

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**João Pedro Gardone Gonçalves Lazzaroni**

**Meios de resolução coletiva dos conflitos e o incidente de resolução de demandas  
repetitivas no novo CPC**

**Juiz de Fora**

**2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA**

**João Pedro Gardone Gonçalves Lazzaroni**

**Meios de resolução coletiva dos conflitos e o incidente de resolução de demandas repetitivas  
no novo CPC**

Projeto de monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual Civil, apresentado pelo acadêmico JOÃO PEDRO GARDONE GONÇALVES LAZZARONI à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso de Direito, sob orientação da Professora Tatiana Paula da Cruz.

**Juiz de Fora**

**2014**

**Meios de resolução coletiva dos conflitos e o incidente de resolução de demandas repetitivas  
no novo CPC**

João Pedro Gardone Gonçalves Lazzaroni

**Monografia apresentada ao programa de conclusão de curso de graduação em direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora**

Monografia aprovada em 10 de dezembro de 2014

---

**Prof. Tatiana Paula da Cruz**

---

**Prof. Aline Araújo Passos**

---

**Prof. Karol Araújo Durço**

*Dedicatória*

*Aos meus pais, pelo amor e suporte desde os primeiros passos da minha caminhada chamada vida.*

*Aos meus irmãos, pelo carinho diário. À Isabella, pelo apoio e amor incondicional.*

*Aos meus amigos de faculdade, por renovarem meu ânimo diariamente.*

*À minha querida orientadora, maior responsável por este trabalho.*

## **RESUMO**

O presente estudo objetiva entender como as mudanças que ocorreram na sociedade nas últimas décadas, transformando-a em sociedade de massas, principalmente pelo surgimento de “novos direitos”, levou a um colapso do Poder Judiciário quanto a eficiência na prestação da tutela jurisdicional. Pretende, ainda, analisar a mudança realizada no ordenamento processual vigente, por meio do Novo Código de Processo Civil, focado na resolução coletiva dos conflitos, com enfoque no novo instituto denominado de incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como um comparativo deste, com os meios de resolução coletiva de conflitos já existentes.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil; meios de resolução coletiva de conflitos; acesso à justiça; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 – OS “NOVOS” DIREITOS</b> .....	<b>8</b>
<b>2.1. O surgimento dos “novos” direitos como resposta aos anseios sociais</b> .....	<b>8</b>
<b>2.2. As várias dimensões dos direitos</b> .....	<b>8</b>
<b>2.3. A importância da tutela dos direitos coletivos na sociedade atual</b> .....	<b>13</b>
<b>3 – TENDÊNCIAS DO ORDENAMENTO PARA A TUTELA COLETIVA</b> .....	<b>17</b>
<b>3.1 – Os mecanismos de tutela já existentes</b> .....	<b>17</b>
<b>3.2 – Objetivos do novo CPC</b> .....	<b>18</b>
<b>3.2.1 – O acesso à justiça</b> .....	<b>19</b>
<b>3.2.2 – A isonomia</b> .....	<b>21</b>
<b>3.2.3 – A segurança jurídica</b> .....	<b>22</b>
<b>3.2.3.1 – Jurisprudência x precedentes</b> .....	<b>24</b>
<b>3.2.3.2 – As dimensões dos precedentes</b> .....	<b>24</b>
<b>3.2.4 – A celeridade</b> .....	<b>26</b>
<b>4 – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS</b> .....	<b>28</b>
<b>4.1 – Origem no direito comparado</b> .....	<b>28</b>
<b>4.2 – Procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas</b> .....	<b>30</b>
<b>4.3 – Análise do incidente e suas peculiaridades</b> .....	<b>32</b>
<b>4.4 – Comparativo com as ações coletivas</b> .....	<b>39</b>
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>42</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>45</b>

## 1 – INTRODUÇÃO

Os problemas do Judiciário brasileiro atualmente são gritantes, saltam aos olhos de qualquer pessoa. Excesso de processos, pouca mão de obra, falta de recursos, que levam à uma demora elevada do provimento jurisdicional, o que acarreta decisões ineficazes. Sem falar, ainda, da falta de uniformização jurisprudencial, levando a uma insegurança jurídica, o que, tudo somado, gera o total descrédito da população em relação ao Poder Judiciário.

Muitos desses problemas decorrem da falta de acompanhamento pelo Direito e pelos seus formadores da constante evolução social, que hoje exige mecanismos mais eficientes de tutela de direitos inerentes a uma parcela cada vez maior da sociedade.

Atento a isso, o legislador pátrio elabora o Projeto de Novo Código de Processo Civil, buscando efetivar valores essenciais aos jurisdicionados, acompanhando os movimentos de constitucionalização e coletivização do direito processual. Um dos mecanismos criados se trata do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação do legislador, que o presente estudo objetiva analisar.

Será objeto deste estudo desde a evolução histórica que levou à criação deste instituto, sua inspiração no direito comparado, seu mecanismo de funcionamento, bem como será alvo de uma detida análise, perpassando por pontos críticos do mesmo, para que ao fim, reste demonstrado se o instituto conseguirá concretizar os anseios do legislador, ou seja, efetivar a justiça de uma maneira a atender as evoluções da sociedade e os anseios de quem a compõe.

## **2 – OS “NOVOS” DIREITOS**

### **2.1. O surgimento dos “novos” direitos como resposta aos anseios sociais**

Ao se entender o homem como um ser social, compreende-se que é inerente a ele a necessidade de formar relações sociais. Dessas relações, nascem valores que formam a cultura de determinada comunidade, sendo que estes valores passam a informar as relações sociais, bem como o legislador, quando da criação de normas jurídicas e o aplicador, quando da consecução de tais normas.

Ocorre, entretanto, que a sociedade está em constante evolução, o que acarreta na transformação destes valores, fazendo com que o Direito deva acompanhar a evolução da sociedade e, informado por esses novos valores, tutelar as novas relações que vão surgindo.

Tais relações vêm sendo chamadas de “novos” direitos, que são materialização das exigências da sociedade em face das condições da vida e das prioridades determinadas socialmente. Para Bobbio, houve três razões principais para a multiplicação desses “novos” direitos, a saber:

- a) aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) estendeu-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente. (BOBBIO, 1992).

Além das razões elencadas pelo eminente doutrinador, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) destaca que a evolução social, as transformações tecnológicas, as descobertas científicas e o fenômeno da globalização, entre outros, são fatores que têm levado ao surgimento dos “novos” direitos, levando, por conseguinte, os juristas a pensarem e classificarem os direitos em novas categorias, de modo a sistematizar seu estudo e manter a ciência jurídica atualizada e efetiva.

### **2.2. As várias dimensões dos direitos**

Deve-se entender que os direitos como um todo não surgiram ao mesmo tempo, de maneira simultânea, mas foram surgindo aos poucos, uma vez que são reflexos dos anseios e necessidades da sociedade em determinada época, o que faz com que os estudiosos os dividam em gerações.

A doutrina mais moderna, entretanto, na visão de autores como Ingo Sarlet (2001) e Paulo Bonavides (2006), entende ser mais adequado se falar em dimensões, ao invés de gerações, uma vez que esta nomenclatura dá a ideia de sucessão, substituição, o que não

estaria correto, uma vez que uma geração não apaga ou destrói a outra, apenas a complementa. Assim, pelo fato delas coexistirem é mais adequado usar dimensão ao invés de geração.

Os direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista.

Daniel Sarmiento (2006) destaca que os direitos de primeira dimensão possuem um importante papel de resistência, uma vez que foram concebidos como limites para a atuação dos governantes em prol da liberdade dos governados. Ensina, ainda, que eles destacam a nítida separação entre o Estado e a sociedade, exigindo do ente estatal uma abstenção e não uma prestação, possuindo um caráter negativo. São exemplos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, etc.

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração. Ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

A igualdade que se fala nos direitos de segunda dimensão é a igualdade material, isto é, aquela igualdade referente à atuação do Estado para reduzir desigualdades existentes, aplicando sua atuação na garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Não se tem verdadeira liberdade se não há direitos essenciais básicos, como saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, etc.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2001. p. 50).

Os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos

interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras.

Paulo Bonavides, ao lecionar a respeito dos direitos de terceira dimensão, expõe:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006. p. 569)

Nesta época, a sociedade precisava melhor se estruturar, surgindo os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados à solidariedade entre as nações, que escapam do plano individual e pertencem à toda coletividade (metaindividuais). É exatamente a partir dessa fase que se consagra a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pelo reconhecimento de que a opressão e a violência poderiam vir não só do Estado, mas também de outros particulares, daí decorre o dever de observância dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas, com aplicação para todas as dimensões.

Portanto, os direitos de terceira dimensão possuem como seus sujeitos ativos uma titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visualizam o homem como um ser singular, mas toda a coletividade ou o grupo.

Assim, temos a evolução: os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades do indivíduo; já os direitos de segunda dimensão são aqueles referentes à garantia das condições mínimas sociais que o Estado deve garantir ao indivíduo; por sua vez, os direitos de terceira dimensão são aqueles direitos metaindividuais, que escapam do plano individual e pertencem a uma coletividade indeterminada de pessoas (direitos difusos).

Enquanto os direitos sociais são voltados para o indivíduo, visando garantir a este a igualdade material, os direitos metaindividuais escapam da visão do indivíduo, são prestações voltadas a um número indefinido de pessoas, grupos determinados ou a própria coletividade de um modo geral.

Essas três dimensões fazem parte da sistematização clássica dos direitos. Porém, com as referidas transformações evolutivas das relações sociais estas se transformam, impondo à ciência do direito o dever de evoluir para acompanhar tais mudanças e, conseqüentemente, tutelá-las.

Na atualidade, devido a esta evolução, doutrinadores defendem a existência da quarta e quinta dimensões, entre eles, Noberto Bobbio, Paulo Bonavides, Marcelo Novelino, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares e outros.

Para Bonavides:

[...] são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2006. p. 571).

No mesmo sentido, o mestre Marcelo Novelino leciona:

[...] tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política. (NOVELINO, 2008. p. 229).

É que a democracia, atualmente, não é vista apenas em seu aspecto formal (voto, plebiscito, eleições, cidadania), em seu sentido estrito, que está diretamente ligada à premissa majoritária (vontade da maioria por meio dos representantes eleitos). Hoje, a democracia também é percebida, sobretudo, no seu aspecto substancial, que abrange, além da vontade da maioria, também a proteção de direitos fundamentais, inclusive das minorias.

