



**DA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA,
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DO *GROUP
LITIGATION* E DO *MUSTERVERFAHREN* AO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Rafael Alem Mello Ferreira¹Régis Willyan da Silva Andrade²**RESUMO**

O artigo se assenta na necessidade de um núcleo inderrogável de direitos para proteção da humanidade, através do sistema internacional de proteção. Adota-se a metodologia analítica documental para tanto. Tem-se que a problemática da questão reside na base dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, fundamento que orienta uma pluralidade de elementos essenciais e suporte maior para a concepção de tais direitos. O Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano, valorizando-o tanto em sua dimensão individual quanto num contexto de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; *Group Litigation*; *Musterverfahren*; Legitimidade.

**THE EFFECT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE,
THE REPETITIVE DEMANDS OF THE GROUP LITIGATION AND THE
MUSTERVERFAHREN TO THE NEW CIVIL PROCESS CODE**

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: <ramfmg@hotmail.com>.

² Pós-doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – Bolsista CAPES; Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob a orientação da Profa. Dra. Flávia Piovesan. E-mail: <regis@jansennogueira.adv.br>.





The article is based on the need for an undefeatable core of rights for the protection of humanity through the international protection system. The documentary analytical methodology is adopted for this purpose. It has been that the problem of the question lies in the basis of fundamental rights, that is, the dignity of the human person, a foundation that guides a plurality of essential elements and greater support for the conception of such rights. The State must promote and respect the dignified existence of the human being, valuing it both in its individual dimension and in a context of justice.

KEYWORDS: Access to justice; Incident of Resolution of Repetitive Demands; Group Litigation; Musterverfahren; Legitimacy.

1 – INTRODUÇÃO

A publicação do novo Código de Processo Civil (CPC)³ representa a esperança dos processualistas brasileiros de concretizar os princípios constitucionais da duração razoável do processo e do acesso à justiça. O tempo de tramitação do projeto da Lei 13.105/2015 no Congresso brasileiro foi de cinco anos, com esse novo texto a expectativa é reduzir o tempo morto dos processos. Para isso novos mecanismos foram introduzidos, como o que será objeto de nossa análise, o incidente de resolução de demandas repetitiva (IRDR).

A sociedade moderna apresenta uma complexa formação de litígios em massa e o direito moderno não possui outra solução a não ser pensar em novas formas processuais para abarcar a nova realidade. Nas palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em sua obra *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*:

A realidade do século XXI vem apontando, como mencionado nos primeiros capítulos deste livro, para a conjugação de elementos que confluem para o incremento progressivo de conflitos em massa e da procura de mecanismos de solução dos litígios em escala. O aumento da população, especialmente sentido em países continentais, como o Brasil, é um dos fatores. Por outro lado, a melhora gradativa das condições de vida, do acesso as informações e à educação impulsiona o esclarecimento, propiciando o que Norberto Bobbio denominou de “Era dos Diretos”, com efeitos multiplicadores nos Estados Democráticos de Direito. O desaguadouro natural das esperanças e desilusões

³ O novo Código de Processo Civil (Lei no 13.105/15) foi publicado no DOU, seção I, p.01, no dia 17.03.2015.





e pretensões passa a ser o poder Judiciário, que, por sua vez, também sofre com as limitações de recursos materiais e humanos para fazer frente ao desabrochar desta procura incessante e crescente.⁴

Assim, neste artigo temos por finalidade concentrar nossos esforços em conhecer a novidade incrementada pelo incidente de resolução de demanda repetitiva analisando sua origem e suas possibilidades para enfrentar o alarmante dado trazido pela revista Justiça em números em 2014: a existência de mais de noventa e cinco milhões de processos tramitando no Brasil com uma previsão de decisão para o ano de 2015 de apenas 30 por cento destes processos.⁵

Estes números são explicados por Gustavo César de Mello Calmon Holliday e Pedro Alberto Calmon Holliday da seguinte forma:

Os números consolidados pelo Conselho Nacional de justiça demonstram, ainda, que o setor público, nos três níveis de governo, aparecem com 51 por cento das Ações como autor ou como réu e estão entre os cinco maiores litigantes do Brasil (INSS, Fazenda Nacional, Funasa e Ibama), secundados pelas instituições financeiras no setor privado, como uma fatia de 38 por cento das demandas. Diante desse quadro estático, não há dúvida que a prestação deficitária dos serviços públicos de gestão administrativa, são automaticamente convertidas em demandas absorvidas pelo judiciário, que não está aparelhado para recebê-las. Estando submetido ao princípio do acesso incondicional à jurisdição, não tendo atribuição e competência legal para eliminar as causas do seu agigantamento, o poder judiciário passa a sintetizar mecanismos de defesa, que invariavelmente tendem a atacar somente os efeitos do problema (Excesso de litigiosidade).⁶

A metodologia utilizada neste artigo consiste na análise teórica e filosófica de estruturas que integram a nossa realidade, nossa cultura, ou seja, típicas do mundo vivido. Pretende-se realizar não apenas um estudo meramente descritivo da realidade, pois o cerne deste trabalho é entender e criticar a realidade jurídica na qual estamos inseridos.

Em um primeiro momento vamos buscar analisar a origem do incidente de resolução de demandas repetitivas, ressaltando que o instituto não se confunde com as

⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.297.

