

A INCOMPATIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COM O SISTEMA JURÍDICO POSITIVO BRASILEIRO

Manoel de Castro Carneiro Neto¹

Resumo

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está posto no Projeto do Novo Código de Processo Civil, sendo certo que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro vem causando imensos debates no âmbito legal, doutrinário e jurisprudencial, tendo em vista a sua amplitude. Em meio a esta problemática, o presente estudo objetiva analisar e discutir este instituto, verificando sua possibilidade de aplicação. Apresenta-se, ainda, durante a desenvoltura do mesmo, conceitos importantes e facilitadores do tema. Esta pesquisa visa, dentre outros pontos, aprofundar os conhecimentos acerca deste novo instituto do direito processual brasileiro, bem como a ausência de consonância com a Constituição Federal em vigor, demonstrando a sua inconstitucionalidade frente aos princípios insculpidos no Texto Supremo, com vista à melhor compreensão acerca do tema, oferecendo, por fim, as ferramentas necessárias para identificar o propósito do mesmo. Em decorrência de sua atualidade temos a importância da presente pesquisa.

Palavras-chave: demanda; repetitiva; inconstitucionalidade.

Introdução

Ao longo da história, concepções vão mudando em consonância com o seu contexto fático. O direito, como ciência dinâmica que é, deve acompanhar essas mudanças para atender aos reais anseios da sociedade, sob pena de ficar obsoleto.

O Novo Projeto do Código de Processo Civil está pautado na celeridade e na uniformização da jurisprudência, com o intuito de dar uma prestação jurisdicional rápida e evitar decisões conflitantes.

Admirá, daí, uma das maiores inovações do Novo CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, constante nos arts. 895 a 906 do Novo Projeto do Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010), o qual será objeto do presente estudo.

Pelo referido incidente se tem a possibilidade de julgamento de um “processo-piloto”, dentre muitos que tratem acerca da mesma questão de direito, enquanto os demais ficarão suspensos, aguardando a decisão do incidente. Com a pacificação da questão no Tribunal do Estado ou nos Tribunais Superiores (STF ou STJ) a decisão terá efeito vinculante no âmbito de competência dos mesmos.

¹ Discente do Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino - UMSA e Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

O objetivo geral deste trabalho é definir a incompatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista seu confronto direto com princípios constitucionais basilares e imutáveis do estado democrático de direito deste país.

Pontos importantes farão parte da fundamentação da presente tese e serão, concomitantemente, objetivos específicos, tais como a demonstração da existência de direitos fundamentais processuais, os quais são considerados “cláusulas pétreas”, devendo, portanto, ser respeitados por toda e qualquer norma posterior, constitucional ou não.

Além disso pretendemos aprofundar os conhecimentos acerca deste novo instituto do direito processual brasileiro, apontando os aspectos polêmicos tratados no referido incidente, analisando a tutela coletiva numa tríplice perspectiva: Direito Substancial, Direito Processual e Direito Comparado.

Metodologia (Materiais e Métodos)

O tema se encontra inserido tanto no campo do Direito Constitucional e Direito Processual Civil, onde se discutirá a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto denominado de "incidente de resolução de demandas repetitivas".

Para tanto verificaremos, dentro da incursão ao direito brasileiro, alguns princípios basilares do estado democrático de direito, tais como o princípio da separação dos poderes, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, bem como analisaremos a composição rígida de nossa constituição, de forma a evitar a modificação de determinadas normas constitucionais denominadas de “cláusulas pétreas”.

Ademais, o presente trabalho terá como método utilizado, na fase de investigação e na elaboração, o indutivo. A pesquisa adotada será a consulta ao direito comparado, à doutrina, à jurisprudência, à legislação pátria, à publicações periódicas e a utilização de textos extraídos da internet.

A análise dos resultados apresentados pela pesquisa possibilitará uma avaliação mais criteriosa acerca do tema apresentado, trazendo um estudo mais abalizado conforme as doutrinas predominantes, amparado também pela legislação vigente e pelo direito comparado, permitindo verificar a constitucionalidade do instituto estudado.