Ou seja, as minorias também devem ter acesso aos direitos básicos, caso contrário, não haverá uma vontade verdadeiramente livre, isto é, haverá democracia formal, mas não material. É o caso, por exemplo, da prática de compra de votos nas eleições, com candidatos se aproveitando da situação de miserabilidade de certos eleitores.

Apesar de uma visão diferenciada de Bonavides (2006) e Novelino (2008), Bobbio (1992) também defende a existência dos direitos de quarta dimensão, porém estes estariam relacionados à engenharia genética. Nesta linha de raciocínio, Humberto Dalla (2012) defende que tais direitos são aqueles referentes à biotecnologia e bioética.

Depreende-se, portanto, dos ensinamentos dos eminentes doutrinadores que os direitos de quarta dimensão não vieram em substituição às outras dimensões, com intuito de superá-las, pelo contrário, os direitos das três primeiras dimensões podem ser apontados como os alicerces, nas palavras de Bonavides (2006, p. 571), “seriam a base de uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, direitos estes que, juntos, possibilitarão a construção de uma “sociedade aberta para o futuro”.

A divergência existente na quarta dimensão sobre quais seriam os direitos integrantes desta, quais sejam, na visão de Bonavides (2006) direito à democracia e ao pluralismo e na visão de Bobbio (1992) a regulação da engenharia genética, também ocorre na definição dos direitos que estariam englobados pela quinta dimensão.

Ensina o eminente doutrinador Humberto Dalla (2012) que os direitos de quinta dimensão seriam aqueles advindos das tecnologias de informação, internet, ciberespaço e realidade virtual em geral, uma vez que as relações sociais hoje são completamente pautadas nas interações virtuais e constante evolução dos sistemas de comunicação, devendo o direito, como já dito, evoluir para tutelar as novas relações que vão surgindo.

Já para Bonavides (2006), os direitos de quinta dimensão tratar-se-iam dos chamados direitos transnacionais, algo que deve ser buscado pelos Estados em conjunto no plano internacional, como o direito à paz, por exemplo, que é algo a ser buscado pelos Estados em total cooperação.

Mas, em uma análise mais profunda, percebe-se que os ensinamentos pregados por Dalla (2012) e Bonavides (2006), na verdade, se complementam, pois o estudo combinado do direito interno com o direito transnacional sugere ser a evolução do neoconstitucionalismo, que fará surgir o que a doutrina já tem antecipado como transconstitucionalismo. Esse fenômeno da globalização, que é o direito de quinta dimensão defendido por Dalla (2012), tem mudado o enfoque das relações internacionais, que é o direito de quinta dimensão defendido por Bonavides (2006).

Certo é que, transpor as fronteiras geográficas buscando uma harmonização jurídica a nível global, seria a essência dos chamados direitos de quinta dimensão (direitos transnacionais), uma vez que a globalização, os avanços na tecnologia da informação diminuem cada vez mais as distâncias entre as pessoas e, por conseguinte, possibilitam uma convivência social não só com seu próximo, mas para além das fronteiras de seu país.

Independentemente de quais seriam os direitos de quarta dimensão e quais seriam os de quinta dimensão, a única certeza que resta é que todos devem ser tutelados, devendo a ciência do Direito se adequar a eles. E, mais certo ainda, é que esta divisão não será suficiente, uma vez que surgirão novos direitos, pois fato é que o ser humano está em constante evolução, sendo dever do Direito acompanhá-lo para realizar e efetivar seu principal papel, qual seja, fornecer a justiça.

### 2.3. A importância da tutela dos direitos coletivos na sociedade atual

Como já foi afirmado, a evolução social, as transformações tecnológicas e a globalização, dentre tantos outros fatores, demonstraram a necessidade de classificar os direitos em novas categorias e, em dado momento, a sociedade percebeu a necessidade de invocar a tutela do Direito para os chamados direitos coletivos ou de terceira dimensão, oriundos da solidariedade.

Retomando a perspectiva já apresentada das dimensões dos direitos, torna-se importante analisar a relevância do surgimento dos direitos coletivos, em contraposição à perspectiva individualista até então vigente no mundo jurídico. Tais direitos têm relação direta com o conteúdo deste trabalho e, por isso, seu surgimento e sua tutela devem ser avaliados mais de perto.

O nosso ordenamento jurídico pátrio, atento à evolução e transformações da sociedade, consagrou na Constituição Federal de 88 os direitos coletivos, destinando um capítulo específico para esses direitos, além de fazer menção aos mesmos de maneira esparsa, como nos artigos 129, III e 134, *caput* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

Buscando definir uma conceituação de quais seriam os direitos coletivos, o legislador, no art. 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, apresenta as três espécies de direitos coletivos em sentido lato: (i) difuso; (ii) coletivo em sentido estrito; e (iii) individual homogêneo.

Entretanto, ensina Humberto Dalla (2012. p. 712) que a opção do legislador vem-se mostrando equivocada, uma vez que “os direitos transindividuais não são estáticos e não admitem uma classificação definitiva. São direitos dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação.”.

No campo teórico e sistemático esta definição é extremamente relevante, porém, na prática ela tem se mostrado catastrófica, pois vários problemas têm surgido quando da adaptação desses conceitos às situações práticas, “uma vez que o legislador trabalhou com conceitos jurídicos indeterminados, com normas em aberto”. (DALLA, 2012. p. 714).

O problema aumenta se somarmos a esta legislação fundada em conceitos abertos a inexistência de uma estrutura que permita a aplicação de regras próprias à jurisdição coletiva. Muitas das vezes, percebe-se que os Tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais.

Isto evidencia a necessidade da criação e sistematização de uma teoria geral diferenciada e específica do processo coletivo.

Apesar da crítica feita alhures, a sistematização dos direitos coletivos pelo CDC é de altíssima importância para nosso estudo, sendo necessário expor uma conceituação de cada espécie de direito coletivo.

Os direitos ou interesses difusos são conceituados no art. 81, parágrafo único, I, do CDC, que, conforme leciona Rodolfo de Camargo (2011, p.88), indica como características básicas de tais interesses a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e sua duração efêmera. Ou seja, os direitos difusos dirão respeito a um grupo indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos (indeterminação); a satisfação dos direitos difusos de um indivíduo implica, necessariamente, a satisfação de outros, já que a lesão atinge a coletividade, não sendo possível, ainda, determinar de maneira precisa quanto do direito pertence a cada indivíduo (indivisibilidade); essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas situações de fato, o que leva a uma intensa conflituosidade; sendo, por fim, transitórios, visto que surgem e também desaparecem muitas das vezes de situações repentinas e imprevisíveis.

Os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito estão apreciados no art. 81, parágrafo único, II, do CDC, e também são direitos transindividuais de natureza indivisível, como os direitos difusos, sendo diferente destes em dois aspectos a saber: (i) os titulares dos direitos coletivos são determinados, ou determináveis, em virtude do fato de fazerem parte de certos grupos, categorias ou classes, como, por exemplo, os membros de uma empresa, os condôminos de um edifício etc; e (ii) os titulares dos direitos não estão ligados por circunstâncias fáticas, como nos direitos difusos, mas por uma relação jurídica base, que pode ser caracterizada como a existência de um vínculo associativo entre os integrantes do grupo, categoria ou classe ou entre esses e a parte contrária.

O art. 81, parágrafo único, III, do CDC, positivou os direitos individuais homogêneos, definindo-os, de maneira simplória, como aqueles que possuem “origem comum”. Essa falta de conceituação precisa levou a um entendimento errôneo de que seria direito individual homogêneo aquele que não pudesse ser encaixado nas conceituações de direitos difusos e coletivos.

Humberto Dalla, a partir das lições de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, conceitua os direitos individuais homogêneos como aqueles que “têm por base uma mesma

circunstância fática, diferenciando-se, assim, dos direitos coletivos em sentido estrito, sendo seus titulares determinados ou ao menos determináveis, diferenciando-se, neste ponto, dos direitos difusos”. (DALLA, 2012, p. 718).

Ainda na conceituação dos direitos individuais homogêneos, o eminente doutrinador ensina que o direito individual homogêneo é um “direito subjetivo individual complexo” (DALLA, 2012, p. 720). É um direito individual, porque diz respeito às necessidades de uma única pessoa, sendo ao mesmo tempo complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, desta forma, a relevância social da questão.

Leciona Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

Na sua gênese, enquanto observado a partir do fato que o originou, sob o referencial de seu sujeito ativo, não há que falar em direito coletivo. Essa afirmação só passa a se justificar num segundo momento, quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao de vários outros, sendo certo ainda que todos têm uma origem comum, [...] A partir dessa origem comum, surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas encontram-se na mesma situação jurídica, aquela situação passa a, automaticamente, produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*. (DALLA, 2012, p. 722-723).

A consagração dos direitos coletivos devido as mudanças sociais, em nível global, produziu uma reviravolta na compreensão do sistema de direitos e na maneira de os exercer e tutelar. Isso se deve à compreensão da inserção do homem em uma comunidade onde coexiste com outros homens, com direitos idênticos aos seus ou, outras vezes, contrapostos.

Ocorre, entretanto, que a nossa processualística foi desenvolvida voltada para a resolução de conflitos individuais, mostrando-se incompatível com a nova realidade litigiosa coletiva. Logo, foi preciso pensar-se em mecanismo capaz de submeter à apreciação jurisdicional, de uma só vez, o conflito supraindividual de pretensões, despontando, assim, as ações coletivas.

O ideário coletivista é mais explicitamente visível nas ações coletivas, o que não significa dizer que não haja outros instrumentos processuais no ordenamento jurídico brasileiro portadores deste mesmo ideal. Conforme explicam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza, “o incidente de resolução de demandas repetitivas, tal qual delineado no Projeto do Novo Código de Processo Civil, ao que parece, apesar de não ser uma ação coletiva, é um exemplo”. (FUX. 2011, p. 467).

