

A AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO MUSTERVERFAHREN BRASILEIRO

Lucca Torquato Pinheiro¹

RESUMO

Desde a apresentação do novo Código de Processo Civil, o instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vem tendo a sua previsão questionada pela alegação da falta de um contraditório real e participativo - que corresponde à concepção moderna desta garantia constitucional. Nesse sentir, o presente artigo, ao trazer ao debate esse viés da análise do instituto, apresentará a forma pela qual o mecanismo é aplicado na Alemanha com o *Musterverfahren*, que é o instituto de inspiração para as disposições do novo CPC, e as diferenças entre as duas previsões. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa teórica de cunho exploratório e documental, realizada a partir do método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica. Quanto à verificação da extensão da influência do *Musterverfahren* relativo à amplitude do contraditório no Incidente, partiu-se do pressuposto de que

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

E-mail: lucacatpinheiro@gmail.com

uma real inspiração no instituto alemão faria com que tal princípio fosse encontrado em sua plenitude; no entanto, a influência do direito alemão não resultou na sua manifestação na vertente participativa.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Musterverfahren. Código de Processo Civil.

“A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”
(Aristóteles)

1. INTRODUÇÃO

O processo, como instrumento posto à disposição da jurisdição para a obtenção de seu objetivo, que é dar a cada um aquilo a que lhe é de direito, tem sua duração, que não pode ser deixada de lado sob pena de se macular os princípios constitucionais, verdadeiras cláusulas pétreas. Assim, a Constituição brasileira de 1988 prevê, a exemplo de outras, o direito de acesso à justiça. É notório que esse acesso deverá ser efetivo, pois justiça tardia não pode ser considerada justiça. No entanto, justiça célere, a qualquer custo, também não é justiça.

O direito processual moderno urge por novas técnicas para a resolução dos objetos litigiosos. Isso decorre da natureza dos conflitos, que se apresentam diferentes daqueles que eram levados ao Judiciário na origem das primeiras codificações processuais no correr do século XIX, quando imperava o Estado Liberal. Verifica-se, desde meados do século XX, a crescente formação de conflitos no ocidente relativos a uma pluralidade de indivíduos - em momentos indeterminados - retratando a sociedade moderna que, predominantemente, realiza negócios jurídicos

de massa. Dessa forma, o processo passou a ser majoritariamente coletivo e, conseqüentemente, surge a necessidade de mudanças das regras processuais em consonância com essas novas questões, para que ele possa cumprir a sua finalidade no ordenamento jurídico (pacificação das relações sociais).

As alterações processuais relativas às demandas de tal natureza advêm da constatação da impropriedade das disposições processuais de cunho patrimonial e individual presentes nas legislações, sob o fundamento do efeito coletivo que essas causas possuem. O problema da resolução através dessas regras se assevera pelo fato de essas lides se encontrarem dispersas, na grande maioria das vezes, para a apreciação do Poder Judiciário, e a primordialidade de adaptação para atender essas demandas é crucial para a própria existência de um Estado Democrático de Direito. Assim, considerando esses novos conflitos e as necessidades decorrentes deles, veio à lume na Europa um novo instrumento processual para solucionar as causas repetitivas: o mecanismo de resolução coletiva incidental de conflitos. Ele é paradigma de estudos tanto na União Europeia, como nos países integrantes do bloco, Estados Unidos e no Brasil. A importância para os ordenamentos surge por causa da sua dupla finalidade: solucionar as demandas individuais de maneira coletiva (resolvendo os problemas decorrentes da cognição judicial pulverizada) e ser uma alternativa para a solução das demandas coletivas (atuando em paralelo ao microsistema da tutela coletiva).

No Brasil, essa técnica de julgamento se encontra em expansão, pois já tem aplicação sedimentada em sede recursal através dos recursos repetitivos - fruto das mudanças promovidas pela Emenda Constitucional 45, bem como de outras previsões de sua aplicação na legislação, e, em setembro de 2009, o então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instaurou uma Comissão de Juristas para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, com o objetivo de alcançar verdadeiros instrumentos processuais contemporâneos aptos a

contribuir para a obtenção de novas soluções para o problema da crise civilizatória.