Inicialmente será feita uma abordagem da tutela coletiva no direito comparado, no intuito de proporcionar uma comparação dos modelos adotados no direito alienígena e suas experiências e resultados com a realidade brasileira.

Posteriormente destinaremos atenção especial ao instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Neste momento, será possível identificar seus requisitos, legitimados, procedimento e julgamento; também será abordada peculiaridades que permeiam referido instituto jurídico.

A posteriori apresentaremos os pontos controvertidos e polêmicos do instituto jurídico, bem como

as posições doutrinárias a respeito da sua implementação no contexto jurídico.

Como bem afirma Montesquieu (1999), as leis “devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido.”, não podendo, portanto, ter dissonância entre a mesma e a nossa constituição.

Desta forma, o tema trazido à baila é o da constitucionalidade do referido instituto na ordem jurídica brasileira vigente, pelo que demonstraremos a sua total incompatibilidade, não apenas com o ordenamento jurídico brasileiro, mas também com todo e qualquer ordenamento que tenha como base, institutos de estado democrático de direito.

O ineditismo do tema possui apenas o condão de fomentar o estudo sobre o mesmo, trazendo à baila uma citação de Descartes (1996), que afirma:

E creio poder afirmar, sem presunção, que, se existe alguém que seja capaz disso, hei de ser eu mais do que outro qualquer: não que não possa haver no mundo muitos espíritos melhores que o meu, mas porque não se pode compreender tão bem uma coisa, e torná-la nossa, quando a aprendemos de outrem, como quando nós mesmos a criamos.

Logo, tentaremos, com base nos sistemas de análise acima descritos e com fundamento nos apanhados doutrinários e jurisprudenciais vigentes, bem como demonstrando de forma inédita a incompatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o ordenamento jurídico brasileiro.

Resultados e Discussão

As ações representativas teriam na eficiência uma das maiores vantagens, segundo Neil Andrews citado por Luiz Felipe Otharan (2010), tendo em vista que o procedimento representativo resolve a questão para todos sem a necessidade de identificação ou notificação inicial.

Promovem, ainda, um melhor acesso à justiça, já que não necessitam de uma postura ativa de todos os sujeitos lesados. Some-se o fato da ação coletiva ser uma forma de corrigir a desigualdade processual entre pequenos demandantes e grandes réus. As ações coletivas alcançam toda uma classe de pessoas interligadas. Temos, também, o aumento da efetividade na reivindicação dos direitos civis.

Por outro lado, as ações coletivas enfrentam alguns problemas práticos, a saber: legitimidade, coisa julgada e honorários advocatícios.

No ajuizamento de uma ação coletiva se tem uma ficção jurídica, onde ocorre a legitimação de um ente que represente o interesse coletivo. Assim, temos que um ente atua em nome próprio para defender direitos alheios, decorrendo daí alguns problemas, como apontado por Antonio do Passo Cabral (2010):

“Não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais. A condução do processo por um ente estranho à coletividade pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual de talvez milhares de pessoas com opiniões divergentes, que poderiam inclusive ter adotado estratégia processual diversa se tivessem ajuizado demandas individuais. Em suma, é uma disciplina discrepante do princípio dispositivo, o devido processo legal e o pluralismo que deve nortear o contraditório moderno, compreendido como a ampla capacidade de influir, condicionar a decisão estatal expressa na sentença. A recente percepção destes problemas vem levando a doutrina moderna a pregar a necessidade de equilibrar harmonicamente os interesses dos ausentes com as exigências da tutela coletiva.”

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo que se pode dispensar autorização dos substituídos para que os sindicatos promovam demandas. Assim, o seguinte julgado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido².