Percebe-se, portanto, que as ações coletivas bem como os outros instrumentos criados pelo legislador, com destaque para o incidente de resolução de demandas repetitivas,

são mecanismos de suma importância na sistemática processual atual, uma vez que possibilitam que múltiplas lides envolvendo um número indeterminável de pessoas em idêntica posição jurídica, sejam deduzidas em conjunto, ao invés de diversas pretensões individuais com resultados diferentes. Geram uma enorme economia da atividade judiciária, evitando soluções díspares e ineficazes. Fazem com que violações a direitos de pequena monta, mas que atinjam grande parte da sociedade, tomando proporções gigantescas, deixem de não serem punidas por causa do custo financeiro de um processo individual, que acaba sendo maior que a pretensão indenizatória. Para isso, substitui-se os titulares do direito violado por outros, mais fortes, dispostos a arcar com as despesas, possibilitando um equilíbrio de forças entre os dois lados da contenda.

Conclui-se, portanto, que o trato coletivo dos direitos passou a se mostrar elemento essencial à sociedade, principalmente, como meio de acesso à justiça, uma vez que ampliam a sua compreensão clássica até então reinante.

### 3 – TENDÊNCIAS DO ORDENAMENTO PARA A TUTELA COLETIVA

#### 3.1 – Os mecanismos de tutela já existentes

O direito processual civil brasileiro foi concebido em base eminentemente individualista, refletindo a mentalidade e as necessidades da sociedade daquela época. Entretanto, a massificação das relações interpessoais e sua influência no ordenamento jurídico, somente puderam ser efetivamente percebidas no início dos anos 80, devido à efetiva e concreta preocupação com a proteção dos direitos coletivos *lato sensu*.

Note-se que a tutela coletiva no Brasil está relacionada à criação da Ação Popular, originariamente prevista na Constituição de 1934, marco do início da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, vindo a ter regulamentação específica somente em 1965, quando da edição da Lei 4.717. Entretanto, a Ação Popular preservava a estrutura clássica do processo civil, concebido para solucionar situações de conflito entre interesses individuais, tradicionalmente relacionados às questões obrigacionais. Diante disso, é que utiliza o presente trabalho como marco evolutivo da tutela dos direitos coletivos a edição da Lei da Ação Civil Pública de 1985.

A partir dessa década, houve a regulamentação da Ação Civil Pública pela Lei 7.347/85; a Constituição Federal de 1988 regulamentou a tutela dos interesses transindividuais através do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), da ação popular (art. 5º, LXXIII) e também da ação civil pública (art. 129, III).

Em seguida, houve a edição do Código de Defesa do Consumidor pela Lei nº 8.078/90, introduzindo diversas alterações na Lei da Ação Civil Pública, regulamentando no ordenamento pátrio a ação coletiva e conceituando as espécies de direitos coletivos tutelados.

Após o CDC, ainda foram editadas a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) e a Lei nº 12.016/09 que disciplinou o mandado de segurança individual e coletivo.

A medidas citadas e adotadas pelo legislador pátrio refletem, indubitavelmente, a tendência de coletivização do processo, explicada por Rodolfo de Camargo Mancuso:

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal como na legislação processual extravagante [...] Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes

de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo. (MANCUSO. 2009, p. 379-380).

Resta claro, portanto, que a tendência evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro é, cada vez mais, aprimorar a tutela coletiva de direitos, cumprindo seu dever de acompanhar a evolução e anseios da sociedade. Atrelado a esta tutela coletiva, estão os objetivos principais do novo código, que inova, ainda, ao prever o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas. Adiante, analisa-se tais objetivos.

### **3.2 – Objetivos do novo CPC**

Levando-se em conta que o Código de Processo Civil está vigente há mais de 40 anos, faz-se nítida a necessidade da elaboração de um novo código, atualizado, que busque atender a todas as demandas sociais que regula, vez que possui diversos dispositivos inadequados e até mesmo em desuso.

Nesse tempo, diversas foram as tentativas de solucionar a problemática da prestação jurisdicional, criando-se diversas leis posteriores ao Código. O objetivo maior dessas leis foi a tentativa de que tornar o Judiciário um órgão capaz de ser acessado de maneira concreta pela população, se tornando uma fonte de decisões isonômicas, céleres e materialmente efetivas.

Tal constatação se faz presente, inclusive, na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Nas palavras do relator, ministro do Supremo Luiz Fux:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (PL nº 8.046/10, p.11).

Assim, o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

Segundo o eminente doutrinador Fredie Didier Jr., o novo Código de Processo Civil foi idealizado sob a égide de quatro pilares, na busca de quatro objetivos principais. Segundo Didier os quatro pilares seriam: i) Jurídico (que diz respeito à revolução jurídica, em termos normativos, pela qual o Brasil passou nos últimos 40 anos; foi promulgada uma nova Constituição, um novo Código Civil, etc); ii) Científico (que diz respeito ao desenvolvimento e consolidação do campo de pesquisa de Direito Processual, se tornando uma importante ciência); iii) Tecnológico (que diz respeito à influência da tecnologia na esfera do Judiciário

como, por exemplo, o já existente processo eletrônico, devendo o direito processual se reciclar e se adaptar a essa nova realidade); e iv) Social (que diz respeito ao fato de muitas pessoas não terem, na época em que foi promulgado o atual Código, acesso a serviços e bens de consumo. A partir do momento que se leva um mínimo existencial a uma maior quantidade de pessoas, surge a possibilidade de essas ensejarem demandas judiciais. Fator importante também no pilar social são as políticas nacionais de acesso gratuito à justiça (informação verbal)<sup>1</sup>

Tendo os referidos pilares como base, o novo Código de Processo Civil busca atingir quatro principais objetivos, quais sejam, o acesso à justiça, a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade que, além de objetivos, podem ser considerados princípios norteadores do funcionamento do Judiciário de modo a garantir a tutela jurisdicional a que faz jus cada cidadão. Primordial frisar que o incidente de resolução de demandas repetitivas, objeto de estudo deste presente trabalho é um instrumento processual capaz de ajudar no desenvolvimento de todos estes objetivos, conforme restará demonstrado.

### **3.2.1 – O acesso à justiça**

Consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sua previsão traduz a evolução do Direito, bem como o interesse público na composição dos conflitos, sendo sua concepção fruto das modificações sociais e da evolução dos conceitos jurídicos. O acesso à justiça deve ser visto além da simples possibilidade de provocação do Judiciário, pois o que se anseia é justiça, devendo o direito ser reconhecido com celeridade e efetividade.

Desta maneira, para que fosse possível se chegar ao entendimento do que deve ser o real acesso à justiça, este termo sofreu inúmeras alterações, adequando-se às condições sociais que lhe eram impostas. Os clássicos Capelleti e Garth (1988) apresentam tais mudanças como “ondas”, sendo que cada fase foi fruto do aperfeiçoamento do conceito e das demandas sociais.

A primeira “onda” está relacionada com a aplicação do acesso à justiça, mais especificadamente à assistência judiciária dirigida às pessoas carentes, onde o Estado intervencionista proporciona aos cidadãos, independente de sua condição social, a busca pela tutela de seus direitos.

---

<sup>1</sup> Informação fornecida por Fredie Didier Jr. em palestra ministrada em 23 de setembro de 2014 na sede da Subseção da OAB/MG em Juiz de Fora.

A segunda “onda” consiste na possibilidade de um terceiro ou grupo representar em juízo interesses difusos, decorrentes do reconhecimento de direitos sociais. Aqui, o acesso à justiça que antes se adequava tão somente às demandas individuais, passa a ser aplicado e garantido nas novas demandas de caráter coletivo que surgiram com a massificação das relações sociais.

Já na terceira “onda” tem-se um enfoque mais amplo do acesso à justiça, “centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPELLETI e GARTH, 1988, p. 67-68), atingindo toda a estrutura voltada para a resolução de conflitos, adequando, sempre que possível, qualquer dos fatores que possa propiciar uma melhor acessibilidade à justiça para os cidadãos.

Para que seja idealizada esta “terceira onda”, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2003) estabelece quatro princípios que orientam a aplicação do acesso à justiça, quais sejam, a acessibilidade, a operosidade, a utilidade e a proporcionalidade.

O primeiro princípio estabelecido por Carneiro (2003) é a acessibilidade. Para buscar a tutela de seus direitos, antes do acesso à justiça, mister é que os cidadãos conheçam quais são eles, quando transgredidos e como exercê-los. Ou seja, o primeiro obstáculo para a acessibilidade é a falta de informação. Necessário frisar que o processo coletivo seria grande beneficiário dos meios informativos, uma vez que nele o direito é discutido e reconhecido juridicamente sem o conhecimento da maioria de seus titulares.

O segundo princípio é a operosidade. Está voltado à atuação dos indivíduos que auxiliam a atividade judicial e extrajudicial, uma vez que a conduta destes operadores e a forma com que utilizam os instrumentos processuais influenciam diretamente no exercício da função jurisdicional. Uma atuação judicial negligente leva, por exemplo, à carência probatória, comprometendo as sentenças proferidas, a credibilidade e a finalidade da atuação judiciária. Já em relação às partes e seus procuradores, a utilização por estes dos instrumentos processuais adequados colaboram com a celeridade e efetividade do processo.

Por utilidade, Carneiro (2003) faz entender que o modelo processual deve assegurar à parte vencedora aquilo que for de seu direito, principalmente, nas vias práticas. Ou seja, mais do que reconhecer direitos, é preciso que haja mecanismos de intervenção na realidade das partes, garantindo o alcance concreto daquilo que foi juridicamente estabelecido. Conforme leciona Carneiro (2003) utilidade seria sinônimo de efetividade. Para que o processo seja útil

ou efetivo é necessário que ele seja célere, uma vez que com o tempo prolongado da lide o seu objeto de conflito pode ser depreciado e o dano torna-se irreparável. Não adianta receber um provimento jurisdicional se, quando do seu recebimento, este não for mais útil. Atento a isso, criou-se mecanismos jurídicos, tais como, a tutela antecipada e os meios coercitivos de execução (penhora, por exemplo).

Neste sentido, as novas condições sociais resultaram na evolução do acesso à justiça e na ampliação da utilidade da coisa julgada. Assim, uma decisão inerente a um conflito de ordem coletiva irá produzir efeitos para todos os titulares daquele direito, independentemente de sua participação processual. Outrossim, a coisa julgada referente a um conflito individual que seja homogêneo a outros conflitos, também deverá surtir efeitos em todas essas relações. Portanto, para que se tenha acesso à justiça, passa a ser necessário que os limites subjetivos e objetivos de uma sentença sejam alargados e aproveitados da forma mais útil, eficaz e célere possível.