Após o devido trâmite legislativo, o atual Código de Processo Civil entrou em vigor em março de 2016 e, com ele, trouxe importantes novidades para o sistema jurídico brasileiro. Uma das mais relevantes e comentadas inovações trazidas pelo referido Projeto foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado no atual código nos artigos 976 ao 987, por meio do qual se identificam os processos tramitando em primeira instância que contenham a mesma questão de direito para que sejam reunidos e julgados conjuntamente por uma só Corte. Na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, a Comissão deixa explícito que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas teve como fonte inspiradora o instituto oriundo do direito alemão denominado de *Musterverfahren*².

Entretanto, o seu uso é objeto de críticas em razão da alegação de que o contraditório não estaria preservado no entendimento moderno que há em torno do postulado. Logo, ele estaria afastado da concepção de processo civil constitucional.

Considerando os fins propostos para a sua aplicação na forma prevista no Projeto apresentado e aprovado na Câmara dos Deputados, o presente artigo vem expor a controvérsia da preservação do contraditório diante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2 “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” (BRASIL, 2010)

2. MUSTERVERFAHREN

A *KapMuG* (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*) é a legislação que dispõe acerca do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) no direito germânico no âmbito civil; antes da edição desta lei, em maio de 2005, já havia a sua aplicabilidade no direito administrativo, quando, em 1991, houve a reforma no Código de Processo Administrativo - *Verwaltungsgerichtsordnung* (*VwGO*). Nessa mudança, foi incluído o *Musterverfahren* no § 93a, no entanto, com aplicação restrita às matérias de competência da Justiça Administrativa.

Inicialmente, cabe pontuar que a previsão em um diploma legal específico quanto ao tema deve-se às condições especiais para a inserção do instituto na Alemanha. Devido ao *leading case*, relativo à empresa *Deutsche Telekom*, no qual a empresa se viu obrigada a anunciar uma significativa baixa nos valores reais de seus portfólios em fevereiro de 2001, causando um colapso nos preços e um acentuado declínio no valor nominal de suas ações nos meses subsequentes. Por esse motivo, entre agosto de 2001 e março de 2003, mais de 16 mil ações foram ajuizadas, causando problemas na prestação da atividade jurisdicional no Tribunal de Frankfurt, tendo em vista a demora na prestação da atividade jurisdicional.

A Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) foi suscitada mediante o recebimento de uma Reclamação em que aduz a violação à previsão constitucional (art. 19, IV) da prestação de uma tutela efetiva. Em sua decisão, ela confirmou que o uso das técnicas processuais previstas no *ZPO* (*Zivilprozessordnung* - Código de Processo Civil) era ineficiente para a prestação da tutela jurisdicional e indicou a necessidade de um mecanismo de concentração de causas semelhante ao presente no âmbito administrativo; no entanto, o procedimento carecia de previsão legal da esfera cível.

Desse modo, após a atuação do poder legislativo, em 16 de agosto de 2005, com publicação em 19 de agosto de 2005 e entrada em vigor em 01 de novembro de 2005, passa a fazer parte do ordenamento

alemão a “*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*”, ou “Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais”, abreviada como *Kapitalanleger Musterverfahrensgesetz* (*KapMuG*), uma lei temporária, de vigência inicial de 5 anos, e modificada em 2010 e 2012, com eficácia no ordenamento jurídico alemão até 01 de novembro de 2020³, que versa sobre o procedimento modelo aplicado nos litígios em relação ao mercado de capitais.

É interessante observar, em documentos oficiais do Ministério da Justiça Alemão (*Bundesministerium der Justiz*), a clara preocupação em reforçar que a referida lei não tem como escopo a *class action* americana⁴. Em um dos arquivos, afirma-se que, com a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, o legislador alemão encontrou uma forma de lidar com procedimentos de massa relativos ao mercado de capitais sem importar modelos estrangeiros, criando uma alternativa processual fundamentada nos princípios basilares dos direitos procedimental germânico e europeu⁵.