⁵ CONSULTOR JURÍDICO. Anuário da Justiça São Paulo, 2014. Conjur Editorial, 2014.

⁶ HOLLIDAY, Gustavo César de Mello; HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. A gestão de demandas repetitivas e as técnicas uniformizadoras: uma promessa de racionalização dos julgamentos. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjiq9/s7vf5FZYwx4eqD8l.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2015.



ações coletivas. Nesse sentido, ganham destaque o direito alemão com o seu procedimento padrão e o direito Inglês com o seu famigerado “*group litigation*”.

Em segundo lugar pretendemos descrever as inovações do Código de Processo Civil, demonstrando como o instituto deverá ser aplicado e ressaltando os benefícios de sua utilização, como por exemplo, maior acesso à justiça, busca por uma isonomia processual, redução do tempo morto processual e, por fim, a tentativa de concretização da efetividade processual sem aniquilar as garantias processuais individuais.

Finalmente, faremos uma análise acerca da facticidade e da validade do instituto em tela para saber se o mesmo apresenta a legitimidade exigida pelo Direito moderno, pois sob uma visão lastreada nos escritos de Jürgen Habermas, principalmente em suas obras *Teoria da Ação Comunicativa* e *Direito e Democracia*, os destinatários da norma devem no mínimo ter a possibilidade de participar da sua produção para que a formulação confeccionada possua facticidade e validade.

2 INSPIRAÇÃO, ORIGEM E INFLUÊNCIAS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inicialmente, cabe ressaltar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no novo CPC não é uma forma de resolver as demandas judiciais de forma coletiva, trata-se de uma solução em massa de demandas individuais. Esta constatação não nos permite afirmar que as ações coletivas não prosperaram ou que representam um caminho esgotado, pois apesar dos avanços e retrocessos no modo de pensar o direito de forma molecular, tanto no direito internacional quanto no direito pátrio, este merece um estudo pormenorizado e pode ser mais um soldado eficiente no combate às mazelas processuais. Desta forma, para estudar o IRDR não iremos analisar



o instituto americano *Class Actions*⁷ e nem mesmo as *Verbandsklagen*⁸, que são as ações associativas alemãs, iremos concentrar o nosso olhar na *Group Litigation Order* do direito inglês e no *Musterverfahren* do direito alemão.

O direito inglês apresenta uma longa tradição em lidar com as ações de massa ou ações coletivas, tanto é que Stephen Yeazell⁹, ao se debruçar sobre a análise do direito inglês e este tipo de demanda, classificou dentro da história do direito anglo-americano três momentos ou fases distintas dos litígios em grupo: medieval (do século XII ao século XV), primitivo-moderno (do século XVI e XVII) e moderno (do século XVIII em diante).

Como o objetivo deste trabalho é compreender as origens do incidente de resolução de demandas repetitivas e este instituto foi pensado para responder a problemas típicos da modernidade, como por exemplo, a explosão das demandas, a falta de isonomia nas decisões jurisprudenciais e o acesso eficiente à tutela jurisdicional, vamos concentrar a nossa análise na última fase da divisão elaborada por Stephen Yeazell.

Assim, momento crucial é a edição do Código Inglês de Processo Civil, que é considerado por Lord Chancellor no prefácio do próprio código inglês¹⁰, como a maior

⁷ As *class actions* são um instituto de direito processual coletivo mais bem sucedido segundo a doutrina especializada. A obra *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional* do professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes apresenta uma pesquisa exaustiva sobre o instituto, abordando sua evolução histórica, sua relação com o direito contemporâneo; A estrutura da regra 23; Os pré-requisitos e as espécies de *class actions*. Desta forma, para maiores aprofundamentos na questão remetemos o leitor para esta obra.

⁸ “A defesa dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada, na Alemanha, basicamente através das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas. Embora não recebam um tratamento comum, porque se encontram espalhadas e dispersas em diversos estatutos legais, na companhia, em geral, de outras normas de direito material e processual pertinentes ao tema regulado, possuem, além da denominação, características essencialmente semelhantes”. Continua o autor: “A legitimação das associações, no âmbito do direito processual civil alemão, é figura expressamente prevista no Parágrafo oitavo da *Gesetz über den unlauteren Wettbewerb -UWG* (lei contra a concorrência desleal); na *Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts - und anderem Verstößen - Unterlassungsklagengesetz - Uklag* (lei sobre ações inibitórias em matéria de direito do consumidor e outras infrações), que incorporou as regras anteriormente previstas nos parágrafos 13 a 22^a da *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB - Gesetz* (lei para o regulamento das cláusulas Gerais dos contratos; e no Parágrafo 33 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB* (lei contra as limitações da concorrência ou Lei dos cartéis)” (MENDES, 2014, p.114).

⁹ Yeazell, Stephen C. “From medieval group litigation to the modern class action”. New Haven: Yale University Press, 1987.