Com relação ao princípio da proporcionalidade, deve o aplicador do direito identificar qual a norma, ou qual a interpretação do elemento normativo, melhor transmite os princípios e fins inerentes a um determinado ramo do direito.

### **3.2.2 – A isonomia**

Conforme lecionam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, em obra coordenada pelo ministro Luiz Fux (2011), a isonomia deve ser entendida sob duas óticas. A primeira diz respeito ao fato da igualdade (aqui entendida como sinônimo de isonomia) ser um verdadeiro mecanismo regulador da atividade do Estado, inclusive na atuação jurisdicional, impondo aos juízes “o dever de neutralizar, no processo, as desigualdades reais existentes entre os homens, em prol do equilíbrio de forças na relação processual, indispensável à justa composição da lide”.

Depreende-se, portanto, que o processo deve ser pautado na paridade de armas entre as partes que compõem a lide, sendo a igualdade garantia fundamental do processo e, portanto, dos jurisdicionados. Logo, só se pode chamar de justo um processo que também seja, de sua gênese ao seu fim, isonômico.

A segunda ótica sob a qual deve ser analisada a isonomia diz respeito à prestação da tutela jurisdicional, “onde pessoas iguais, envoltas por um mesmo cenário fático-jurídico litigioso, devem receber tratamento igual”. (ANDREA CARLA e DIEGO MARTINEZ. 2011, p. 449). Assim, a existência de decisões contraditórias proferidas com respeito a pessoas em

situações jurídicas similares ou até idênticas viola a isonomia. Nas palavras do eminente Barbosa Moreira:

Há uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies jurídicas semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. (BARBOSA MOREIRA, 2009. p. 4-5).

Tal problemática ganha relevante importância no contexto da litigiosidade de massa, em que, apesar de as lides se reproduzirem, as soluções engendradas para cada qual nem sempre são as mesmas. A igualdade na lei é, então, anulada pela desigualdade na sua aplicação.

### **3.2.3 – A segurança jurídica**

Atrelada à interpretação da isonomia como necessidade de aplicação igualitária da lei às situações fáticas idênticas ou semelhantes, encontra-se o terceiro objetivo do novo Código de Processo Civil, qual seja, a segurança jurídica. Atento a esta necessidade, o legislador prevê o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, que se mostra capaz de uniformizar a jurisprudência e criar precedentes, meios eficazes de se atingir e concretizar a segurança jurídica almejada.

Cada vez mais imperiosa se torna a necessidade de respeito à jurisprudência dominante, de modo a evitar aquilo que se chama de “jurisprudência lotérica”, ou seja, o resultado do julgamento atrelado à dependência de qual órgão irá julgar a demanda. Não é concebível para um Estado Democrático de Direito que preza pela igualdade não só formal, mas também material, que situações análogas não recebam o mesmo tratamento igualitário pelos tribunais.

Destaca-se argumentação com relação à insegurança jurídica presente na exposição de motivos do anteprojeto do Novo CPC:

[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade (Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Comissão de elaboração do Projeto de novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/10), p.17).

De tal sorte, vem percebendo o legislador pátrio a necessidade de regulamentação dessas situações, vez que vários dispositivos com este intuito já foram inseridos no vigente Código de Processo Civil, realçando a força da jurisprudência dominante. Dentre eles, pode-se citar: i) o julgamento de mérito sem citação do art. 285-A; ii) o juízo de impedimento de recurso de apelação realizado pelo juiz de primeira instância previsto no art. 518, §1º, por estar a sentença em conformidade com súmula dos tribunais superiores; iii) a não aplicação do reexame necessário quando a sentença estiver fundada em jurisprudência dos tribunais superiores, conforme art. 475, §3º; e iv) o julgamento de recursos repetitivos previsto no art. 543-C.

Entretanto, ao se prestigiar de forma categórica no Novo CPC a segurança jurídica, combativa questão daí surge, qual seja, o choque entre os princípios do livre convencimento motivado e da independência funcional garantida aos magistrados com os princípios da isonomia e da segurança jurídica. A comissão de Juristas designada para elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil pondera tais valores, expondo:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance,, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia,, fica comprometida como decorrência da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. (Exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Comissão de elaboração do Projeto de novo Código de Processo Civil (PL nº 8.046/10), p.19).

Percebe-se, portanto, uma preocupação da Comissão de Juristas em criar alguns limites ao princípio do livre convencimento motivado garantido constitucionalmente aos juízes, visando evitar uma dispersão excessiva da jurisprudência.

Segundo leciona Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues (2013), o núcleo de toda esta diretriz uniformizadora e estabilizadora da jurisprudência, delineada pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, encontra-se consubstanciado no artigo 882, que dispõe: “*Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência*”.

E vai além. Rodrigues, compartilhando do entendimento de Fábio Victor da Fonte Monnerat, inspirado pelas lições de Robert Alexy, propõe a caracterização deste cerne

presente no artigo 882 (redação incorporada pelo atual artigo 520 do NCPC) como um verdadeiro princípio do Projeto do novo Código de Processo Civil.

Para o processualista, o conteúdo do artigo 882 possuiria a estrutura de um princípio jurídico, uma vez que veicularia não uma regra de incidência peremptória, mas um mandamento de otimização – típico daquela espécie normativa – a ser satisfeito em diferentes graus, a depender das circunstâncias fáticas e das possibilidades jurídicas. [...] um novo princípio, qual seja, o princípio da estabilidade da jurisprudência. (RODRIGUES, 2013. p.173).

Ocorre que, para uma evolução processual de modo a prestigiar a jurisprudência e os precedentes, atingindo assim a segurança jurídica esperada pela sociedade, necessário primeiro entender o funcionamento desses institutos, o que se passa a fazer.

### **3.2.3.1 – Jurisprudência x precedentes**

De início, leciona Daniela Pereira Madeira (2011) que “é possível apontar algumas distinções de caráter quantitativo e qualitativo” entre a jurisprudência e os precedentes, não sendo eles, como muitos imaginam, sinônimos. A diferença de caráter quantitativo consiste na aplicação do precedente a um caso concreto, enquanto na jurisprudência há uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. Ou seja, enquanto a decisão que assume o caráter de precedente pode ser uma só, fica difícil para o julgador estabelecer qual é a decisão realmente relevante na hora de aplicar a jurisprudência.

No que diz respeito à diferença de caráter qualitativo, tem-se que o precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo, em função da identidade dos fatos relevantes do primeiro e do segundo caso, ficando a cargo do juiz estabelecer se existe ou não precedente. Já na jurisprudência há uma ausência comparativa de fatos, sendo formada pela reunião de várias decisões judiciais.

### **3.2.3.2 – As dimensões dos precedentes**

Citando os ensinamentos de Michele Taruffo, Daniela Pereira (2011) leciona que os precedentes são compostos de quatro dimensões: i) institucional; ii) objetiva; iii) estrutural; e iv) eficácia.

A dimensão institucional deve ser analisada à luz da organização judiciária e do escalonamento hierárquico entre os tribunais. O precedente será vertical, quando for proveniente de Tribunal Superior exerce influência no âmbito das cortes e juízos inferiores, se baseando na autoridade do órgão que emitiu a decisão, ou será horizontal quando advier de

órgãos postados no mesmo patamar hierárquico, possuindo força persuasiva e eficácia relativa.

A dimensão objetiva diz respeito à determinação da influência do precedente na decisão de casos futuros, sendo primordial examinar a importância da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*. Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal não necessária à solução do caso concreto. A *ratio decidendi* se traduz nos motivos determinantes da decisão judicial, é a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto, se situando não somente no dispositivo da sentença, mas também, na sua fundamentação. Assim considerando, somente a *ratio decidendi* será hábil a adquirir força vinculante para casos futuros, prestando-se o *obiter dictum* a ser invocado como argumento de persuasão.

Conforme preconiza Daniela Pereira Madeira:

“essa distinção é ignorada no âmbito da jurisprudência, eis que esta realça qualquer parte da sentença que seja útil para invocar como precedente, tudo para justificar a decisão sucessiva, ou seja, *obiter dictum* indevidamente utilizado faz precedente”. (MADEIRA, 2011. p. 530)

Importante ressaltar, ainda, que ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria duas normas jurídicas. Uma de caráter individual que constitui a decisão para aquela situação específica por ele analisada, e outra de caráter geral que é fruto da sua compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação. Isto faz com que, nas lições de Teresa Arruda Alvim Wambier (2009), “quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito. [...] não precisam os fatos serem idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão”.

A dimensão estrutural se relaciona intimamente com o caráter quantitativo que distingue os precedentes da jurisprudência, podendo-se dizer que seus significados são os mesmos, ou seja, a estrutura do precedente é composta por apenas um decisão paradigmática, enquanto a jurisprudência exige um considerável número de decisões similares para se chegar à concepção de jurisprudência dominante.

Por fim, a dimensão da eficácia do precedente deriva do grau de influência que este exerce na decisão futura de um caso análogo, podendo ser vinculante ou persuasivo. Os primeiros devem ser observados pelos julgadores nos casos futuros, enquanto os segundos influenciarão o julgamento destes mesmos casos, sem, contudo, determinar a decisão a ser tomada. Aqui, essencial para diferenciar precedente vinculativo e persuasivo é a separação já

dita entre o que constitui a *ratio decidendi* e as *obiter dicta*, eis que, como já explicado, apenas a primeira é que será hábil a adquirir força vinculante para casos futuros.

### 3.2.4 – A celeridade

A duração razoável do processo é garantia constitucional estampada no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, que traz a ideia de que o processo não dure mais do que o necessário para a prestação satisfatória da tutela de um direito, sob pena de se comprometer sua efetividade, mas que não seja tão rápido a ponto de suprimir garantia constitucional que viabilize o exercício do indispensável direito de defesa.

Na lição do eminente doutrinador José Carlos Barbosa Moreira:

Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço. (BARBOSA MOREIRA, 2001. p. 232).