Para que seja formado o incidente no direito alemão, exige-se uma provocação prévia das partes, as quais devem apontar a existência

3 BERT, Peter. Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope. Documento disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>> Acesso em 04/11/2019

4 No original: Bei der Ausgestaltung des Musterverfahrens nimmt der Gesetzentwurf dabei weder die US-amerikanische class action noch die representative action im englischen Zivilverfahrensrecht in Vorbild” Documento disponível em: http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/KapMuG/005%20DiskE.pdf Acesso em 01/11/2019

5 No original: “With the Capital Markets Model Case Act, the German legislator has provided a way to handle capital market mass proceedings without transferring existing models from foreign jurisdictions, such as the American class action, into German law. Instead, the Act seeks to offer an alternative system based on the fundamental principles of German and European procedural law in order to improve securities mass proceedings” Documento disponível em <http://www.clglaw.eu/cmsimages/Publications/German%20Capital%20Markets%20Case.pdf> Acesso em 01/11/2019

de diversas causas individuais que contenham questões de direito ou de fato, ou ambas simultaneamente, semelhantes em diversos processos. Além disso, é necessário que, desde o início, as partes apontem em seu pedido os meios de provas que pretendem produzir, bem como informações públicas sobre mercados capitais e as situações fáticas e jurídicas. Há, ainda, a necessidade da importância que o processo possui para a resolução das questões jurídicas semelhantes.

A *KapMuG* opera em três fases distintas. O processo modelo começa com abertura na fase em que o Tribunal Regional realiza a aplicação de pelo menos 10 pedidos em um período de 4 meses, ordens de início de um processo de intermediação e determina as questões de direito ou de fato para serem decididas lá. Na segunda fase, as reivindicações pendentes serão suspensas com a questão do modelo decidido pelo Tribunal de Apelação Regional competente, com a nomeação de um os mais reclamantes modelos pelos sujeitos dos processos suspensos. Finalmente, na terceira fase, o Tribunal julga, em decisão recorrível, as questões controvertidas e os juízos de primeiro grau aplicam apenas para os casos que se encontram suspensos. É importante notar que a *Musterverfahren* funciona exclusivamente como um processo intermediário para reivindicações semelhantes que já estão pendentes.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Já em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, trata-se de uma das maiores novidades trazidas no Novo Código de Processo Civil. É através dele que se busca paridade nos julgamentos de massa, nos casos em que evidenciam uma mesma questão de direito, a fim de garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica.

Como acima exposto, as demandas, em sua grande maioria, são pluri-individuais. No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, embora haja a existência do microsistema da tutela coletiva desde os

anos 80⁶, tendo como principais pilares quanto às regras processuais a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que atuam como normas complementares no sistema processual, e, ao seu lado, outras previsões legais de natureza material.

Verifica-se, ainda, uma preocupação com a insegurança jurídica causada pelas decisões contraditórias proferidas pelos tribunais brasileiros em casos semelhantes – uma infeliz realidade que pode ser constatada nas mais simples pesquisas jurisprudenciais. Tal preocupação está explícita na Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...) Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. (BRASIL, 2010)

A partir do que foi aprovado na Câmara dos Deputados, a incidência do instituto ocorre sobre demandas que, ao se encontrarem sendo processadas individualmente, possuam em comum a repetição no elemento de direito, bem como pela possibilidade de vir surgir a

6 A primeira legislação a respeito do tema foi a Lei n. 6.938/81

repetição de processos. Sendo suscitada a formação do incidente, há a constituição de um procedimento paralelo à causa principal.

O art. 976 do Código de Processo Civil trata das hipóteses de admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecendo que deve ser identificada (i) uma controvérsia com potencial para gerar multiplicação de processos que tenham como escopo a mesma questão de direito, e (ii) pelo risco de coexistência de decisões conflitantes, possa gerar grave insegurança jurídica. Percebe-se, nesse ponto, uma preocupação do legislador brasileiro com o absurdo número de processos que chegam ao Judiciário anualmente, com os quais o sistema, da forma como se encontra, não consegue lidar de forma eficaz.

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 976 indica o caráter preventivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, já que expõe a necessidade de se verificar a existência de uma controvérsia que possa, potencialmente, gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito, não sendo objeto do Incidente as questões fáticas. Nesse sentido, afirma Larissa Clare Pochmann da Silva: “Na verdade, direito e fato estão associados, e não se pode fazer uma diferença tão nítida como faz o dispositivo legal. Essa diferenciação só acontece porque, no Poder Judiciário, acaba se dissociando o direito de sua realidade social” (2011, p. 97).

