



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

THAIS DA SILVA BARBOSA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
NOVO CPC (PL 8046/2010) – LEGITIMIDADE,
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E A INFLUÊNCIA DOS
PRECEDENTES**

JUIZ DE FORA

2014

THAIS DA SILVA BARBOSA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
NOVO CPC (PL 8046/2010) – LEGITIMIDADE,
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E A INFLUÊNCIA DOS
PRECEDENTES**

Monografia apresentada pela acadêmica Thais da Silva Barbosa matriculada sob o nº 200904097, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes.

JUIZ DE FORA

2014

THAIS DA SILVA BARBOSA

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
NOVO CPC (PL 8046/2010) – LEGITIMIDADE,
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E A INFLUÊNCIA DOS
PRECEDENTES**

Monografia apresentada pela acadêmica Thais da Silva Barbosa matriculada sob o nº 200904097, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Clarissa Diniz Guedes.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Joana de Souza Machado
Universidade Federal de Juiz de Fora

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho à minha mãe Marluce (*in memoriam*) que é motivo de todos os meus esforços e razão de todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade da vida e por ser fonte de força em todos os momentos de dificuldades. À minha estimada família pela compreensão quando os estudos se tornaram prioridade. Aos meus amigos por caminharem lado a lado comigo nesta etapa. À minha querida professora e orientadora Clarissa pela paciência, carinho e tempo dedicados, sendo sempre exemplo de pessoa e profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação trazida pelo novo CPC – PL 8046/2010 –, principalmente no que diz respeito à legitimidade e à influência dos precedentes, através do estudo do direito estrangeiro – especialmente das *class actions* norte-americanas e do *musterverfahren* alemão –, objetivando descobrir se o novo instituto atinge seu objetivo de concretização dos princípios de celeridade, segurança jurídica e isonomia sem mitigar com isso o acesso à justiça, representado no estudo como legitimidade, e ainda como o instituto se mostra como uma forma de valorização dos precedentes no sistema nacional de *civil law*.

PALAVRAS-CHAVE

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, novo CPC, legitimidade, representatividade adequada, *musterverfahren*, valorização dos precedentes.

ABSTRACT

This work aims analyze the new institute of Resolution the Repetitive Proceedings, preview at the Draft of New Brazilian Civil Procedure Code - PL8046/2010 -, particularly with regard to study the legitimacy and the influence of precedents, through comparative law – specially the class actions from United States and the *musterverfahren* from Germany –, aiming to discover if this new institute achieves its goal of implementation the principles of expediency, legal certainty and equality without limiting access to justice, represented as legitimacy, and also explain how the institute can be a way of precedents valorization in Brazilian Legal System based in Civil Law.

KEYWORDS

Resolution of Repetitive Proceeding, new Brazilian Civil Procedure Code, legitimacy, adequacy of representation, *musterverfahren*, valorization of precedents.

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. Legitimidade e Representatividade adequada	11
2.1. A idéia de legitimidade	11
2.2. A legitimidade e a representatividade adequada nas <i>class actions</i> americanas	13
2.3. Legitimidade, representatividade adequada, isonomia e acesso à justiça	17
3. Os direitos repetitivos e os precedentes	19
3.1. Direitos repetitivos x Direitos individuais homogêneos	19
3.2. Os precedentes: conceito e relevância	21
3.3. A miscigenação entre os sistemas de Common Law e Civil Law	24
4. O incidente de resolução de demandas repetitivas, a influência dos precedentes e a legitimidade	26
4.1. A inspiração para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	26
4.2. O <i>musterverfahren</i>	27
4.3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	29
4.4. A relação entre o Incidente e os precedentes	32
4.5. A questão da legitimidade no modelo alemão e brasileiro	33
5. Conclusão	36
6. Referências bibliográficas	37

1. INTRODUÇÃO

A base do Direito é a sociedade. Por essa razão, não poderíamos nos furtar de compreender que as mudanças nessa ensejarão alterações também naquele. Sociólogos diversos já se debruçaram sobre a nova formação social em que nos deparamos nos dias atuais. Vivemos em um sistema cada vez mais coletivo e informatizado, no qual o tempo nos parece demasiadamente valioso e as relações são cada vez mais líquidas e massificadas. Isso haveria de repercutir no Direito.