No que tange aos efeitos da coisa julgada, a doutrina critica o ponto de se recorrer à ideia dos efeitos *secundum eventum litis*, pois, assim, as ações trariam somente efetividade às lides julgadas procedentes³. Já no modelo da coisa julgada *erga omnes* se tem o problema da possibilidade de violação aos interesses legítimos das partes e do devido processo legal.

Por sua vez, a questão dos honorários advocatícios também surge como um contraponto às ações coletivas, em especial na que julga interesses individuais homogêneos, onde a sentença deverá ser genérica, acarretando um demasiado grau de incerteza. Assim, as condenações em honorários advocatícios nas ações coletivas não devem ser fixados em percentual, caso sejam desta forma arbitrados, haverá confusão no momento de execução, uma vez que o advogado que executa uma ação coletiva pode não ser o mesmo que atuou na demanda declaratória.

Portanto, em alguns casos as ações representativas não se mostram adequadas para enfrentar

²RE 193503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007.

³Aluísio Gonçalves de Castro Mendes assim, expõe: “Cappelletti critica a posição de se recorrer à ideia dos efeitos *secundum eventum litis*, ou seja, de que a decisão, se for favorável ao grupo, produzirá efeitos junto a todos, mas, do contrário, sendo contrária à parte coletiva, não ficará vedada a possibilidade de ajuizamento de novas ações.” MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, p. 105

problemas dos conflitos de massa. Contudo, não se deve desmerecer a sua importância.

Exsurge o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como uma alternativa às ações coletivas em face das demandas de massa.

O doutrinador Marinoni⁴, em entrevista ao Jornal Gazeta do Povo, assim se posicionou ao ser indagado acerca dos principais acertos do anteprojeto do CPC:

Entendo que o incidente pertinente às demandas repetitivas, se bem compreendido, pode trazer bons resultados. Este incidente, bem vistas as coisas, nada mais é do que um procedimento que objetiva fazer surgir um “precedente”, que se tornaria obrigatório para os casos repetitivos – ou, em outra dicção, vinculante para os casos similares. De modo que, como é óbvio, retorna-se ao problema relacionado à criação e à utilização dos precedentes.

Assim, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem como uma das maiores inovações no bojo do Projeto do Novo Código de Processo Civil, em consonância com a ideia de celeridade e uniformização da jurisprudência.

Um dos pontos que poderá gerar maior controvérsia e discussão na seara jurídica será o da vinculação do teor do acórdão aos juízes de primeiro grau e ao órgão do tribunal.

Com efeito, de acordo com os arts. 898, § 2º, 903 e 906 caput, tem-se a vinculação da “tese” aos juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de competência do tribunal prolator do acórdão no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como a “tese” será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito. Ainda será cabível reclamação ao tribunal em caso de desobediência da “tese”.

Pela redação dos dispositivos constantes nos arts. 896 a 905 do PL nº 166/10 não fica claro a questão da vinculatividade dos processos propostos posteriormente ao incidente, bem como os já julgados e os em fase recursal.

Temos pois que a decisão prolatada no bojo do incidente terá, por força própria, vinculação no âmbito de sua competência, ou seja, no próprio Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal local. Ter-se-á, portanto, com o incidente um mecanismo para produção de súmulas vinculantes perante tribunais locais.

Devemos salientar aqui que mencionado mecanismo poderá causar a ilegitimidade "ad causam", acolhida porque lhes falta a "identidade da pessoa do réu com a pessoa obrigada". Saliente-se que a legitimidade passiva para o processo é uma das condições da ação, sendo que, nas palavras de Liebman (1950) “faltando uma destas condições, se tem aquilo que, com exata expressão tradicional, se qualifica carência da ação, e o juiz deve refutar de prover sobre o mérito da

⁴ VIDA e cidadania. Jornal Gazeta do Povo Online. São Paulo, 01 de out. 2010. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br>. Acesso em 03/10/2010.

demanda.”

A decisão terá, ainda, vinculação em todo o território nacional caso a decisão do incidente tenha seus efeitos declarados pelo STJ ou STF, que possuem competência para tanto.