Neste procedimento incidental, que suspenderá o andamento daquele, será escolhido um processo representativo da questão de direito repetida. É sobre ele que recairá a cognição judicial a fim de pacificar o tema controverso. Após a sua resolução, retomar-se-á ao julgamento individual, sendo observado o que foi decidido no procedimento-modelo em virtude de seu efeito vinculante.

O Incidente poderá ser postulado pelo Ministério Público (como parte ou Custos Legis), Defensoria Pública, parte, juiz ou relator de um processo, desde que se demonstre a efetiva repetição de processos e o risco à isonomia. Sendo o Incidente admitido pelo tribunal, há suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria nos

limites do órgão, e o julgamento ocorrerá com ampla divulgação pelo Conselho Nacional de Justiça. O tribunal decide a questão de direito (tese jurídica) e os processos voltam à primeira instância. Tal decisão possui efeito vinculante para os casos suspensos e futuros.

Como apontado inicialmente, deve ressaltar que o modelo de concentração de causas não é uma novidade no ordenamento pátrio. Ele já vem sendo aplicado na atual legislação processual como, por exemplo, em sede recursal. Portanto, verifica-se que, com a inserção do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ocorre a antecipação do que hoje acontece apenas em grau recursal. Tal modificação no momento da concentração das causas é promovida com o fundamento de potencializar o direito ao Acesso à Justiça. Ou seja, ele está à disposição da sociedade de modo pleno para que o Judiciário esteja presente e organizado na sociedade e, concomitantemente, preste a sua atividade de modo efetivo.

4. DIFERENÇAS ENTRE O BRASIL E A ALEMANHA NO CONTRADITÓRIO

Positivado no art.5º, inciso LV, da Constituição da República, o princípio constitucional do contraditório é um dos mais importantes princípios constitucionais derivados da garantia constitucional do devido processo legal, a qual se encontra prevista no inciso LIV do mesmo artigo. Conforme sua previsão legal, pode ser aplicado no âmbito jurisdicional e administrativo, além de haver a possibilidade de aplicação no âmbito negocial, considerando a previsão, por exemplo, do art.21, §2º, da Lei de Arbitragem (Lei 7.307/96), no qual está expressamente prevista a exigência pelo cumprimento do contraditório no processo arbitral, embora o texto constitucional, em sua literalidade, não preveja essa última hipótese.

Com relação ao processo civil, Daniel Neves (2016, p. 260) menciona que as partes devem ser devidamente informadas da totalidade dos atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reagir como

forma de garantir a sua participação na proteção de seus interesses em juízo.

Basicamente, a ideia de contraditório está relacionada ao binômio ciência-oportunidade. Ciência dos atos do processo, da acusação e da prova, mais a oportunidade de contra-atacar a versão da acusação e vice-versa. Dessa forma, é indispensável a existência de meios processuais adequados para que as partes sejam regularmente informadas dos atos processuais, possibilitando que se manifestem, positivamente ou negativamente, a respeito deles. Assim, é inadmissível qualquer previsão legal que exija manifestação de qualquer das partes processuais sem que haja previamente disposição no sentido de regulamentar meios para que os integrantes da lide tomem conhecimento da situação processual.

Em uma sociedade como a contemporânea, em que se exigem cada vez mais soluções urgentes para as demandas, além de celeridade, seja em decorrência do surgimento acelerado de novos direitos, ou mesmo pela conhecida morosidade inata ao trâmite processual, faz-se necessário atentar-se à garantia do contraditório, pois, com o fim de garantir a exigida celeridade, pode-se restringir direitos fundamentais duramente conquistados.

A priori, cabe ressaltar que, embora o procedimento-modelo alemão tenha servido de manifesta inspiração para o instituto no Brasil, ele guarda diferenças, em especial, no contraditório e quanto à sua matéria de incidência (no direito alemão, o escopo é restrito a causas relativas ao mercado de capitais e se refere tanto à matéria de fato como à de direito; no Incidente, não há restrição referente à matéria e limita-se à repetição da questão de direito).

4.1 Da representatividade

Acerca do contraditório, ele é observado em dois momentos do procedimento: na constituição do Incidente e no momento de escolha do procedimento modelo. No primeiro momento, o contraditório manifesta-se a partir da oportunidade de aqueles que possuem interesse

na questão a ser discutida ingressarem, durante o prazo dos seis meses, para o registro de pelo menos dez ações para a cisão do julgamento⁷. Já no segundo momento, o contraditório se revela novamente, considerando que, na escolha dos líderes para o julgamento do procedimento por meio de eleição, aqueles que possuam interesse no mérito podem intervir na participação da decisão, desde que a atuação não seja contrária à da parte principal⁸.