A Constituição Federal hoje vigente foi promulgada no ano de 1988, trazendo grandes e importantes mudanças ao ordenamento jurídico, visando adequá-lo às realidades sociais. Garantias e direitos fundamentais passaram a ser assegurados. E todo o ordenamento sofreu o impacto positivo que a Carta Magna trouxe.

Houve um forte movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico pátrio. As interpretações passaram a ser a luz de seus princípios, e reformas legislativas operaram no sentido de adequar a unidade do direito nacional.

O Código de Processo Civil ainda hoje vigente data de 1973. Após a promulgação da Constituição Federal foi alvo de diversas modificações legislativas, com intuito de acompanhar o movimento da sociedade e desenvolvimento dos valores preservados pelo Direito. Contudo, com tantos remendos, uma hora seria necessário reconstruir o texto inteiro.

Iniciou-se portanto discussões para que um novo Código de Processo Civil pudesse ser construído. Um código que atendesse verdadeiramente os novos princípios e garantias apresentados pela Carta Magna; que pudesse contemplar as novas relações que a sociedade apresenta de forma justa.

O Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil foi de responsabilidade da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal em 2009, sob relatoria-geral de Teresa Arruda Alvim Wambier, tendo sido apresentado no ano de 2010 como Projeto de Lei do Senado de número 166/2010, sendo remetido

posteriormente à outra casa do Congresso Nacional como Projeto de Lei de número 8046/2010.

É de se ressaltar que há diversas emendas em tramitação, o que inviabiliza um trabalho em cima dos chamados "relatórios parciais". Por essa razão, foi utilizado no presente trabalho a versão recebida pelo Congresso Nacional sob o número de PL 8046/2010, sendo que até o presente momento não houve modificações no instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que é especificamente o objeto deste trabalho.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma novidade no ordenamento nacional que visa abarcar justamente essas novas relações sociais, que cabem ao Direito tutelar, advindas das modificações que a sociedade veio sofrendo ao longo do tempo. As demandas repetitivas são hoje uma realidade tanto na vida social quanto dentro dos gabinetes dos magistrados. Seria retrocesso não abrir os olhos para essa realidade diante da oportunidade de construção de um novo Código de Processo Civil.

A discussão apresentada neste trabalho tem portanto sua razão de ser na medida em que, uma vez publicado o novo CPC, esse instituto, observadas as formalidades legais, passará a ser uma realidade para o jurisdicionado.

As mudanças e objetivos do instituto, conforme exposição de motivos, são muito benéficas. Contudo é necessário analisar se com um objetivo maior de celeridade e segurança jurídica (importantes valores processuais) não se verificou uma supressão de valores igualmente importantes, como o acesso à justiça representado nesse trabalho pela legitimidade; ou ainda, se o conceito de legitimidade conforme construído - uma realidade de um processo individual - é suficiente para abarcar essas novas situações.

Porém, diante dessa hipótese, imprescindível foi ao estudo que recorrêssemos a uma compreensão do direito estrangeiro, especificamente das *class actions* norte-americanas e do *musterverfahren* alemão - sendo este a declarada influência para o instituto brasileiro, conforme exposição de motivos. Conseqüência disso foi um estudo aprofundado da valorização dos precedentes no ordenamento pátrio uma vez que, conforme se apresentará, o Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas pode ser encarado como mais uma forma de valorizá-los e aplicá-los no Direito nacional.

O presente trabalho tem então por objetivo analisar como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é reflexo de uma valorização dos precedentes no ordenamento nacional e compreender como se verifica sua legitimidade, levando a um questionamento sobre a construção do conceito e apresentando a noção de representatividade adequada.