¹⁰ Prefácio do Código realizado por Lord Chancellor: “On 26th April 1999, I introduced the most fundamental change to the civil justice reforms introduced a unifique code of civil procedure applicable to all civil courts, ending unnecessary distinctions of practice and procedure between the High Court and the country courts”.



inovação dos últimos cem anos. Para explicar essa inovação nos valem das precisas palavras de Mendes:

As Rules of Civil Procedure encontram-se dispostas em 57 partes, sendo que as três últimas com entrada em vigor no dia 15 de outubro de 2001, além de disposições complementares, como Schedules, Índice e um glossário. Para cada parte há, também, uma respectiva diretriz prática (practice direction), que, muitas vezes, serve expressamente, como complemento para as rules (...) o novo estatuto fez questão de incorporar no seu texto normas expressamente dispostas sobre as demandas coletivas, principalmente concentradas na Part 19, sob a denominação de parties and group litigation. O título encontra-se subdividido em três seções específicas, além da norma 19.1, que se pretende geral: addition and substitution of parties, representative parties e group litigation.¹¹

A grande influência para o IRDR encontra-se justamente insculpida nas regras 19.11 e 19.15 do código de processo inglês. O artigo 19.11 possui a seguinte redação: “A group litigation order means an order made under rule to provide for the case management of claims which gives rise to common or related issues of fact or Law”, o que deixa claro que para ser considerado um litígio coletivo no direito inglês é necessário demonstrar pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato e de direito, comuns ou relacionadas. Essa característica será importante para a definição e para a utilização do novo sistema que será introduzido pelo novo CPC.

Já a regra 19.15 faz a seguinte determinação:

Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim. Where an order is made under paragraph (1), any order made in the test claim before the date of substitution is binding on the substituted claim unless the court orders otherwise.

Logo, a corte (*management court*) pode determinar que se realize um julgamento teste ou padrão (*test claim*), com o objetivo de servir de modelo vinculante para os demais processos envolvendo as mesmas questões de fato ou de direito.

A ideia de usar um processo padrão é utilizada pelos alemães no *musterverfahren* e pelo novo código civil, pois diante das múltiplas demandas, algumas serão escolhidas para serem analisadas, e o seu resultado será vinculante em relação às demais questões que versarem sobre o tema. Não é por outro motivo que Mendes esclarece que:

¹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.59.



A corte pode determinar que haja um processo teste ou padrão, cujo resultado, possui *a priori*, efeito vinculante em relação as demais demandas previamente registradas. As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial que ficará prevento inclusive para efetuar, também o registro de pretensões individuais relacionadas com a *common question* ou a *test claim*.¹²

A influência do “*test claim*” alemão, denominado *Musterverfahren* é evidente na adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que, na própria exposição de motivo do novo Código de Processo Civil o legislador fez a seguinte menção:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de resolução de demandas repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.

É importante salientar que a experiência introduzida no direito alemão pela *musterverfahren* não possui em hipótese alguma o objetivo de reduzir a importância das ações coletivas (*verbandsklagen*), pois se desenvolveu “em paralelo às Ações associativas”¹³. O *musterverfahren* apresenta a seguinte definição segundo a citação introduzida pela exposição de motivos do novo código de processo civil: “No direito alemão a figura do *Musterverfahren* gera decisão que serve de modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.”¹⁴

A adoção em terras germânicas do procedimento padrão ocorreu de modo gradual. A sua primeira aparição foi no *Verwaltungsgerichtsordnung* (Estatuto da Justiça Admisnitrativa) no ano de 1960, que passou por uma reformulação em 1991 ganhando maior destaque e com uma pormenorização maior de como seriam escolhidos os procedimentos modelos.¹⁵ Em um segundo momento, o procedimento padrão foi

¹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

¹⁴ Wittman, Ralf-Thomas. Il contenzioso di massa in Germânia. Milão, Giuffrè, 2008, página 178.

¹⁵ Segue o texto do artigo acrescentado em 1991: Ist die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme Gegenstand von mehr als zwanzig Verfahren, kann das Gericht eines oder mehrere geeignete Verfahren vorab durchführen (Musterverfahren) und die übrigen Verfahren aussetzen. Die Beteiligten sind vorher zu hören. Der Beschluß ist unanfechtbar.



utilizado no *KapMug* (Gesetz über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten), isso no ano de 2005. Essa legislação temporária seria utilizada até o ano de 2010, no entanto, em virtude de alterações legislativas já foi prorrogada, até o presente momento, para o ano de 2020.

Esse procedimento-padrão (modelo) foi desenvolvido para solucionar um problema jurídico entre a empresa Deutsche Telekom e 17 mil acionistas, que alegavam em sua maioria que não foram devidamente informados da situação econômica da empresa, por isso, adquiriram na bolsa de valores ações com uma cotação acima do mercado e suportaram um grande prejuízo. A quantidade de ações individuais questionando a falta de informação por parte da empresa de telecomunicação alemã acarretou em uma morosidade excessiva do judiciário alemão.