Já no processo civil pátrio, quanto à escolha da causa representativa no incidente, não se verifica no código qualquer mecanismo capaz de assegurar aos sujeitos que serão atingidos pela tese jurídica fixada que a causa-piloto selecionada é a mais representativa, apesar de recomendação doutrinária, mas não exigida pelo código, de uma análise minuciosa acerca da existência da homogeneidade no processo pendente no tribunal e nos demais repetitivos, e será essa homogeneidade que fundamentará a instauração do IRDR, entregando a possibilidade de controle à discricionariedade do órgão julgador, o que já ocorria nos recursos repetitivos, presentes no Superior Tribunal de Justiça.

Em contrapartida, no sistema proposto para o Brasil, apesar de ter como pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida só

7 No original: § 6 Vorlage an das Oberlandesgericht; Verordnungsermächtigung (1) Durch Vorlagebeschluss ist eine Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts über die Feststellungsziele gleichgerichteter Musterverfahrensanträge herbeizuführen, wenn innerhalb von sechs Monaten nach der ersten Bekanntmachung eines Musterverfahrensantrags mindestens neun weitere gleichgerichtete Musterverfahrensanträge bekannt gemacht wurden. Der Vorlagebeschluss ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend.

8 No original: § 14 Rechtsstellung der Beigeladenen Die Beigeladenen müssen das Musterverfahren in der Lage annehmen, in der es sich im Zeitpunkt der Aussetzung des von ihnen geführten Rechtsstreits befindet. Sie sind berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit ihre Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen des Musterklägers nicht in Widerspruch stehen.

verifica a incidência do contraditório no julgamento do mérito quando o relator do processo, conforme o art. 983 do CPC, abre o prazo de 15 dias para as partes e interessados e, posteriormente, na sessão de julgamento em que as partes originárias e o Ministério Público se manifestam por 30 minutos. E, em seguida, os interessados que pleitearam 48 horas antes da sessão o ingresso (também por 30 minutos).

Dessa forma, os interessados na decisão a ser proferida, titulares do direito de pleitear a questão a ser decidida, não precisam ser representados de maneira adequada, sendo o código omissivo, num esquecimento do significado de processo civil democrático e de tutela coletiva dos direitos. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁹ afirma que o Incidente, da maneira como está posto pelo Código de Processo Civil, constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, ou seja, o direito a um dia perante a Corte, dando origem a uma espécie de “justiça dos cidadãos sem rosto e fala”.

A relevância do contraditório participativo no instrumento processual alemão se extrai da possibilidade de se excluir dos efeitos vinculativos do incidente quando os intervenientes comprovem que não podem contribuir de forma relevante para o procedimento-modelo. No novo CPC, além de não existir previsão semelhante, é previsto que a tese jurídica fixada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas vincula todos os processos repetitivos dentro da competência do órgão julgador, sejam eles coletivos ou individuais, pendentes ou futuros, independente do resultado do julgamento. Dessa forma, ainda que a decisão do Incidente seja desfavorável, ela vincula os processos

9 MARINONI, Luiz Guilherme, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 23

repetitivos, em flagrante violação do princípio do devido processo legal e do contraditório.

A título de exemplo, pode-se mencionar o Recurso Especial nº 1.199.715¹⁰, o qual versava sobre a incidência de honorários de sucumbência a cargo das autarquias estaduais quando seu adversário vencedor é assistido pela Defensoria Pública. O referido recurso especial foi selecionado como paradigma, apesar de a Defensoria Pública, um dos sujeitos mais interessados na resolução da lide, por ser diretamente afetada pelo julgado, não atuar mais no feito desde a primeira instância, sendo nem sequer solicitada sua oitiva. Dessa forma, o órgão julgador não conferiu à Defensoria a oportunidade de influir na formação de seu convencimento. Aliás, o acórdão possui indícios de não ter havido a discussão necessária acerca do tema, de modo que abrangesse todos os argumentos e contra-argumentos possíveis, haja vista que não mencionou em nenhum momento um dos dispositivos mais relevantes para a discussão: o art. 4, inciso XXI, da Lei Complementar 80/1994:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Tornando a situação mais dramática, considerando a violação direta ao contraditório substancial decorrente do não exercício pela