2. LEGITIMIDADE E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

2.1. A idéia de legitimidade

Quando iniciamos no estudo do Direito Processual Civil, logo nas primeiras lições, nos deparamos com as conhecidas condições da ação, e dentre elas com a legitimidade. Explicada nos manuais sempre com base no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, temos ainda uma divisão do conceito em ordinária e extraordinária, que retrata de forma clara como o processo civil brasileiro está estruturado sobre uma ótica individualista.

Legitimidade ordinária seria a possibilidade de se pleitear direito próprio em nome próprio, enquanto a legitimidade extraordinária é a possibilidade de se pleitear direito alheio em nome próprio, sendo tal situação uma exceção à regra que exige, conforme dicção do artigo, autorização dada pela lei. José Carlos Barbosa Moreira¹ ainda desmembra a legitimidade extraordinária em outras subdivisões, contudo, tal aprofundamento se faz desnecessário para o momento.

Como condição da ação, a ausência de legitimidade faz com que, uma vez verificada a situação pelo Juiz da causa ou apontada pela parte adversa, o processo venha a ser extinto sem resolução de mérito, por força do artigo 267, VI, CPC. Percebe-se por essa razão, bem como pelo que reza o artigo 3º do CPC, que a legitimidade é condição essencial ao processo, e que sua ausência não é possível de ser suplantada.

Didier, ao dar noções gerais acerca da legitimidade ad causam, expõe que "impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida"². Para o processo civil brasileiro, este é um ponto que demonstra sua visão de cunho

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um Estudo Sistemático de Legitimação Extraordinária. In: *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, pp.55 e ss.

² DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 14 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 217.

individual, uma vez ser necessário que, em regra, "os legitimados sejam, ao menos potencialmente, os detentores do direito material deduzido em juízo".³

Diz-se ser uma visão individualística uma vez que, diante de situações de tutelas coletivas lato sensu de direito, é inviável que todos os detentores potenciais do direito ali discutido ajam em nome próprio. Isso sem mencionar o caso dos direitos difusos que, conforme artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", uma vez que a sua situação peculiar de titularidade impede que todos os detentores potenciais do referido direito sejam determinados, o que torna inclusive impossível, sob uma ótica de legitimação ordinária, que atuem em juízo nos seus interesses.

A legitimidade extraordinária resolve parte dos problemas dos direitos coletivos, porém não todos, sendo necessários estudos pormenorizados, sobre os quais diversos autores já se debruçaram, para se buscar uma forma de se preservar esta condição da ação em litígios que envolvam tais direitos.

Outros ordenamentos buscaram soluções diversas para buscar atender a essa necessidade advinda da modernização da sociedade como um todo. É claramente observado que o mundo contemporâneo apresenta uma série de relações envolvendo cada vez um maior número de pessoas pela própria facilidade que a globalização trouxe, e conseqüentemente vivemos situações mais complexas que em algum momento caberia ao Direito regular.

Cappelletti e Garth apontam duas ondas de movimento (segunda e terceira) que dizem respeito a uma busca para um efetivo acesso à justiça que abordam justamente a questão da representatividade. A segunda onda que trata da representação dos interesses difusos e a terceira onda que se refere a representação em juízo com uma concepção inclusive mais ampla de acesso à justiça. De acordo com os autores, "conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções eficientes"⁴.

³ GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 10.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 71.

A complicada questão da legitimidade ao se tratar da tutela de interesses coletivos pode ser vista, por esse prisma, como uma barreira ao acesso efetivo à justiça, uma vez que como dito, a legitimidade é uma condição fundamental da ação e sua concepção tal como apresentada pela concepção individualista do processo é insuficiente para abarcar essas novas situações.