A suprema corte alemã, quando provocada a se manifestar sobre a demora dos provimentos judiciais envolvendo os acionistas da empresa alemã, indicou a necessidade de resolver as demandas individuais de forma mais célere, adotando um modelo padrão de solução desses litígios, como podemos perceber no voto 3321 (2004) do *Bundesverfassungsgericht* (tribunal constitucional federal da Alemanha). Assim, é notória a explicação fornecida por Mendes:

O número elevado de processos, aproximadamente 12 mil apenas na *Landesgericht* de Frankfurt, ensejou demora nos julgamentos e reclamações que chegara até a Corte Constitucional alemã, sob alegação de denegação da justiça, tendo a corte suprema já em 2004, apontado para os órgão judiciais envolvidos que deveriam adotar outros procedimentos como julgamento de casos-modelo, para a prestação jurisdicional.¹⁶

A experiência alemã nos mercados de capitais permitiu que a ideia fosse exportada para outros ramos jurídicos, como por exemplo, no direito administrativo, previdência e assistência social.¹⁷ “É de se notar que os procedimentos adotados nos ramos administrativos e da previdência social e assistência são idênticos, mas diferem do

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.123.

¹⁷ Para esses ramos do direito alemão serão considerados repetitivas quando o órgão judicial for questionado em mais de vinte processos. As partes serão intimadas do objetivo de transforma as demandas em um procedimento padrão e a decisão da conversão por parte do judiciário é irrecurável.



que foi estabelecido para o mercado de capitais”¹⁸. No entanto, a ideia de um processo piloto foi preservada e é possível afirmar que em todos estes procedimentos temos as seguintes etapas: Primeiro, a admissibilidade do *Musterverfahren*; a segunda é o processamento e julgamento do caso paradigma (formação do precedente); e, por fim, o julgamento dos processos individuais conforme a orientação formulada na segunda etapa. Iremos analisar passo a passo cada uma das etapas para facilitar a comparação deste instituto com o “incidente de resolução de demandas repetitivas” introduzido pelo novo Código de Processo Civil.

A comparação principal será em relação ao procedimento padrão que trata do mercado de capitais, mas sempre ressaltando que existem diferenças legais em relação aos procedimentos padrões previstos para o direito administrativo alemão e para a previdência e a assistência social alemã.

A admissibilidade no procedimento padrão previsto para o mercado de capitais não trabalha com a hipótese de “determinação de ofício do incidente de julgamento padrão”¹⁹, como ocorre para o outro procedimento padrão²⁰. O pedido de instalação poderá ser realizado tanto pelos demandantes quanto pelos demandados. “O requerente da declaração padrão (*Musterfestellung*) deverá indicar o objetivo da declaração e as informações públicas pertinentes ao mercado de capitais, bem como a situação fática e os meios de prova a serem produzidas.”²¹ Fundamental é compreender que em relação ao pedido demonstrar que a decisão obtida no procedimento piloto será crucial para a decisão dos outros processos.

Em nome do princípio do contraditório, a parte que não pediu a conversão para o procedimento padrão será ouvida sobre esse requerimento. A decisão de conversão ou não é irrecorrível e a legislação determina a impossibilidade do aceite jurisdicional,

¹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123-124.

¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 125.

²⁰ Sempre que me referir ao outro procedimento padrão estarei introduzindo informações sobre o procedimento do direito administrativo, previdência e assistência social alemã.

²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.125.



sempre que “a decisão do conflito não depender da declaração pretendida; o meio de prova indicado for inapropriado; não se demonstrar que a decisão padrão terá significado para a solução de outros conflitos; ou a o pedido de declaração padrão servir para manobras protelatórias.”²²

Fato importante é a publicidade dos procedimentos-padrão, o legislador alemão optou em atribuir esse dever ao Ministério da Justiça. O acesso a essas informações são gratuitas, pois o ideal é conferir a ampla publicidade. O órgão judicial que irá decidir sobre o requerimento de conversão recebe o dever de garantir as informações prestadas ao ministério da justiça e de comunicar a inadmissibilidade ou mesmo o seu fim, para que possam ser retirados do cadastro.

Assim:

Com a publicação da comunicação da existência do requerimento do procedimento-padrão, o processo, no qual se instaurou o incidente, será suspenso. Em seguida, se forem formulados pelo menos mais nove requerimentos de instauração de procedimento-padrão, com o mesmo fundamento, em qualquer comarca, no prazo de seis meses, a contar da publicação mencionada, o órgão judicial perante o qual foi apresentado o primeiro requerimento de instauração de procedimento padrão, admitido proferirá uma decisão, irrecorrível, fixando os pontos controvertidos comuns a serem decididos pelo respectivo tribunal de segundo grau. (*Oberlandesgericht*). Se no referido prazo de seis meses não houver o ajuizamento de nove requerimentos de procedimento-padrão, em demandas homogêneas, o incidente de julgamento padrão será revertido, dando se continuidade ao processamento e julgamento, como simples processo individual.²³

A segunda etapa se inicia com a decisão de admissibilidade do requerimento para conversão em procedimento padrão. Assim, é fundamental compreender como será o processamento do procedimento padrão, que é denominado na doutrina alemã de “*Durchführung des Musterfervfahrens*”. A suspensão dos processos que serão atingidos pelo julgamento do procedimento padrão ocorre quando a decisão de admissibilidade for publicada no *Klageregister*²⁴, nesse momento, a decisão será elaborada por um tribunal

²² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.126.

²³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 126 -127.

²⁴ “O juízo de origem fará publicar em um cadastro eletrônico público e gratuito (*Klageregister*), fazendo dele constar um pequeno extrato do pedido, partes envolvidas, objetivo do procedimento” CABRAL,



de hierarquia maior, pois apenas ele terá competência para impor a sua decisão para os demais processos suspensos em primeiro grau de jurisdição.