Por mais que, sob certo ângulo, a ausência de celeridade seja ausência de justiça, vez que pode tornar o resultado da prestação jurisdicional inócuo, pois celeridade e efetividade estão atreladas, é necessário que se entenda o procedimento a ser desenvolvido no desenrolar da lide demanda um certo tempo, pois sem este não há como se efetivar o contraditório e ampla defesa pelas partes, de modo a influenciar na cognição do magistrado, cognição esta que tem como resultado sua decisão.

Conclui-se, portanto, que o tempo é ínsito ao processo, devendo-se abandonar a crença propagada de que o tempo é inimigo do processo. Conforme preconizam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza (2011), “um processo minimamente garantístico sempre dependerá de certo tempo para efetivar-se. O que é ruim e, aí sim, precisa ser combatido, é a demora injustificada do processo, em suma, a tão falada morosidade da Justiça”.

Compreendido, portanto, que a celeridade deve ser buscada de modo a garantir a Justiça, o legislador tratou de incluir no projeto do novo Código de Processo Civil meios que buscam dar eficácia à celeridade processual, tais como: i) o dever de o juiz observar o princípio da eficiência ao aplicar a lei (art. 6º, *in fine*); ii) dever das partes de não produzir provas, não praticar atos inúteis ou desnecessários e não formularem pretensões ou defesas cientes de que são destituídas de fundamento (art. 66, III e IV); iii) possibilidade de o

magistrado instaurar de ofício o cumprimento da sentença (art. 490, §3º); e iv) a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

É possível identificar duas maneiras distintas em que poderá o incidente contribuir para a razoável duração dos processos, tornando concreta a eficácia da celeridade, bem como, tornando efetivos os provimentos judiciais.

A primeira, “ou positiva, relaciona-se à propensão expansionista do julgamento do incidente” (ANDREA CARLA e DIEGO MARTINEZ. 2011, p. 456). Definida a tese jurídica, nasce o precedente, que passa a vincular para o futuro a resolução de casos similares. O juiz com respaldo em decisão anterior, simplesmente transporá ao julgamento do caso concreto que lhe é submetido razão de decidir (*ratio decidendi*) já assentada após amplo debate, o que abrevia a sua própria cognição.

A segunda, ou “negativa”, consiste no extremo desestímulo à propositura de ações que se oponham à tese fixada. “Natimorta será, então, qualquer pretensão contrária à orientação do tribunal”. Assim, a considerável diminuição do número de lides temerárias, acarretará o desafogamento do Judiciário, talvez hoje, maior causa da morosidade deste Poder.

Todo o exposto nos capítulos anteriores foi essencial à elucidação e compreensão do que levou ao legislador a criar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Ou seja, a consolidação da sociedade de massa que fez com que surgissem novos direitos, principalmente os direitos coletivos e individuais homogêneos, abrindo os olhos do legislador para a necessidade de evolução do sistema processual, conseguindo através do incidente alcançar todos os objetivos necessários a uma prestação jurisdicional plena, devendo, portanto, o presente trabalho adentrar a fundo no estudo deste instituto.

#### **4 – O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

Como já explanado, o direito processual vem passando por um processo de constitucionalização, principalmente no que diz a necessidade de que o processo, como instrumento garantidor de direitos, seja realizado com uma abordagem completa do Acesso à Justiça.

Tal abordagem perpassa pela necessidade de que o processo caminhe para a confecção de uma sentença que solucione a lide; necessidade de se aglutinar, em uma única relação jurídica processual, o maior número possível de pessoas em idêntica ou similar posição jurídica, substituindo-as em juízo por sujeitos legitimados ao acesso coletivo, que estarão mais preparados e com maior paridade de armas na relação processual, condensando-se em um só processo a resolução de múltiplas lides, que talvez deixassem de ser apreciadas não fosse a possibilidade do seu tratamento em conjunto; necessidade de que os efeitos do processo sejam tempestivos e satisfatórios na via prática (que se tenha a chamada utilidade do acesso à justiça – aspecto material); e a necessidade de efetivação das sentenças da mesma forma para todos os participantes da lide, resguardadas as particularidades de cada caso em concreto, tendo-se, assim, relações isonômicas e envoltas de segurança jurídica que, conforme já dito, são os objetivos no novo CPC.

Diante disso, tendo em vista a necessidade de efetivação material do acesso à justiça sob os aspectos expostos, se passa para uma análise detida do instituto, com o intuito de demonstrar que a sua criação foi uma inovação do legislador que tem a capacidade de garantir e efetivar todos os objetivos do novo CPC.

##### **4.1 – Origem no direito comparado**

Conforme leciona o Professor Cândido Rangel Dinamarco (2009), a ciência processual brasileira vive atualmente uma grande necessidade de “se conscientizar das realidades circundantes e tomar conhecimento dos institutos dos sistemas processuais de outros países, com o fim de buscar soluções mais adequadas para os problemas da Justiça brasileira”.

O instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas é um exemplo da busca do legislador brasileiro no direito internacional de meios eficientes para solucionar os grandes problemas do judiciário, como as montanhas de processo, a falta de celeridade na resolução das lides e na falta de uniformização da jurisprudência, que acarreta uma enorme insegurança jurídica, com pessoas em idêntica situação jurídica tendo estas resolvidas de maneiras diversas.

O próprio legislador afirma de maneira explícita na exposição de motivos do anteprojeto do Novo CPC a busca por meios eficientes no direito internacional, destacando que o incidente foi inspirado no instituto presente no direito Alemão denominado *Musterverfahren*.

O próprio instituto alemão também teve inspiração no direito internacional, mais precisamente nas chamadas *class actions* presente no direito americano. Ocorre, entretanto, que tal instituto sofreu críticas dos doutrinadores alemães, basicamente em dois aspectos: a representação de interesses e a participação dos interessados.

Com relação ao primeiro aspecto, a legitimação para propositura da *class actions* é aferida *ope iudicis* e não *ope legis*, como no direito brasileiro. Assim, o magistrado não fica adstrito a um rol fixo de legitimados, previsto em lei, devendo verificar a presença do requisito da representatividade adequada, considerando fatores como o comprometimento com a causa, interesses em jogo, capacidade financeira, honestidade, etc.

Outro requisito é que o legitimado que vem a juízo seja integrante da classe prejudicada, uma vez que a norma pressupõe que o membro da classe, por possuir um interesse processual e direito na lide, estará, aparentemente, apto a empreender os melhores esforços para perseguir os objetivos do grupo.

Entretanto, deve-se destacar que tal modelo apresenta uma dificuldade em definir com clareza a relação do legitimado com outros membros da classe, assim como dificuldade em realizar o controle de sua atividade de representante adequado.

A segunda crítica diz respeito à extensão da eficácia do julgado a todos aqueles que sequer participaram do processo, o que poderia ferir o devido processo legal e o contraditório. A representação por um legitimado impõe uma série de dificuldades, pois os substituídos não poderão participar da definição da estratégia processual, produzir provas ou interpor recursos. O máximo de benefício que um substituído poderá gozar em uma *class action* é o exercício do direito de *opt out*, ou seja, de desvincular-se do julgamento coletivo e da eficácia da coisa julgada material.

Com isso, a partir das críticas feitas, mas tendo como base a *class action*, surgiu o *Musterverfahren*, onde, de maneira geral, há a possibilidade de maior participação dos interessados, bem como não serão todas as matérias que são decididas em grupo, havendo verdadeiro fracionamento da cognição.

No procedimento do *Musterverfahren*, a ação é proposta perante o juiz de primeiro grau, indo para o Tribunal somente após uma das partes provocar o incidente. Aqui, deve a parte indicar as questões de fato ou de direito que atingem diversos litígios individuais, pois tais questões serão alvo de decisão do Tribunal. Necessário destacar que o incidente só pode ser provocado antes de a causa estar madura para julgamento, pois, caso contrário, haveria margem para uma das partes prolongar excessivamente a duração do processo.

Recebida a requisição de instauração do incidente, deve o magistrado suspender o processo e dar publicidade à requisição, disponibilizando em registro eletrônico (*Klageregister*) todas as informações relevantes. Para que seja efetivamente instaurado o procedimento coletivo, outros nove requerimentos de instauração do *Musterverfahren* devem ser realizados dentro de um lapso temporal de quatro meses, a contar da divulgação, devendo, ainda, tais requerimentos versarem sobre as mesmas questões que o incidente-padrão.

Sendo instaurado o procedimento, o Tribunal escolherá um líder (*Musterkläger*) para os autores e outro para os réus, sendo que estes escolherão a estratégia a seguir. Os demais litigantes desempenharão papel secundário, mas podendo complementar o desenvolvimento da controvérsia, diferentemente das *class actions*.

Excepcionalmente, admite-se que o interveniente possa não ser alcançado pela coisa julgada, quando demonstrar que, em razão do momento em que ingressou no *Musterverfahren*, não pôde praticar atos relevantes ou trazer argumentos necessários ao deslinde da causa, ou seja, não foi possível, com a sua intervenção, influenciar de maneira eficaz na cognição do Tribunal. É o que acontece no Brasil, com o assistente, que não fica sujeito à justiça da decisão, se comprovar que a sua atuação em determinado momento procedimental já não poderia surtir efeitos benéficos.

#### **4.2 – Procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas**

O incidente será instaurado no curso de um processo individual que verse sobre controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica diante da possibilidade de coexistência de decisões antagônicas.

Com o fim de afastar tais possibilidades, o instituto possibilita a definição prévia de uma tese jurídica central comum a diversas ações individuais repetitivas, a qual deverá ser obrigatoriamente adotada nos demais casos. Como leciona Teresa Arruda Alvim Wambier (2012), “também no incidente de resolução de demandas repetitivas será empregada a técnica

do isolamento da questão jurídica central comum às ações repetitivas (fenômeno da cisão da cognição judicial)”.

É possível inferir que o que será objeto de julgamento pelo tribunal é tão somente a questão de direito comum às ações repetitivas, ou seja, por ocasião do julgamento do incidente, caberá ao tribunal construir uma tese jurídica que virá a ser aplicada pelas instâncias inferiores a fim de que aquela questão, até então controvertida, reste definitivamente pacificada.

O incidente, tal qual no *Musterverfahren*, possuirá caráter público, uma vez que a questão debatida inicialmente apenas entre as partes originárias passará a ter o potencial de repercutir na esfera jurídica de todas as outras pessoas que se encontrem em situação semelhante.