A legitimidade traz em si reflexos que a tornam ainda mais relevante, como a própria situação da coisa julgada. Para poder estabelecer quais os limites dos efeitos daquela relação processual ao fim da prestação jurisdicional, é preciso que se determine até que ponto é legítima aquela representação. E, com base na idéia de dominação weberiana, Guedes chega a conclusão que:

no âmbito jurídico, a estrutura da legitimidade implica, igualmente, uma forma de outorga de poder a determinada autoridade, sendo que a dominação dela decorrente será legítima quando provier de atribuição do sistema jurídico vigente, tendo como pressupostos a validade da ordem jurídica de que a legitimidade emana e, também, a existência de uma situação de fato que, subsumida à norma atribuidora de legitimidade, propicie a outorga dessa.⁵

A possibilidade de sofrer os efeitos da coisa julgada tem relação direta com a idéia de dominação trazida pela própria estrutura da legitimidade, pois o legitimado, muito mais do que simplesmente representar, assume responsabilidades perante seus representados ao defender seus interesses. E estes, por sua vez, sofrerão as conseqüências das atitudes tomadas pelo representante dentro do processo.

2.2. A legitimidade e a representatividade adequada nas *class actions* americanas

Os Estados Unidos da América tratam da legitimidade de forma distinta. Ela é encarada como uma condição da ação também, contudo é estudada e verificada junto com o interesse de agir. Para tratar da tutela coletiva, a legitimação

⁵ GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 8.

reaparece como controle eminentemente individual (*standing to sue*) somado a uma nova noção, que é a da representatividade adequada (*adequacy of representation*) trazida pela regra 23.

Cabe aqui uma consideração sobre o sistema norte-americano de ações coletivas conhecido como *class action*, instituído em 1938 com a edição pela Suprema Corte do *Federal Rules of Civil Procedure* em sua já mencionada regra 23. A *class action* é um sistema de litigância em massa adotado nos Estados Unidos em nível federal. É de se ressaltar que essas regras federais sofreram uma reforma em 1966 e que em 2005 foi editado o *Class Action Fairness Act of 2005*, que não revogou a regra 23, mas que versou sobre "questões de competência para o processamento de ações de grupo e aspectos atinentes à idoneidade do procurador da classe para celebrar acordos em sede coletiva".⁶

Sobre a legitimação estadunidense, Roque resume suas características em três aspectos: que o autor tenha sofrido um prejuízo efetivo, um dano concreto, que é o *injury in fact*; que exista um nexo de causalidade entre a conduta imputada ao demandado e o prejuízo sofrido; que a decisão eventualmente favorável seja capaz de remediar os danos, segundo um juízo de forte probabilidade.⁷

Como se percebe das características apontadas, a legitimação nos Estados Unidos tal como no Brasil é encarada sobre um viés individual, e tem sua verificação semelhante a fórmula *in statu assertionis* adotada por aqui. Contudo, enquanto expandimos a possibilidade de entendê-la no juízo coletivo ao adotar a sistemática da legitimação extraordinária, os norte americanos não encontraram instituto equivalente e resolveram a questão com a já mencionada regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*.

De forma geral a regra 23 prevê que "um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandados como representante de todos.", de tal forma que um ou mais indivíduos que compõem a coletividade podem representá-la em uma *class action*. Portanto um próprio integrante do grupo atua como representante na ação, podendo ser um ou mais indivíduos e também sendo

⁶ *Idem*, p. 38.

⁷ ROQUE, André Vasconcellos. *Class actions - Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 82.

permitido que sejam associações, entes despersonalizados, e até uma entidade estatal.

Roque ao tratar do assunto explica que não é suficiente a característica de ser membro do grupo para que o indivíduo seja aceito como representante em uma *class action*, é preciso uma verificação de sua legitimidade, tal como entendida nos Estados Unidos, antes de quaisquer outras considerações.⁸

Foi somente no ano de 1977, no caso de *Hunt v. Washington Apple Advertising Commission*⁹ que foram definidos os requisitos para a legitimação de associações e entes despersonalizados pela Suprema Corte norte-americana.

a) pelo menos um dos membros do ente associativo deve ser legitimado, em tese, para ingressar com uma ação individual em tutela dos interesses que estão sendo defendidos pela associação ou ente sem personalidade jurídica; b) os interesses envolvidos na demanda devem se relacionar aos fins institucionais da associação, e; c) o remédio processual postulado não deve depender da participação individual dos membros da associação.¹⁰

Como ressaltado pelo próprio autor, os dois primeiros requisitos não se distanciam da configuração de legitimidade, porém o terceiro requisito apresenta mais um óbice ao acesso à Justiça por meio desse sistema de representação.

