/RJ	s/i	8	3
TJ/RN	s/i	0	0
TJ/RS	s/i	5	2
TJ/RO	s/i	1	0
TJ/RR	s/i	0	0
TJ/SC	s/i	15	1
TJ/SP	s/i	14	6
TJ/SE	s/i	0	0
TJ/TO	s/i	0	0
TRF1	s/i	1	1
TRF2	s/i	1	0
TRF3	s/i	1	0
TRF4	s/i	10	1
TRF5	s/i	0	0
TRT1	s/i	0	0
TRT2	s/i	1	0
TRT3	s/i	0	0
TRT4	s/i	2	0

TRT5	s/i	0	0
TRT6	s/i	0	0
TRT7	s/i	4	0
TRT8	s/i	3	2
TRT9	s/i	1	0
TRT10	s/i	0	0
TRT11	s/i	1	0
TRT12	s/i	1	0
TRT13	s/i	1	0
TRT14	s/i	0	0
TRT15	s/i	0	0
TRT16	s/i	0	0
TRT17	s/i	0	0
TRT18	s/i	2	0
TRT19	s/i	0	0
TRT20	s/i	0	0
trt21	s/i	0	0
trt22	s/i	7	5
trt23	s/i	0	0
trt24	s/i	0	0
<b>Total</b>	<b>0</b>	<b>141</b>	<b>33</b>

## APÊNDICE B – Datas de admissão e julgamentos dos IRDRs

Tabela 1: Datas de admissão e julgamentos dos IRDRs, conforme informação dos sítios eletrônicos de cada tribunal

TRIBUNAL	PROCESSO	DATA DE ADMISSÃO	DATA DO JULGAMENTO
TJ/AP	0000901-51.2016.8.03.0000	31/08/2016	27/03/2017
	0001179-52.2016.8.03.0000	10/08/2016	23/08/2017
	0001560-60.2016.8.03.0000	21/09/2016	07/06/2017
TJ/DFT	0014857-26.2016.8.07.0000	06/06/2016	23/01/2017
	0026387-27.2016.8.07.0000	19/09/2016	12/06/2017
	0051570-97.2016.8.07.0000	13/02/2017	18/07/2017
	0012825-14.2017.8.07.0000	24/07/2017	08/11/2017
TJ/MA	0001689-69.2015.8.10.0044	25/05/2016	08/08/2017
TJ/MG	0328324-31.2016.8.13.0000	20/06/2016	15/03/2017
	0378378-98.2016.8.13.0000	30/09/2016	26/06/2017
	0169124-85.2016.8.13.0000	21/11/2016	16/08/2017
	0564540-41.2015.8.13.0000	27/06/2016	17/05/2017
TJ/RJ	0018608-85.2016.8.19.0000	23/06/2016	19/05/2017
	0023484-83.2016.8.19.0000	21/07/2016	08/06/2017
	0032321-30.2016.8.19.0000	22/09/2016	30/04/2017
TJ/RS	0154697-13.2016.8.21.7000	15/08/2016	09/05/2017
	0137884-08.2016.8.21.7000	15/08/2016	09/05/2017
	0212283-08.2016.8.21.7000	05/08/2016	14/03/2017
TJ/SC	0302355-11.2014.8.24.0054	Sem informação adequada	
	11.2014.8.24.0054		
TJ/SP	2059683-75.2016.8.26.0000	08/06/2016	28/03/2017
	0038758-92.2016.8.26.0000	26/08/2016	30/06/2017
	2121567-08.2016.8.26.0000	09/08/2016	28/03/2017
	0023203-35.2016.8.26.0000	18/08/2016	31/08/2017
	2151535-83.2016.8.26.0000	11/11/2016	30/06/2017
	0056229-24.2016.8.26.0000	10/02/2017	10/11/2017
TRF1	0008087-81.2017.4.01.0000	31/05/2017	18/10/2017
TRF2	0004491-96.2016.4.02.0000	06/10/2016	09/11/2017
TRF4	5033207-91.2016.4.04.0000	22/09/2016	27/04/2017
	5054321-86.2016.4.00.0000	26/01/2017	08/06/2017
	5024326-28.2016.4.00.0000	08/09/2016	16/10/2017
	5054341-77.2016.4.04.0000	23/08/2017	22/11/2017
TRF5	0804985-07.2015.4.05.8300	N/CONSTA	N/CONSTA
TRT8	0000012-74.2017.5.08.0000	13/02/2017	03/07/2017
	0000018-81.2017.5.08.0000	13/02/2017	05/06/2017
	0000692-59.2017.5.08.0000	13/02/2017	N/CONSTA
TRT13	0169900-39.2014.5.13.0022	Sem informação adequada	
	0169900-39.2014.5.13.0022		
	0169900-39.2014.5.13.0022		
	0169900-39.2014.5.13.0022		
	0169900-39.2014.5.13.0022		
	0169900-39.2014.5.13.0022		
	0169900-39.2014.5.13.0022		
TRT22	0080173-81.2017.5.22.0000	14/06/2017	18/10/2017
	0080112-26.2017.5.22.0000	03/05/2017	03/07/2017
	0080394-98.2016.5.22.0000	19/12/2016	28/06/2017
	0080407-97.2016.5.22.0000	08/02/2017	12/07/2017