Conforme estabelecido no artigo 988 do Projeto, sempre que “*houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito*”, abre-se a possibilidade de requerer a instauração do incidente. Percebe-se, portanto, que diferentemente do *Musterverfahren* alemão o incidente terá por objeto controvérsia fundada exclusivamente em questão de direito, não havendo que se cogitar sua instauração por questões de fato. Para Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues o incidente deveria se assemelhar por completo ao modelo alemão, cite-se:

Parece-nos salutar tal possibilidade de instauração do incidente por questões comuns fáticas. Aproxima-se, aqui, o incidente de seu modelo inspirador do Direito alemão, a saber, o *Musterverfahren*. Embora sustentamos que sua utilidade será indiscutivelmente maior nas questões estritamente jurídicas, não vislumbramos óbices à sua aplicabilidade também nas questões fáticas comuns a diversas ações judiciais. (RODRIGUES, 2013. p. 189).

A legitimação para requerimento de instauração do incidente junto ao Presidente do Tribunal está estampada no artigo 988, parágrafo 3º, a qual foi atribuída aos próprios juízes e relatores, que o farão por meio de ofício, bem como às partes, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à pessoa jurídica de direito público ou associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por meio de petição. Ao Ministério público, nas hipóteses em que não for o requerente, intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono (artigo 988, parágrafo 6º). Observa-se, aqui, sistemática idêntica à da Ação Popular.

O artigo 989 trata da publicidade do incidente, prevendo que sua instauração e seu julgamento serão sucedidos de ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de

registro eletrônico no Conselho Nacional de justiça. Este deverá manter um cadastro das questões de direito submetidas à sistemática do incidente, cuja formação e atualização de dados competirão aos tribunais.

Rejeitado o incidente, os demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica retomarão seu curso. Entretanto, uma vez admitido, os processos em tramitação em primeiro e segundo graus serão suspensos (artigo 990, §1º), admitindo-se, porém, eventuais medidas de urgência postuladas junto ao juízo de origem (artigo 990, §3º).

Após o julgamento da questão de direito que deu ensejo à propositura das ações repetitivas, o acórdão do tribunal será observado, de forma obrigatória em todos aqueles processos em curso, por parte dos juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência (artigo 995, *caput*). Mais tecnicamente, como já explicitado, o que fará vinculação é a *ratio decidendi* utilizada pelo tribunal para dirimir a questão jurídica controversa.

Havendo interposição de recurso extraordinário ou especial e a matéria for examinada pelo plenário da Corte respectiva, a tese firmada passará a ser aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e tramitem em todo o território nacional (artigo 995, §5º).

Na hipótese de não observância da tese jurídica adotada na decisão proferida no incidente, caberá reclamação ao tribunal competente, que decidirá acerca de eventual desrespeito à autoridade de sua decisão (artigos 941 e 942, inciso IV).

#### **4.3 – Análise do incidente e suas peculiaridades**

Conforme visto, questões de fato estão excluídas do âmbito de análise do incidente, logo, a pretensão manifestada pelo autor constitui a questão principal do processo, o mérito da causa. Assim, a solução que se dê à lide é veiculada no dispositivo da sentença e só ela fará coisa julgada material.

De tudo que já foi exposto se percebe que o incidente é um procedimento que se instaura a partir de um processo já em curso e, assim, a demanda de que se origina passará à competência do órgão *ad quem*, para que sobre ela haja decisão, a partir do que ficar assentado com respeito à questão de direito discutida. Assim, para a “ação modelo”, que transmite a discussão sobre a questão de direito ao Tribunal, haverá decisão não apenas da questão controvertida, mas da própria lide. Para as demais ações, aquelas que foram representadas pela “ação modelo”, a decisão do incidente não representará decisão da própria

lide, mas apenas da questão de direito que é comum a todas. O juízo *a quo* de cada qual é que deverá, agora à luz da resolução que se fez da questão de direito no Tribunal, proceder ao exame do mérito. A projeção, então, não é dos efeitos da coisa julgada, mas da tese jurídica, da razão de decidir (a já explanada *ratio decidendi*).

Nas ações coletivas, por exemplo, de maneira diversa, há, além da resolução conjunta da questão jurídica pertinente às diversas lides aglutinadas, exame do contexto fático litigioso. Ademais, conforme for, a própria coisa julgada coletiva, e não apenas sua razão de decidir irá vincular a universalidade substituída em juízo. É que, nas ações coletivas, a extensão dos efeitos do plano coletivo para o individual depende de que eventuais processos individuais, que se tenha deduzida pretensão capaz de ser abrangida pela lide coletiva, sejam suspensos, a pedido do autor. Além disso, depende, ainda, de que o resultado da ação coletiva seja favorável à constelação de titulares do direito. A projeção *erga omnes* far-se-á apenas *secundum eventum litis e in utilibus*.

No incidente, não há propriamente julgamento do pedido, mas tão somente em relação ao processo-modelo, como já dito. Como lecionam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza:

Por ele, pretende-se, em verdade, destacar a questão jurídica sobre a qual se controverte ou se poderá controverter em múltiplas demandas similares (nunca idênticas, é bom deixar claro!), para que a seu respeito haja resolução (e não decisão) com eficácia dentro e fora daquele processo que é eleito como modelo. Julgamento mesmo só haverá com relação à causa eleita como paradigma. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord) 2011. p. 505).

Logo, ocorrerá tal qual no *Musterverfahren*, onde ocorre a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. A diferença é que, no modelo alemão, o tribunal competente discute tanto questões de fato quanto de direito.

Assim, para a ação paradigmática não haverá cisão procedimental, mas tão somente em relação às ações que foram suspensas quando da instauração do incidente. A questão jurídica é resolvida no tribunal e, à luz do que lá ficar decidido, retoma-se o curso do processo no juízo *a quo*, para resolução, se houver, de outras questões e conseqüente julgamento do pedido.

No entanto, o Projeto do novo Código de Processo Civil não é expresso nesse sentido. Lecionam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza a respeito do tema:

Na verdade, só se chegou à conclusão explicitada e que explica a natureza jurídica do instituto como autêntico incidente, em razão das manifestações

públicas dos próprios membros da Comissão elaboradora no novo Código de Processo Civil a respeito do Projeto e de como interpretá-lo. Seria recomendável, no entanto, que, quanto ao ponto, fosse o Projeto mais claro, apenas para evitar no futuro discussões do tipo procedimentais, mais apegadas à técnica que ao próprio propósito por detrás da inovação. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 506).

Conclui-se, portanto, que a natureza do instituto é de verdadeiro incidente, instaurado no curso da ação processual, e não uma reunião de ações conexas para julgamento em conjunto pelo Tribunal. Conclui-se, ainda, que o procedimento será diferente entre a ação paradigma e as substituídas, vez que naquela não há cisão procedimental bem como a decisão do incidente servirá como sua decisão de mérito, resolve sua lide. Já nas ações que se fizeram substituídas pela paradigmática, haverá uma cisão procedimental, funcionando a decisão do incidente não como solucionadora da lide, mas apenas decidirá a questão de direito comum a todas.

Uma das falhas que já se percebe no projeto do Novo Código de Processo Civil é que este não explicita qual critério a ser utilizado na escolha da demanda modelo. A respeito do tema:

A índole coletivista do incidente, que encerra, em procedimento único, contenda pertinente a conjunto significativo de interessados e cuja decisão refletirá em todas as demais ações imbricadas umas às outras pelo fundamento idêntico, inegavelmente impõe a escolha de demanda (inicial ou recursal), que condense a maior quantidade possível de argumentos em torno do tema de direito em debate. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 507).

Como visto anteriormente, na Alemanha, o Tribunal escolhe um líder (*Musterkläger*) que define a estratégia a seguir e conduz o processo, o que porém, não impossibilita os demais litigantes, integrantes do processo, de complementarem as alegações do *Musterkläger*.

Deve-se atentar para o fato de que no incidente brasileiro a decisão produzirá efeitos endo e extraprocessuais, fazendo com que a demanda modelo deva ser a mais plural possível.

Conforme determinam Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza, um critério possível e desejável a ser adotado para o incidente seria o adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à eleição do recurso especial repetitivo, para fins de julgamento por amostragem. Diz o parágrafo 1º do artigo 1º da Resolução n. 08/08 do referido Tribunal:

§1º - Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

Afinal, o incidente é uma técnica de julgamento por amostragem, instrumento formado pelo legislador para o fim de uniformizar os pronunciamentos judiciais, em prol do tratamento

igualitário na aplicação do Direito. Ou seja, se a essência é a mesma, idêntico deverá ser o critério adotado quanto à escolha da demanda modelo.

Então, em sendo o relator ou órgão colegiado a instaurar o incidente, elegeem eles as demandas que melhor reproduzam a discussão. Mas, e no caso das partes? E se o processo do qual participam não for o mais representativo da controvérsia? Nesses casos deve o processo de que fazem parte ser o processo modelo responsável por conduzir a discussão pertinente à questão jurídica controvertida.

Defendem Barbosa e Fervenza:

Não faria sentido algum que as partes pudessem suscitar o incidente a partir de processo alheio, diverso daquele do qual são sujeitos. Tanto é assim, que, nos termos do artigo 902, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil, no julgamento do incidente, autor e réu do processo originário poderão, cada qual, sustentar suas razões pelo prazo de trinta minutos. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 508).

Ocorre que esta posição impediria que demandas mais bem fundamentadas fossem levadas ao conhecimento do Tribunal competente para o julgamento do incidente, o que não pode ocorrer à vista da dimensão coletiva do incidente. Assim, além de se admitir, no procedimento do incidente, que pessoas, órgãos e entidades de algum modo interessados na controvérsia exponham, oral ou por escrito, seus pontos de vista respectivos a respeito da discussão, suprindo-se assim eventual deficiência argumentativa verificada no processo “pivô” da discussão (art. 992), também ao relator do incidente é permitido “requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário” (art. 990, §1º, II). Percebe-se, portanto que o juízo *a quo* também funcionará como amigo da Corte.

Em suma, há vários meios, previstos no Projeto, para que uma substancial discussão se trave no procedimento incidente, em prol da adoção da melhor interpretação possível para a questão jurídica controvertida, independentemente de quem tenha dado causa à sua instauração. Nas palavras de Barbosa e Fervenza (2011. p. 509), “o risco da “carência” de representatividade, portanto, fica bastante reduzido em razão, principalmente, da intervenção dos *amicus curiae*”.