Essa sistemática da legitimação das associações em uma ação individual vai ser estendida pelo sistema norte-americano para se considerar essa legitimidade das associações também em ações coletivas. No entanto as *class actions* americanas não param nesses requisitos para se aferir a legitimidade, aqui entendida não só das associações, mas de todos os potenciais legitimados para propor.

Com uma concepção muito mais ampla, chega-se à noção de representatividade adequada, que pode ser encontrada no item 23 (a) "o representante deve proteger, justa e adequadamente os interesses da classe" quanto especificamente no item 23 (d) que determina que "o juiz deve, ao conduzir a

⁸ *Idem*, p.88.

⁹ *Hunt v. Washington Apple Advertising Commision*, 432 US 333, 342 (1977).

¹⁰ ROQUE, André Vasconcellos. *Class actions - Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 91.

causa, sempre verificar e dar oportunidade aos membros da classe para que se pronunciem a respeito da representatividade adequada e justa".¹¹

A representatividade adequada vai incluir todos os requisitos da legitimidade, em um primeiro grau de análise do representante, no já mencionado *standing to sue*, e somar a isso um dever do julgador de fiscalizar o *class counsel*, que é o advogado, em níveis como sua capacidade financeira para custear o processo, seu conhecimento do direito material aplicável ao caso, sua experiência em *class actions* e outras noções subjetivas. Acrescenta-se ainda a uma análise pelo julgador do pedido que foi formulado, para observar sua abrangência, vendo se todos os pedidos que abrangem a relação coletiva ali discutida foram apresentadas pelo representante. Como expõe Rosa, "se há mais de uma causa de pedir, ou se há mais de um direito lesado, o representante adequado é aquele que apresentar todas as possibilidades, todos os direitos, aquele que sofreu o maior número de danos, enumerados como causa de pedir da demanda".¹²

Como pode-se perceber, esse controle da representatividade adequada além de assegurar que o representante atuará pelos interesses da classe em cujo nome atua, garante que a decisão ao final do litígio vinculará a todos, pois que devidamente representados.

É de ressaltar que existe a possibilidade de se afastar a coisa julgada que ali se forma, mas justamente se conseguir se provar que a representatividade no caso não foi adequada de forma geral ou que para aquele indivíduo pelo menos ela não cumpriu os requisitos já mencionados.

Outra forma de se afastar eventual coisa julgada é através do sistema de *opt-out*. De acordo com a regra 23 (c)(2), é necessário que seja dada ciência da ação aos demais membros da classe pra que, querendo, exerçam seu direito ao *opt-out*. Isso se a corte "entender que questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predomine sobre questões individuais, e o procedimento da

¹¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p.132.

¹² *Idem*, pp. 132-133.

class action for melhor que outros métodos de adjudicar a controvérsia"¹³, conforme item 23 (b)(2).

2.3. Legitimidade, representatividade adequada, isonomia e acesso à justiça

Didier ao tratar da legitimidade em seu curso de processo civil, aponta que "a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. (...) Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*"¹⁴.

Como apontado pelo professor, a noção de legitimidade se desdobra de uma própria concepção do direito constitucional de acesso à justiça, contido no artigo 5º, XXXV, CF que reza "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

É fato que a legitimidade não deve se tornar um obstáculo ao acesso à justiça, mas sem ela o acesso se torna pouco efetivo. É preciso que o indivíduo preencha todas as condições da ação, dentre elas a legitimidade, para que seu direito de provocar o Judiciário se complete de forma efetiva.