Explicando sobre o passo a passo do *Durchführung*, Mendes elucida que:

prossequindo no procedimento-padrão, o *Oberlandsgericht* efetuará, em decisão irrecorrível, a escolha das partes, dentre aqueles processos que tramitavam perante o juízo de origem, que figurarão como autor (*Musterkläger*) e réu (*Musterbeglate*) no incidente, sem prejuízo da condição e participação dos demais interessados na condição de intervenientes (*Beigeladenen*). Na seleção, o tribunal levará em conta o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e o entendimento da maioria dos autores em relação a quem deverá ser o autor-líder do procedimento padrão (*Musterkläger*).²⁵

Essas considerações são importantes, pois é uma preocupação permanente do procedimento germânico de não aniquilar o direito individual, e de dotar a decisão de padrão de legitimidade suficiente para que seja viável a sua imposição aos demais processos similares. Todos os autores de demandas individuais que não foram escolhidos para participar do procedimento padrão não estarão eliminados da gestão do procedimento padrão, pois como ressaltado, poderão participar como intervenientes e ainda os custos produzidos no procedimento piloto serão divididos por todos os autores que desfrutarão da decisão no procedimento, é o que determina o parágrafo 9, (3) do *KapMuG*: “(3) *Die Kläger, die nicht als Musterkläger ausgewählt werden, sind Beigeladene des Musterverfahrens*”.²⁶

É uma preocupação de primeira ordem para o *Musterverfahren* a legitimidade da condução do procedimento piloto, pois é a decisão produzida em seus atos que servirá de precedente para a decisão dos demais processos. Por isso, o direito alemão trata de forma diferenciada a desistência do condutor do procedimento padrão e o de um outro litigante que fez o pedido de conversão para o procedimento padrão.

A desistência superveniente por parte de um dos requerentes do procedimento padrão não terá qualquer efeito na tramitação do caso-piloto. Mas, se proveniente do autor-condutor (líder) do procedimento padrão, assim como em razão da perda superveniente da capacidade, para ser parte, processual ou postulatória, como a morte do autor ou sua incapacidade, ou mesmo em função

Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. vol. 147. p. 123. São Paulo: Ed. RT, mai. 2007.

²⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional* / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.127.

²⁶ Os recorrentes que não forem selecionados como querelante principal estão unidos como um partido do caso de teste.



da instauração de um processo de insolvência, o tribunal deverá indicar um outro autor-condutor para o procedimento padrão. A desistência por parte de um dos intervenientes também não produzirá qualquer modificação na tramitação do procedimento teste.²⁷

Após este cuidado com a legitimidade, o processo irá se desenvolver e a decisão-padrão (*Musterentscheid*), será proferida pelo tribunal e comunicada as partes para que possam exercer o seu direito de inconformidade por meio de um recurso denominado *Rechtsbeschwerde*, que muito se assemelha ao nosso recurso ordinário. Qualquer um dos integrantes do procedimento-padrão poderão manejar este recurso, por isso, tanto autor, réu e interveniente gozam de legitimidade para questionar a decisão padrão do Tribunal. No entanto, este recurso não pode ser usado para questionar a admissibilidade do procedimento padrão, efetuada pelo juízo de origem.

Após compreendermos o mecanismo de formação da decisão padrão, devemos analisar sua última etapa, ou seja, como se dará a eficácia da decisão padrão (*Wirkung des Musterentscheids*). A legislação alemã é coerente e afirma a importância do procedimento ao assegurar de forma peremptória que a decisão no procedimento padrão vincula os órgãos judiciais.

Esta constatação pode ser facilmente percebida pela compreensão do Parágrafo 22 do KapMuG, que possui a seguinte redação:

§ 22 Wirkung des Musterentscheids

(1) Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte in allen nach § 8 Absatz 1 ausgesetzten Verfahren. Unbeschadet des Absatzes 3 wirkt der Musterentscheid für und gegen alle Beteiligten des Musterverfahrens unabhängig davon, ob der Beteiligte alle im Musterverfahren festgestellten Tatsachen selbst ausdrücklich geltend gemacht hat. Dies gilt auch dann, wenn der Musterkläger oder der Beigeladene seine Klage im Ausgangsverfahren nach Ablauf der in § 24 Absatz 2 genannten Frist zurückgenommen hat.

(2) Der Beschluss ist der Rechtskraft insoweit fähig, als über die Feststellungsziele des Musterverfahrens entschieden ist.

(3) Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens werden die Beigeladenen in ihrem jeweiligen Rechtsstreit mit der Behauptung, dass der Musterkläger das Musterverfahren mangelhaft geführt habe, gegenüber den Musterbeklagten nur insoweit gehört,

1 als sie durch die Lage des Musterverfahrens zur Zeit der Aussetzung des von ihnen geführten Rechtsstreits oder durch Erklärungen und Handlungen des Musterklägers verhindert worden sind, Angriffs- oder

²⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.128.



Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder
2 als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihnen unbekannt waren, vom Musterkläger absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

(4) Mit der Einreichung des rechtskräftigen Musterentscheids durch einen Beteiligten des Musterverfahrens wird das Ausgangsverfahren wieder aufgenommen.