Prosseguindo na análise do incidente, vale anotar que, de acordo com o artigo 990, parágrafo 1º, inciso I do Projeto do novo Código de Processo Civil, “admitido o incidente, o relator: I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso”. Como já dito, o objeto do incidente está circunscrito à resolução da questão jurídica comum a várias causas.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que o processo do qual deriva o incidente não ficará suspenso. A continuidade procedimental é indispensável justamente para que sobre a questão jurídica possa se pronunciar o tribunal. E, como se viu, tal pronunciamento se refletirá em todos os demais processos onde há controvérsia sobre o mesmo tema.

Com relação aos demais processos, que se vinculam àquele gerador do incidente pela identidade de questão jurídica, a suspensão que ocorrerá será mais aparente que real. Nos ensinamentos de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza:

Na verdade, bem interpretado o dispositivo, na pendência do incidente, os processos individuais não se suspendem, antes prosseguem sua marcha. Fazem-no conjuntamente quanto à questão objeto do incidente e isoladamente quanto aos demais atos que possam ser praticados no processo e que não apresentem qualquer relação de preliminaridade ou de prejudicialidade (enfim, de subordinação), com a questão jurídica afetada à apreciação do Tribunal. É que, pelo incidente, produz-se um espécie de coletivização de demandas, mas apenas no que respeita à questão jurídica comum. As ações, de fato, não perdem sua individualidade procedimental. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 511).

Portanto, os procedimentos dependentes da resolução do incidente e só estes é que aguardarão pela sua conclusão. Os demais atos podem e devem ser praticados por cada juiz em cada um dos processos. Quando, por exemplo, o autor cumula pedidos absolutamente autônomos entre si, nada impede que o juiz profira decisão parcial a respeito do mérito da causa. Tal decisão, de índole interlocutória, desafiará recurso de agravo de instrumento.

O Projeto de novo Código de Processo Civil expressamente prevê que o mérito possa ser resolvido de modo fragmentado ao longo do procedimento em primeiro grau, atribuindo a tais decisões caráter interlocutório, e sepultando de vez o dogma da unidade de julgamento.

O julgamento antecipado de pedaço do mérito é decisão definitiva que não será revista posteriormente, por ocasião do proferimento da sentença. Então, ou se recorre imediatamente ou haverá preclusão. Daí a admissibilidade excepcional do agravo. O julgamento é dito antecipado não no sentido de antecipação dos efeitos da tutela, mas, sim, porque antecede a própria prolação da sentença. Se o pedido, ou parcela dele, tornou-se incontroverso profere-se a seu respeito decisão definitiva, não provisória.

Haverá decisão interlocutória já que ainda haverá atividade cognitiva a ser realizada com respeito às demais questões que ainda dependem de prova e que por isso não puderam ser apreciadas antecipadamente. Apesar de a decisão veicular conteúdo próprio às sentenças (Projeto, art, 158, §2º), não pode ter outra forma que não a de uma verdadeira interlocutória. Se fosse sentença, o recurso a ser interposto seria o de apelação, cujo processamento impõe

remessa dos autos ao Tribunal revisor. Como, porém, remetê-los ao órgão jurisdicional superior se ainda resta atividade cognitiva a ser empreendida no juízo *a quo*?

Nas lições de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza:

Toda sentença pressupõe encerramento de instância. Não é o que ocorre, porém. A decisão que julga antecipadamente pedaço de mérito, definitivamente, é decisão interlocutória. De mérito. Interlocutória de mérito. Ou melhor, decisão com alma de sentença e forma de interlocutória. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 512).

Outra questão que diz respeito ao efeito suspensivo do incidente e que não está de maneira cristalina no Projeto, diz respeito sobre a possibilidade de demandas individuais que contenham a mesma discussão objeto do incidente e que, a época da sua instauração, não tinham sido ainda ajuizadas, poderem ser propostas na sua pendência.

Da leitura do artigo 990, parágrafo 5º, presume-se que não será admitida distribuição de ação que verse sobre a questão debatida no incidente, no curso deste. Segundo tal artigo, “admitido o incidente, suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito”. Ou seja, uma vez suspenso o prazo prescricional, poderá o detentor direito aguardar o julgamento do incidente sem riscos.

Com essa satisfatória previsão, conforme já foi dito neste estudo, evita o legislador que milhares de demandantes individuais, apenas por medo de ver perecer suas pretensões, ajuízem demandas que poderiam nem sequer vir a ser intentadas se tivessem eles segurança de que, após o julgamento do incidente, o seu direito de ação permaneceria existente. Além disso, combateria a quantidade elevadas de ações desnecessárias, ajudando a desafogar o judiciário, isto porque, muito provavelmente, se a tese jurídica fixada no incidente se revelasse contrária aos interesses de servidor, não se disporia ele a ajuizar uma demanda fadada ao insucesso.

Outra questão a ser debatida em relação o incidente, é a possibilidade de desistência do mesmo pela parte que requereu sua instauração. Discussão parecida já foi enfrentada pelo STJ, no procedimento do julgamento por amostragem de recursos repetitivos, onde se seria possível o recorrente desistir do recurso depois que ele fosse definido como recurso *standard*.

No tocante aos recursos especiais repetitivos, o STJ vem entendendo pela impossibilidade de desistência e por uma razão muito simples: a partir do momento em que é eleito como modelo, o recurso especial se constitui em segmento de todos os demais processos em que se discuta a mesma questão jurídica. Logo, porque adquire feição coletiva, não se admite sua desistência, tal como, aliás, ocorre no tocante às ações coletivas de uma

maneira em geral, uma vez que, por exemplo, uma associação desista de prosseguir com a Ação Civil Pública, poderá o MP assumir a titularidade da ação.

Como já dito, suscitado o incidente, ocorrerá uma espécie de cisão: ao lado do procedimento instaurado por força do ajuizamento da ação ou da interposição de recurso, surgirá procedimento voltado especificadamente ao assentamento de interpretação uniforme quanto a certa norma jurídica. A dimensão coletiva do incidente, de fato, impede que haja desistência do procedimento instaurado para definição da tese jurídica geral, mas não do recurso ou da ação.

Lecionam a respeito desta distinção os eminentes José Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr., mais especificamente com relação aos recursos especiais repetitivos:

Quando se relaciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente à vários outros casos repetitivos. [...] Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursal, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo de concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação judicial. Ademais, a parte pode realmente precisar da desistência para que se realize um acordo, ou se celebre um negócio jurídico, ou por qualquer outro motivo legítimo, que não necessita ser declinado ou justificado. Demais disso, o procedimento recursal é, como se sabe, orientado pelo princípio dispositivo. (CARNEIRO DA CUNHA e DIDIER Jr., 2009. p. 323-324).

Em suma, o incidente carrega consigo questão que, por ser do interesse de muitos, haverá de ser resolvida independentemente do que venha a acontecer com o procedimento primitivo. Nas lições de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza:

O incidente desprende-se do processo que deriva e ganha autonomia. Vida própria. Logo, sobreviverá ainda que não mais se deseje prosseguir com o processo, a fim de que seja estabelecida a tese jurídica de aplicação geral e vinculante. Especificamente para aqueles que manifestaram desistência, a decisão do incidente será indiferente. Assim nada obstará a que haja desistência do recurso ou da “ação”. O que não poderá ocorrer é a desistência do incidente em si, por tratar ele de questão que esta fora do campo de disposição das partes. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 516-517).

Discussão que se mostrava acesa na doutrina era sobre a possibilidade prevista no artigo 476, inciso II do Projeto de Novo CPC, com redação anterior à dada na Câmara dos Deputados, que permitia ao juiz alterar a sentença, depois de publicada, para aplicar tese fixada em julgamento de casos repetitivos. Muito se discutia sobre essa possibilidade e sobre

o limite temporal para aplicá-la. De maneira prudente, a reforma pela qual passou o projeto na Câmara excluiu do dispositivo o referido inciso, passando a prever a possibilidade de o juiz alterar a sentença apenas para corrigir inexatidões materiais, erros de cálculo ou por meio de embargos.

#### **4.4. Comparativo com as Ações Coletivas**

Ante todo o exposto até agora no presente trabalho, com relação ao surgimento dos novos direitos devido às transformações sofridas pela atual sociedade de massa, a diferenciação entre direito difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo e a explanação sobre o inovador instituto trazido pelo Projeto de novo Código de Processo Civil, qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas, é possível responder e realizar o objetivo principal do presente estudo: determinar a relação existente entre as ações coletivas já existentes e o incidente, bem como se eles irão coexistir.

De início, necessário realizar a correta diferenciação entre a sistemática das ações coletivas, quando em foco a tutela de direitos essencialmente coletivos e a tutela coletiva de direitos materialmente individuais.

Em se tratando de direitos essencialmente coletivos – difusos e coletivos em sentido estrito – não há possibilidade, pelo menos à luz do que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, de que cada um dos titulares venha a demandar em sua defesa. E, se o direito, é titularizado por todos, a tutela há de ser também única. Uma só ação coletiva é o suficiente para que a pretensão seja inteira jurisdicionalizada.

O indivíduo, afetado em sua esfera jurídica em razão de lesão perpetrada a direito difuso ou coletivo em sentido estrito, como não poderia deixar de ser, está legitimado a postular em causa própria na defesa do seu direito individual. O que não se admite, no entanto, exceto na Ação Popular, é que a defesa postulada pelo indivíduo transcenda à sua esfera jurídica, ou seja, não pode postular direito que é seu e demais pessoas. Conclui-se, portanto, que a legitimação para estas ações são exclusiva, autônoma e extraordinária.

Assim, especificamente com respeito às ações coletivas que versam sobre direitos por essência coletivos, não haverá espaço para a concomitância de ações repetidas, com conseqüente risco de prolação de solução díspares. Assim, ensinam Barbosa e Ferverza:

Os pressupostos autorizadores da instauração do incidente não se farão presentes. E por aí já se vê que não serão banidas do sistema as ações coletivas, uma vez aprovado o novo Código de Processo Civil. Pelo menos,

não aquelas que digam respeito aos direitos coletivos propriamente ditos. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 498).