Isto porque o processo civil brasileiro como um todo se rege pela regra geral do devido processo legal, sendo este entendido tanto em sua dimensão formal quanto substancial, e, por esta razão, busca-se não só um acesso ao Poder Judiciário, mas um acesso capaz de satisfazer as expectativas do jurisdicionado.

Por isso temos o princípio da efetividade que se desdobra do devido processo legal, e que traduz a idéia de que não basta que os direitos sejam reconhecidos, é necessário que eles sejam efetivados.

¹³ *Idem*, p. 131.

¹⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 14 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 217.

A legitimidade e aqui também a representatividade adequada vêm, portanto contribuir para que a garantia constitucional de poder provocar o judiciário seja possível de ser atingida de forma plena e efetiva pelos jurisdicionados. Por essa razão é que uma análise deste conteúdo se torna relevante.

Acrescenta-se aqui outro princípio que também advém do devido processo legal, qual seja o da isonomia. No plano processual, tratar de isonomia é garantir aos litigantes paridade de armas, mas não só isso, sendo também e especificamente no contexto das demandas coletivas, garantir a todos os representados, não só aquele que está atuando em juízo, um igual direito de acesso à justiça.

Como já visto, nos litígios coletivos por representação, nem todos os indivíduos atuam diretamente na condução do processo, por inviável e pelos demais motivos já expostos, porém todos sofrerão com a coisa julgada, inclusive pelo princípio da segurança jurídica que será abordado mais a frente.

Porém, como nem todos atuam diretamente no processo, é preciso verificar se o sistema de legitimação criado para essas situações não é para aqueles que estão representados uma forma de mitigar o seu acesso à justiça, o que feriria também o princípio da isonomia, pois todos os representados, atuantes ou não, sofrerão os mesmos efeitos, portanto deverão ter os mesmos direitos de buscá-los. Cremos que há possibilidade de não ser uma forma de mitigar o acesso à justiça, o que é inclusive a discussão do presente trabalho.

3. OS DIREITOS REPETITIVOS E OS PRECEDENTES

3.1. Direitos repetitivos x direitos individuais homogêneos

O incidente de resolução de demandas repetitivas, objeto do presente estudo, abarcará, como indicado no próprio nome do novo instituto, os direitos repetitivos, uma novidade na realidade jurídica e legislativa, que nesse momento cabe ser diferenciado dos direitos individuais homogêneos e demais direitos coletivos.

O artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor conceitua que:

A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Dessa forma, Kazuo Watanabe expõe que os dois requisitos para classificar os direitos como individuais homogêneos (art.81, p.u., III, CDC) são portanto a homogeneidade, que seria uma certa uniformidade entre os direitos ou o dano, e sua origem em comum, que pode ser tanto de fato quanto de direito.¹⁵

A partir dessas características da relação jurídica de direito material é que será possível determinar qual a natureza do processo que servirá para tutelar os

¹⁵ WATANABE, Kazuo. *In*: ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p.107.

interesses envolvidos, se individual ou coletivo, uma vez que o procedimento deverá ser adequado para se chegar ao resultado com a almejada efetividade.

O artigo 930 do PL 8046/2010 determina que o instituto do incidente é admissível "sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes", o que fixa, portanto, o que seriam os direitos repetitivos.

Como se percebe da leitura de seu conceito, os direitos repetitivos não requerem a origem em comum presente entre os direitos individuais homogêneos. Há entre aqueles uma certa homogeneidade, mas em grau mais superficial do que é requerido para classificação destes, conforme observado por Rosa.¹⁶

Em virtude dessa diferença na relação jurídico-material, é necessário se questionar qual a natureza do processo que melhor tutelaria esses novos direitos advindos da massificação da sociedade, quais sejam, os direitos repetitivos.