Por todo o exposto, verificamos a possibilidade de introdução de súmulas vinculantes locais por meio de uma lei infraconstitucional, o que contraria a ordem jurídica vigente, reporte-se, ainda, que atualmente até uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, não obriga o Tribunal a adotar a tese vencedora, ficando ao seu alvedrio a adoção do entendimento (art. 545 – C, § 8º do CPC). Portanto, tal previsão para melhor se coadunar com o direito brasileiro deveria ser colocada por meio de alteração constitucional, a exemplo do que ocorreu com a súmula vinculante do art. 103-A da CF/88.

No entanto devemos atentar ainda, para a maculação de princípios constitucionais e processuais assegurados pela Constituição Federal, podendo também por esses motivos se questionar a constitucionalidade do referido incidente. Já que não se observou a questão da representatividade adequada e tendo como via de consequência a maculação de garantias constitucionais como a do devido processo legal e acesso a justiça.

No entanto, devemos ficar atentos para o que ensina Norberto Bobbio (1992), ao afirmar que:

Não se trata de saber quais e quantos são estes direitos, qual é a natureza e seus fundamentos, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mais sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Por fim, temos ainda a questão da supressão de instâncias e maculação dos princípios do juiz natural, bem como do livre convencimento do juiz, dado que o mesmo estaria submetido a decisão prolatada no incidente, bem como impedido de exercer jurisdição em casos de sua competência. Vemos a necessidade de se alcançar a justiça em sua forma pura, a qual, nas palavras de Hans Kelsen (1997), “é como a felicidade social”.

Ademais devemos ressaltar que assim como entendia Carl Schmitt (2008), a guarda da constituição também tem o seu escopo político e não apenas jurídico, pelo que teremos a importância em se ter uma consonância de todos os poderes da república envolvidos na defesa dos institutos violados.

Considerações Finais

Por todo exposto, verificamos que, em que pese a intenção do legislador em trazer ao nosso ordenamento jurídico um instituto consagrado mundialmente, e reconhecidamente útil no combate à demora processual, o incidente de resolução de demandas repetitivas não é compatível com nossa Constituição Federal.

A inserção deste novel jurídico em nosso ordenamento findará por criar imbróglis jurisprudenciais que, ao contrário do interesse do legislador, findará por dificultar a solução das demandas, frente aos incidentes processuais que serão movimentados.

Por esses motivos explanados entende-se pela inconstitucionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual violará princípios estampados na Constituição Federal e arraigados da característica da imutabilidade por se tratarem de cláusulas pétreas.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, acima de tudo, minha esposa, meu filho, demais familiares, amigos e colegas pela compreensão nas ausências ocasionadas pela dedicação aos estudos.

Agradeço ainda à Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA, a qual, através da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação - PRPPG, vem fomentando o projeto de pesquisa que originou o presente trabalho, através do Programa de Apoio à Qualificação Docente - PAQD.

Referências

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. Campus, 1992, p. 25

CABRAL, A. P. O Novo Procedimento-modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma Alternativa às Ações de Coletivas. In: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 29-30.

CHIOVENDA, G., *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, ed. Saraiva, 1997, p. 66.

DESCARTES, R. Discurso do método. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 118

KELSEN, H. *O que é justiça?*. São Paulo. Martins Fontes, 1997

LIEBMAN, E. T. *L'azione nella teoria del processo civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950, p.65/66.

SCHMITT, C. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte. Del Rey, 2008

MONTESQUIEU, C. O Espírito das Leis. São Paulo. Ridell, 1999, p. 07.

OTHARAN, L. F. Incidente de Resolução de Demandas de Repetitivas como uma Alternativa às Ações Coletivas: Notas de Direito Comparado. Disponível em <http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=58>. Acesso em 20/09/2010.

ROSSONI, I. B. *O "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas" e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* Disponível em <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em 20/09/2010.