(5) Der Musterentscheid wirkt auch für und gegen die Beteiligten, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht beigetreten sind.

Constatação importante, do dispositivo alemão é que a coisa julgada serve para todos os processos que estão na mesma situação, independentemente da efetiva participação no procedimento modelo ou não. “A extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada, pro et contra, em relação a todos os sujeitos processuais do procedimento modelo, ou seja, autor, réu e intervenientes.”²⁸

O efeito da coisa julgada no *Musterverfahren* só não será transportado para os outros processos se for comprovado que o procedimento padrão foi realizado de forma viciada, ou seja, um conluio de quem liderou o procedimento-modelo com a outra parte com o objetivo de prejudicar as pessoas que estão nessa situação. Outra situação em que o resultado do procedimento padrão não pode ser aplicado é se houver qualquer tipo de restrição à possibilidade de uma das partes influírem no resultado do procedimento.

Assim, a normalidade é a utilização do resultado para todos, pois o procedimento não suprime direito individual e é dotado de legitimidade. Pensar o procedimento de outra forma, é advogar por um super direito individual que é tutelado de forma absoluta sem levar em conta a necessidade de uma prestação jurisdicional em um prazo razoável que busca evitar as incongruências jurídicas de decisões contraditórias por parte do judiciário, diante de situações de direito semelhante.

3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.130-131.



O incidente de resolução de demandas repetitivas, segundo as palavras de Dierle Nunes, é um “estranho que precisa ser compreendido”²⁹. Assim, é urgente compararmos o seu funcionamento com o *Musterverfahren*, pois este último foi a inspiração do nosso novo incidente de resolução de demandas repetitivas, e não é crível pensar em sua utilização fora dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

O incidente apresenta-se à comunidade jurídica brasileira em capítulo próprio no novo Código de Processo Civil, dentro do título dos processos nos tribunais, no livro dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. O seu desiderato nas palavras de Nunes é:

Como o próprio nome informa se trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.³⁰

Assim, uma questão comum de direito que acarreta muitos processos, permite, de acordo com a nova legislação, suscitar o incidente por manifestação das partes ou de ofício pelo magistrado. A admissibilidade do incidente será de responsabilidade do tribunal de segundo grau, como também a decisão do mérito do incidente, uma vez admitido. “Todos os processos na área do tribunal que dependam da resolução da questão de direito”³¹ ficarão suspensos até a resolução do incidente pelo tribunal, para que os órgãos vinculados a ele apliquem a tese jurídica realizada no procedimento padrão brasileiro. Uma vez não observada a decisão paradigmática, caberá reclamação pelo descumprimento.

Assim, com o intuito de viabilizar a comparação entre o *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil vamos

²⁹ NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. 2015. Disponível em <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>> Acesso em 15 nov. 2015.

³⁰ NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. 2015. Disponível em <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>> Acesso em 15 nov. 2015.

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 299.



analisar o incidente em três etapas: Admissibilidade; processamento e julgamento das demandas individuais após a formação da decisão paradigma.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe o risco de ofensa a isonomia e à segurança jurídica, diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Estar-se-á diante de questão de direito, que poderá ser material ou processual. A identidade apenas fática não autoriza, ao contrário do que ocorre no regime alemão, a instauração do incidente brasileiro.³²

O objetivo do incidente é evitar o julgamento singular de muitas demandas que dependam ou versem sobre a mesma questão de direito. Logo, a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, nas hipóteses em que existam um alto número de processos tramitando, é uma necessidade.

O órgão do tribunal responsável pela uniformização de jurisprudência será responsável por verificar a admissibilidade, a não ser que a matéria de direito objetivo do incidente verse sobre inconstitucionalidade, pois neste caso, deve prevalecer a determinação constitucional do artigo 97 da Constituição Federal que impõe que a análise nessa hipótese seja realizada exclusivamente pelo voto plenário do tribunal.

Importante é perceber o momento no qual as demandas individuais serão suspensas. E nesse sentido é precisa a explicação do Mendes:

O relator, após admissão do incidente pelo órgão colegiado, suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que estejam em tramitação no estado ou na região, conforme o caso. Poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestará em quinze dias. Esta requisição deve ser excepcional, aplicável apenas quando, de fato, houver a falta de algum dado relevante para o prosseguimento do incidente, pois a norma já exige que o incidente venha devidamente instruído. Em seguida, será intimado o Ministério Público, para se manifestar no prazo de quinze dias, e, por fim, será marcado o julgamento do incidente.³³

Não há que se duvidar que a principal consequência da admissibilidade do incidente é a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus, que estejam submetidos na área de jurisdição do tribunal. Os fatos que determinam o aceite do tribunal para o incidente, ou seja, sua admissibilidade, são: existência de controvérsia que esteja ensejando a multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito

³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 299.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.300.



e capaz de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, bem como a conveniência de se adotar decisão paradigmática.³⁴

Por outro lado, o principal efeito da inadmissibilidade do incidente de demanda repetitiva, ou seja, de sua rejeição pelo órgão do tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência ou do plenário do tribunal na hipótese do artigo 97 da Constituição Federal é o de determinar o curso normal dos processos suspensos.