10 TJ - REsp: 1199715 RJ 2010/0121865-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 16/02/2011, CE - CORTE ESPECIAL. Data de publicação: DJe 12/04/2011

Defensoria Pública de influenciar no julgado, o Superior Tribunal de Justiça conheceu e deu provimento ao recurso, com o fim de afastar a condenação do recorrente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, que, embora atingida diretamente pelo julgado, não possuiu qualquer oportunidade de se manifestar e contribuir com o debate acerca do tema.

Todavia, cabe salientar que tal preocupação na ordenação germânica tem como fundamento a repetição da matéria não se cingir ao direito repetido, mas também quanto à matéria fática repetida. No Brasil, o julgamento coletivo não alberga fatos. Como retromencionado, eles ficam restritos ao processo individual pelo qual será aplicada a teoria geral das provas, prevista no ordenamento, e um contraditório extenso.

4.2 Da vinculação do Incidente

Embora o Incidente preveja formas de exercer o contraditório substancial no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, como, por exemplo, a oitiva das partes e demais interessados, a juntada de documentos, recursos e sustentações orais, o fato de a tese jurídica desfavorável vincular os processos pendentes e futuros o tornaria inviável. Essa lógica de efeito *erga omnes* vinculante não guarda qualquer compatibilidade com o sistema já vigente das ações coletivas no tratamento dos direitos individuais homogêneos.

As legislações que as regulamenta, qual sejam, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor (Lei 7.347/85 e Lei 8.078/90, respectivamente), preveem o *efeito erga omnes* tão somente quanto às decisões julgadas procedentes. Nas improcedentes, os membros ausentes das ações coletivas ou os que requereram a suspensão de suas ações individuais, conforme os art. 103 e 104 do CDC, podem, respectivamente, ajuizar suas demandas ou prosseguir nelas. Esse sistema, além de preservar e garantir os direitos processuais constitucionais dos litigantes - que possuem a garantia de serem adequadamente representados e, portanto, têm preservado o direito de participar e ser

ouvido- ainda representa um mecanismo que favorece uma posição ativa da sociedade diante do Estado.

Assim, permitir que as teses jurídicas desfavoráveis fixadas no Incidente sejam aplicadas às causas futuras violaria frontalmente o princípio constitucional do contraditório, por não ter sido oportunizado aos litigantes exercer qualquer tipo de influência no julgamento do Incidente e, por consequência, o exercício do pleno contraditório.

Ainda sobre o efeito vinculante da tese jurídica, seria possível a utilização da técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente, conhecida como *distinguishing*. A tese jurídica fixada no Incidente vincula o órgão julgador das causas aparentemente repetitivas. Incumbe a ele a verificação da semelhança ou não com o precedente fixado no Incidente. Para tanto, o julgador deve, primeiramente, analisar elementos objetivos da demanda paradigma, comparando-os com os elementos das outras demandas. Após, havendo semelhança, deve-se analisar a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica firmada. Esse aspecto é importante, pois o Incidente de resolução de demandas repetitivas exige que as causas sejam idênticas para que seja aplicada a tese firmada. Dessa forma, Fredie Didier¹¹ afirma ser imprescindível que haja uma análise minuciosa acerca dos elementos objetivos que identificam as demandas, de modo que a tese não seja erroneamente aplicada.

O *distinguishing* ocorre quando há distinção entre o caso concreto e o paradigma por não coincidirem os fatos fundamentais da demanda e os que fundamentaram a tese jurídica, ou, ainda que haja alguma semelhança entre esses, por existir alguma peculiaridade no caso analisado que afaste a incidência da tese jurídica. Na situação específica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme dispõe o art. 985 e seus incisos I, do Código de Processo Civil, para que a tese jurídica seja aplicada, basta que os processos versem sobre idêntica

11 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. 2. p. 491

questão de direito. Assim, a distinção entre circunstâncias fáticas não é relevante, de modo que o instituto do *distinguishing* não pode ser utilizado.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente artigo buscou apresentar que, dentro do que fora proposto para a aplicação do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (unicidade da interpretação do direito pela jurisprudência para tratar com isonomia as partes, aplicar o devido processo legal e assegurar a segurança jurídica), o contraditório, ao menos em tese, encontra-se preservado. De modo abstrato, uma vez que apenas a partir de sua aplicação poderá se ter a certeza e, assim, caso necessário, aprimorar a sua previsão.