Já com relação às ações que versem sobre direitos individuais homogêneos tem-se de maneira clara o problema da coexistência de ações múltiplas versando as mesmas questões de fato e de direito. Nestas, embora se dê tratamento processual unitário aos direitos individuais homogêneos, cada um dos sujeitos unidos na lide titulariza com exclusividade direito próprio, inconfundível, a não ser por sua origem comum com o dos demais.

Assim, as ações referentes a direitos individuais derivados de origem comum, poderão ser individuais ou coletivas. É o que se extrai do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que deixa claro que o ajuizamento de uma ação coletiva não induz litispendência para as individuais e vice-versa. A sistemática coletiva adotada no Brasil não exclui do indivíduo a possibilidade de, sozinho, postular em juízo na defesa de direito que é seu, mas que, comumente, é também compartilhado por muitas outras pessoas, em razão da gênese comum.

Analisada as ações coletivas referentes aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos, passa a ser possível a diferenciação entre elas e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nas ações coletivas, o Judiciário analisa questões fato e de direito comuns às lides, além emitir pronunciamento a respeito da pretensão. Já no campo de aplicação do incidente, esse dirá respeito apenas às ações em que se tenha uma mesma questão jurídica. Haverá, portanto, resolução apenas da questão de direito controvertida, não podendo se falar em análise de questões de fato.

Necessário frisar, ainda, que diferentemente das ações coletivas, onde são reunidas demandas singulares em uma única demanda, no incidente não existirá uma associação de lides, como se vê naquelas, mas sim a prática de um ato concreto que produz, simultaneamente, efeitos em diversos processos pendentes.

A decisão do incidente, apesar de veicular pronunciamento judicial único a respeito de uma questão de direito que se repete em várias causas distintas na qualidade de fundamento do pedido, não é dotada de eficácia executiva. Diferentemente ocorre no âmbito das ações coletivas, em que, sendo a decisão procedente (*secundum eventum litis e in utilibus*), esta será uma sentença condenatória genérica com força executiva. Se determinada pessoa tem ou não o direito reconhecido ou qual a extensão desse seu direito, é problema que extrapola limite da ação coletiva, sendo resolvida no processo individual. Daí falar-se que na execução de

sentença coletiva a cognição não será superficial, uma vez que se deve determinar a existência e a extensão do direito do autor.

No incidente, tão somente a questão de direito será solucionada conjuntamente, uma vez que as demais questões de fato ou de direito subjacentes a cada uma das lides, serão analisadas separadamente e a sentença daí resultante poderá ser diversa para cada litigante. O juízo *a quo* fica apenas vinculado à decisão da matéria jurídica objeto do incidente, o que veicula, mais uma vez se reforça, é tão somente a *ratio decidendi* e não o resultado do julgamento.

Pelo incidente se permite a apreciação simultânea de idêntica questão de direito, própria a várias ações, ao passo que, nas ações coletivas, há resolução conjunta dos próprios litígios, naquilo que tenham em comum. Sendo que a decisão do incidente não é título executivo judicial. Já a decisão da ação coletiva poderá ser, a depender do resultado da ação. A projeção *erga omnes*, no incidente, é só da *ratio decidendi*, não da coisa julgada. Cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa assentada no incidente. Daí extrai-se outra distinção significativa. Enquanto nas ações coletivas a projeção *erga omnes* da coisa julgada se fará em caso de o resultado ser favorável ao universo de substituídos (*secundum eventum litis e in utilibus*), no incidente haverá vinculação ao entendimento do tribunal, seja ele favorável ou desfavorável para os indivíduos envolvidos pela mesma controvérsia de direito.

Outra distinção a ser feita diz respeito à legitimação para propositura. Enquanto nas ações coletivas os legitimados são aqueles fixados em lei, nas ações sujeitas ao incidente, a legitimação continuará a ser de cada um dos autores singulares.

Por fim, nas demandas coletivas referentes a direitos individuais homogêneos, a projeção dos efeitos da coisa julgada coletiva favorável sobre a esfera jurídica dos legitimados ordinários depende de que tenham requerido a suspensão da tramitação de eventual demanda individual já proposta, na qual é deduzida pretensão contida naquela ação coletiva. Optando por prosseguir com sua ação individual, o sujeito não poderá beneficiar-se do resultado do processo coletivo. No incidente, uma vez instaurado, a suspensão é automática.

Conclui-se facilmente, portanto, que as ações coletivas que versem sobre direitos coletivos difusos e coletivos em sentido estrito, sem dúvida alguma, continuarão a existir no ordenamento processual com o advento do novo Código de Processo Civil. Com relação às ações coletivas que tratem dos direitos coletivos individuais homogêneos, ante toda a

diferenciação feita, é o presente trabalho a opinar que as mesmas também não sucumbirão ao advento do novo Códex.

Compartilhando dos ensinamentos de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza, as ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos não serão suplantadas pelo incidente, pelas razões:

- i) Como a decisão do incidente não se constitui em título executivo judicial, serão necessárias ainda, dependendo do que for assentado no tribunal, o ajuizamento de ações tendentes à satisfação da pretensão de direito material passível de ser acolhida;
- ii) pode ser que alguns dos titulares da pretensão reconhecida não tenham condições econômicas de demandar, por si mesmos, em prol da satisfação do direito material, o que se constitui em odioso obstáculo ao acesso à justiça;
- iii) logo, assim sendo, por intermédio das ações coletivas podem ser suplantados tais obstáculos, o que justifica sua permanência. (BARBOSA e FERVENZA, in FUX (coord), 2011. p. 504).

Assim, por mais que o incidente se mostre um meio de resolução de questões jurídicas de maneira coletiva, as ações coletivas já existentes, como a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, continuarão presentes no âmbito processual. Conforme restou demonstrado, as ações coletivas continuarão a ter relevante papel na resolução de conflitos coletivos e na defesa dos direitos da sociedade.

## 5 – CONCLUSÃO

Viu-se, no presente trabalho, que a sociedade a qual o homem integra está em constante mutação, e o direito como agente de tutela das relações sociais tem o dever de acompanhar suas mudanças. As principais mudanças ocorridas e que tiveram forte influência sobre o direito, fazendo com que se buscasse novos mecanismos e novas formas de tutelar tais relações, foi o surgimento dos chamados “novos direitos”. Esses “novos direitos” são frutos do aumento da quantidade de bens que passaram a merecer tutela, da evolução social, das transformações tecnológicas, das descobertas científicas e da globalização, fenômenos estes que mudaram totalmente a forma humana de se relacionar.

Evidenciou-se, assim, para o mundo jurídico, a necessidade de se tutelar os direitos advindos destas transformações de maneira coletiva. Ocorre, entretanto, que a nossa processualística foi desenvolvida de maneira a tratar os direitos de maneira individual, vez que nosso atual Código de Processo Civil data de 1973, não correspondendo, assim, aos anseios sociais, levando ao surgimento das ações coletivas.

Tais ações se mostraram mecanismos importantes na processualística atual, pois possibilitam que múltiplas lides sejam deduzidas em conjunto, o que gera economia da atividade judiciária, seja ela financeira ou de tempo, emanando provimentos judiciais mais céleres e efetivos, bem como, menos díspares. Fazem, ainda, com que danos de pequena monta não deixem de ser punidos pelo custo financeiro de um processo judicial.

Ou seja, as vantagens dos meios de resolução coletiva de conflitos saltaram aos olhos do legislador, vez que se mostram capazes de concretizarem os principais objetivos buscados pelo Projeto de novo Código de Processo Civil, quais sejam, o Acesso à Justiça, a Isonomia, a Segurança Jurídica e a Celeridade. Criou-se, portanto, inspirado no direito alemão, o novo instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Assim, o incidente será instaurado no curso de um processo individual que verse sobre controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica diante da possibilidade de coexistência de decisões antagônicas. No incidente, caberá ao tribunal construir uma tese jurídica que virá a ser aplicada pelas instâncias inferiores a fim de que aquela questão, até então controvertida, reste definitivamente pacificada.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o incidente se uma mostra uma excelente iniciativa do legislador pátrio, da leitura dos artigos referentes a este, algumas questões podem

ser levantadas, uma vez que não se mostram redigidos de maneira cristalina, ou seja, algumas interpretações dúbias podem ser feitas, tais como com relação à natureza do incidente, o meio de seleção do processo-modelo, seus efeitos suspensivo e rescindente, bem como, a possibilidade de desistência da ação “paradigma”, questões estas que se fizeram discutidas no corpo do presente trabalho.

Discutiu-se, ainda, a coexistência ou não das ações coletivas com o incidente de resolução de demandas repetitivas. Em se tratando de direitos coletivos difusos e em sentido estrito, não há dúvidas de que estes serão melhores tratados pelas ações coletivas, já resolvendo a questão de sua permanência no ordenamento processual.

Dúvida mais acintosa aparece com relação aos direitos coletivos individuais homogêneos. Porém, viu-se que estes poderão ser tratados tanto de maneira coletiva, pelas ações coletivas, ou por meio de ações individuais, através do incidente. Sem falar das diferenças expostas entre tais ações e o incidente, como o fato de no incidente não haver reunião de ações, o fato de a decisão do incidente não ser dotada de eficácia executiva, a questão da legitimidade para propositura, entre outros.

O legislador, portanto, com a brilhante inovação, qual seja, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, não quis suplantiar as ações coletivas, criando uma nova sistemática processual para tratamento dos direitos coletivos. Seu objetivo maior foi continuar com todo o avanço que já vinha acontecendo nesta seara, criando mais um instituto capaz de ajudar o direito brasileiro e seu Poder Judiciário a resolverem questões de suma importância, tais como o acesso à justiça, garantir a isonomia e a celeridade processual, bem como acabar com o descrédito da população, transmitindo a segurança jurídica que todos anseiam, deixando de ser uma “loteria”, para assumir o seu papel primordial de concretizador da verdadeira Justiça.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- REDAÇÃO FINAL NOVO CPC. Projeto de Lei 8046/2010, disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1238414&filename=Tramitacao-PL+6025/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1238414&filename=Tramitacao-PL+6025/2005).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *“Por um processo socialmente efetivo”*. Temas de Direito Processual: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990), 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973), 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CUNHA, José Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FUX, Luiz (coord). *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: Arts. 476 a 565*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. v. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (coord). 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v.172, ano 34, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedente e evolução do direito*. In: Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.