A segunda etapa do procedimento-modelo brasileiro é mais simples que o previsto no direito germânico, pois após a admissibilidade e suspensão dos processos individuais e coletivos, ocorre um contraditório concentrado, pois todos os envolvidos processuais possuirão um prazo de quinze dias. Neste prazo, as partes poderão requerer a juntada de documentos e pedir a realização de diligências necessárias para a elucidação da controvérsia. Por fim, após este prazo, o Ministério Público também possuirá um prazo de quinze dias para se manifestar.

O incidente de resolução de demandas repetitivas se propõe a fixar teses jurídicas e não analisar questões de fato. Nesse sentido, em nome da celeridade e pela desnecessidade de aguardar a manifestação de uma parte para a outra se manifestar, os prazos podem ser concentrados. Se houver algum contra-argumento baseado na argumentação da outra parte, este poderá ser respondido de forma oral durante a própria audiência.

Durante o julgamento, logo após a formulação do relatório uma nova manifestação das razões será oportunizada a todos os envolvidos no processo, inclusive o Ministério Público. A previsão legal deste mecanismo processual é assim descrita:

no julgamento, após o relatório, será dada a palavra, sucessivamente, pelo prazo de trinta minutos, ao autor e ao réu, do processo originário, bem como ao Ministério Público, para sustentar as suas razões. Considerando o número de inscitos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para a sustentação oral. Em seguida, os demais interessados poderão manifestar-se no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Havendo muitos interessados, o prazo poderá ser ampliado, a

³⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 302.



critério do órgão julgador. Por fim, o tribunal decidirá sobre o mérito do incidente³⁵.

Por fim, temos que nos debruçar sobre a aplicação da tese jurídica aos processos individuais, o que caracteriza a nossa terceira etapa de análise do incidente de resolução de demanda repetitiva. O paradigma formado será aplicado tanto aos processos individuais ou coletivos que ficaram suspensos desde a decisão de admissibilidade, bem como para os novos processos que versarem sobre a mesma questão de direito, dentro do âmbito de jurisdição do tribunal que fixou o entendimento sobre a questão de direito.

Importante destacar a ressalva empreendida por Mendes, de que “não haverá naturalmente, limitação, se houver recurso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o caráter nacional destes tribunais.”³⁶ Fora essa questão existe uma diferença crucial em relação ao *Musterverfahren*, pois no processo modelo alemão o processo é julgado em sua plenitude ao passo que no caso brasileiro, apenas o incidente é analisado.

O cerne do instituto seria violado se a decisão realizada no incidente de resolução de demandas repetitivas vinculasse apenas as partes que efetivamente participaram do incidente. Logo, a os efeitos da coisa julgada serão transportados independentemente do resultado, se favorável ou contrário, e não depende da efetiva participação dos integrantes das lides que tiveram o seu curso suspensos e nem mesmo de futuros demandantes que irão tratar da mesma questão de direito.

4 A LEGITIMIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SOB UMA PERSPECTIVA HABERMASIANA

Não constitui lugar-comum afirmar que a legitimidade está no cerne de problemas e indagações sérios tanto na ciência política quanto na sociologia, bem como na filosofia jurídica e na teoria do direito. A palavra em si desafia aspectos semânticos e,

³⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.303.

³⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.304.



do mesmo modo, é substancial considerar as formas como é tratada na história das ideias. Especificamente, Habermas inicia as “*tanner lectures*”³⁷ de 1986 apresentando o seguinte questionamento: “*Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*” (Como é possível a legitimação por meio da legalidade?).

Esta mesma inquietação deve ser transferida para a análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois o instituto só servirá ao desiderato constitucional de melhorar a prestação jurisdicional se não violar garantias constitucionais, ou em outras palavras, se for legítimo. Da mesma forma que a lei possui sua dose de impositividade, o incidente também possui sua força cogente, pois terá aplicação para os processos que versam sobre a mesma questão de Direito.

Desta forma, a exigência do princípio “D” da teoria discursiva habermasiana também se impõe ao instituto em análise. Logo, todos os destinatários das normas ou decisões jurídicas tem que possuir pelo menos a chance de participar e influir tanto na norma do direito positivo, quanto na elaboração do paradigma viabilizado pelo novo instituto. Ferreira elucida a definição do princípio “D”, necessário para a concretização da legitimidade no direito da seguinte forma:

A teoria do discurso impõe que a aceitação racional de uma prescrição seja proveniente de um procedimento que encontra seu fundamento discursivamente. Em virtude dessa necessidade, Habermas definirá o princípio “D” (princípio do discurso) da seguinte forma: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.³⁸ Como consequência inerente à adoção desse princípio, podemos pontuar que “desse procedimento democrático discursivo podemos retirar um primeiro e abrangente postulado, a saber, o de que as deliberações se realizam de forma argumentativa”.³⁹

³⁷ Nas *Tanner Lectures*, Habermas enfrentou a questão da diferença entre direito e moral utilizando como estratégia teórica as condições sociais de legitimidade do direito. Alguns dos problemas de legitimação do capitalismo maduro foram resgatados e incrementados com os aportes da teoria da ação comunicativa e da teoria dos discursos racionais. O direito para Habermas só possui força de realização social na medida da sua legitimidade. E a sua legitimidade pressupõe a sua consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e, assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. A teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007, p. 114 -115).