Cabe ressaltar que, diferentemente da previsão no direito comparado que abrange a repetição tanto para a matéria fática como de direito, a concentração de causas em primeiro grau no ordenamento jurídico brasileiro foi proposta somente quanto à repetição da matéria de direito. Esta é aquela pela qual recairá a interpretação jurídica de determinada norma que foi violada ou ameaçada.

Como exposto, embora o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tenha manifesta inspiração no procedimento-modelo tedesco, ele guarda significativas diferenças. Dentre elas, a aplicação do princípio do contraditório – que, para parte dos estudiosos sobre o instituto no Brasil, ele é mitigado na sua vertente participativa, isto é, na contribuição efetiva para a questão da lide recorrente.

Na Alemanha, em todos os momentos do *Musterverfahren*, ele tem a sua possibilidade renovada. Em contrapartida, no sistema proposto pelo legislador brasileiro, só se verifica sua incidência no julgamento do mérito quando o relator do processo abre o prazo para as partes e interessados e, posteriormente, na sessão de julgamento em que as partes originárias e o Ministério Público se manifestam por 30 minutos.

E, em seguida, os interessados que pleitearam 48 horas antes da sessão o ingresso (também por 30 minutos).

Assim, a dilação probatória recairá na interpretação do texto legal, havendo a formação de um procedimento específico para pacificar esta questão e realizar, nesse sentido, um contraditório diferenciado. Quanto aos fatos, eles poderão ser amplamente debatidos no processo original, tendo a seu dispor toda a teoria geral da prova prevista na legislação processual.

O objetivo do instituto é a unicidade na interpretação jurídica que tem efeitos coletivizados para sanar os impasses decorrentes da prestação mitigada que ocorre com o sistema processual brasileiro. Desse modo, evita-se que se pacifique tão somente em sede recursal, no STJ, haja vista que, nesse momento, o direito já pode ter perecido, não sendo mais útil a jurisdição estatal. Antecipa-se, portanto, para a fase do processo de conhecimento, em primeiro grau, o que vem se aplicando em sede recursal.

Todavia, cabe ressaltar que, tal qual o recurso repetitivo foi regulamentado pelo STJ após a inserção na lei processual, nada obsta que os Tribunais façam previsões complementares. E assim potencialize o princípio do contraditório.

REFERÊNCIAS

BERT, Peter. Class Action in Germany: KapMuG Extended Until 2020 – Modest Change of Scope. Disponível em: <<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/07/class-actions-in-germany-kapmug-extended-until-2020-modest-change-of-scope/>> Acesso em 04/11/2019

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília:

Senado Federal Presidência, 2010. 381 pp. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em 03/11/2019

DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo. Revista da SJRJ. v. 18. n. 32. p. 93. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/285-1139-3-pb.pdf>>. Acesso em 25/09/2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x Precedente São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim, Manual de Direito Processual Civil. 11 ed Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

THE LACK OF CONTRADICTORY IN THE BRAZILIAN *MUSTERVERFAHREN*

ABSTRACT

Since the presentation of the new Code of Civil Procedure, the institute called the Repetitive Demand Resolution Incident has been questioned by its claim that there is no real and participatory contradiction - which corresponds to the modern conception of this constitutional guarantee. In this sense, this article bringing to the debate this bias of the institute's analysis

will present the way in which the mechanism is applied in Germany with *Musterverfahren*, which is the inspiration for the provisions of the new code and the differences between the two. predictions. For that, we used a theoretical research of exploratory and documentary nature, performed from the hypothetical deductive method, through bibliographic research. Regarding the verification of the extent of the influence of the *Musterverfahren* on the extent of the contradictory in the Incident, it was assumed that a real inspiration in the German institute would make such a principle fully found, but the influence on German law did not result. in its manifestation in the participatory aspect.

Keywords: Repetitive Demand Resolution Incident. *Musterverfahren*. Code of Civil Procedure.