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I., p. 142.

³⁹ VITALE, Denise, Rúriom Soares Mello. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 229.



O Direito moderno não pode ser fundado apenas na força, que na teoria habermasiana é sinônimo de facticidade. Ela representa o ponto distintivo do sistema jurídico, uma vez que, em virtude do descumprimento de um preceito jurídico, é possível valer-se de uma sanção. No entanto, apenas a coerção ou ameaça de sanção não possuem condição de manter uma coesão social e de justificar a possibilidade do manejo da coerção. Dessa feita, o direito carece de um segundo elemento, aqui intitulado de validade, que, nesse contexto, nada mais é do que a legitimidade da norma, a qual somente poderá ser obtida, de acordo com o que foi exposto, por meio de um procedimento discursivo inclusivo que permita a livre-discussão de ideias e a adoção do melhor argumento racional. Assim, os destinatários das normas, por serem seus autores, poderão assentir em relação a elas, deixando de respeitá-las apenas pelo medo da sanção.

No IRDR é possível encontrar esse binômio, facticidade e validade, e um procedimento discursivo que se caracteriza, em outras palavras pelo princípio “D”. Assim, a impositividade do incidente de resolução de demandas repetitivas está presente na possibilidade de reclamação para o tribunal que formou o precedente caso este não tenha sido observado pelos órgãos jurisdicionais submetidos à sua jurisdição.

A validade, necessária para unguir de legitimidade o incidente de resolução de demandas repetitivas apresentado pelo novo Código de Processo Civil é fruto da possibilidade de todos aqueles que tenham o processo suspenso, ou tenham interesse na formação do paradigma, de participarem da produção do precedente. Assim, todos os destinatários da decisão judicial também serão os seus autores, desta feita, o princípio “D”, na forma de um procedimento discurso inclusivo, será garantido, o que legitima o uso da força e a facticidade na forma da reclamação para o tribunal, sempre que a formação legítima do precedente não for respeitada.

5 CONCLUSÃO

A sociedade, e não apenas os operadores do direito, aposta quase todas as suas fichas em alterações legislativas para enfrentar problemas que muitas vezes transbordam o objeto do Direito positivo. A multiplicação das demandas é um dos problemas que



assola e desafia os juristas e preocupa a sociedade que sofre diretamente com um direito inoperante e muitas vezes marcado pela falta de isonomia e de coerência.

Assim, com o intuito de compreender o problema global da pulverização de processos, tanto na tradição da Common Law quanto na da Civil Law, estudamos a *group litigation* (do direito Inglês) e o *Musterverfahren* (do direito alemão). Estes dois institutos não representam uma antítese ou mesmo uma negação das ações coletivas, ao contrário, representam uma forma coletiva de tratar demandas individuais. O destaque maior foi conferido ao procedimento modelo alemão, pois este influenciou de forma direta o nosso instituto de resolução de demandas repetitivas, sendo que esta afirmação pode ser extraída da leitura da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Por isso, a comparação entre o procedimento modelo alemão e o procedimento modelo brasileiro é obrigatória para a exata compreensão de nosso instituto.

A segunda parte desta pesquisa preocupou-se em esclarecer para a comunidade jurídica aspectos centrais do incidente de resolução de demandas repetitivas. Desta feita, empreendeu-se uma leitura global dos artigos 976 a 993 do novo Código de Processo Civil. As informações apresentadas foram divididas em três etapas: Admissibilidade; processamento e o julgamento das demandas individuais após a formação da decisão paradigma.

A terceira parte busca demonstrar o marco Teórico sob o qual todas as constatações anteriores forem edificadas. A teoria crítica, notadamente a desenvolvida por Jürgen Habermas em suas obras *Teoria da ação comunicativa* e *Direito e Democracia* nos permitiu analisar se o instituto proposto para contribuir para o problema da resolução de processos em massa é dotado de legitimidade. Assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, verificou-se ou não a presença do binômio fundamental na teoria habermasiana, ou seja, se estão presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas a facticidade e a validade.

Enfim, espera-se que esse esboço teórico sirva de fundamento, mas, principalmente, de ponto de partida para a compreensão do novo instituto que será adotado pelo direito pátrio, e que este possa contribuir para mediar conflitos sociais, permitindo uma efetiva participação dos indivíduos na gênese desses direitos ou mesmo



precedentes, na medida em que elas possam ocupar os seus espaços de discussão e solução de suas próprias demandas.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. vol. 147. p. 123. São Paulo: Ed. RT, mai. 2007.

CONSULTOR JURÍDICO. Anuário da Justiça São Paulo, 2014. Conjur Editorial, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. II

_____. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988a.

_____. *Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988b.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos do direito comparado e nacional / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; prefácio José Carlos Barbosa Moreira. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. A teoria discursiva do direito no pensamento de Jurgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007.

VITALE, Denise, Rúrion Soares Mello. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia um guia para a leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.



HOLLIDAY, Gustavo César de Mello; HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. A gestão de demandas repetitivas e as técnicas uniformizadoras: uma promessa de racionalização dos julgamentos. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjiq9/s7vf5FZYwx4eqD8l.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2015.

NUNES, Dierle. O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. 2015. Disponível em <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>> Acesso em 15 nov. 2015.