Rosa observa diante dessa realidade que os titulares de direitos repetitivos não formam entre si uma coletividade, uma vez que tem-se "pedidos similares, para causa de pedir similares, entre partes diferentes"¹⁷. Em razão disso, chega a solução de que o incidente não promove uma coletivização, mas uma conjugação de demandas individuais encaradas de forma atomizadas com o objetivo de molecularizá-las.¹⁸

Dessa forma, os direitos repetitivos não são encarados como uma nova face dos direitos coletivos, mas sim como um direito individual que tem potencial de se multiplicar e atingir diversas pessoas diferentes que não formarão entre si uma coletividade.

Essa distinção entre ser ou não um direito coletivo é relevante para se entender como os precedentes característicos do *Common Law* foram importantes para a construção dessa inovação do legislador brasileiro.

¹⁶ *Idem*, p.108.

¹⁷ *Idem*, p.108.

¹⁸ Em comparação com a química, na qual uma molécula é formada pelo conjunto de átomos individualizados, o autor expõe que as demandas repetitivas são processos individuais que podem ser agrupados no recurso, formando portanto uma molécula, que por si só não é um processo coletivo, mas um coletivo de processos individuais.

É de se ressaltar que os direitos repetitivos pela própria leitura do conceito não se confundem com os demais direitos coletivos, motivo pelo qual não nos alongamos na diferenciação entre eles.

3.2. Os precedentes: conceito e relevância

Uma das características mais marcantes do sistema *Common Law*, também chamado de direito casuístico, é sua organização legal feita através dos precedentes.

No sistema *Common Law*, a forma da sociedade, através do Estado, dar uma resposta a uma determinada situação jurídica se dá através de uma lógica diferente da observada nos países de *Civil Law*, passando-se da situação de fato para uma norma individual e concreta (sentença) com posterior repercussão como norma geral e abstrata para casos que apresentem características semelhantes.

Os precedentes são, portanto, essas decisões anteriores que, por meio de uma hermenêutica própria¹⁹, são utilizados pelo magistrado como norma geral e abstrata, sendo aplicados como baliza em uma decisão de um caso posterior semelhante.

Tucci ensina que o precedente é como o núcleo dos pronunciamentos decisórios feitos pelo magistrado, e que é composto por duas partes distintas: "a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório."²⁰

Cabe ressalva de que a parte da decisão pretérita que pode ser invocada como precedente não é a decisão como um todo, mas somente a *ratio decidendi*, que é justamente a parte que constitui a regra jurídica aplicada na solução do conflito analisado. Rosa destaca ainda que nem mesmo os *obiter dictum*,

¹⁹ Ver em: ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado) - a análise que o autor faz sobre a distinção do porque entender a aplicação do precedente como argumentação jurídica e não como analogia.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, pp. 11-12.

que seriam as "afirmações e argumentações acidentais constantes da motivação da decisão (...) que não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão" podem ser invocados como precedente.²¹

É possível classificar os precedentes conforme a sua força de sua influência no julgamento de causas posteriores e semelhantes. Teríamos, portanto o precedente persuasivo cuja função é orientar o magistrado influenciando-o, e também o precedente normativo que seria dotado de força obrigatória e que altera de forma decisiva o julgamento da outra ação. As duas formas são frequentes de serem encontradas e diversas outras características contribuirão para que uma decisão venha a ser considerada um precedente normativo ou persuasivo, como por exemplo o órgão em que foi decidido, a repercussão do caso, etc.

No Brasil encontramos os dois tipos de precedentes, embora adotemos o sistema de *Civil Law*. Os persuasivos são muitas vezes compilados em ementários ou anais, podendo inclusive ser reunidos em súmulas, enquanto os normativos são encontrados nas súmulas vinculantes.

Importante nesse momento do estudo diferenciar precedente de jurisprudência. A diferença entre os conceitos é quantitativa, de forma que o precedente é a decisão considerada singularmente e a jurisprudência a coletividade de decisões judiciais.²²

Outra classificação possível no que diz respeito aos precedentes é com relação à sua direção que pode ser tanto horizontal, quando o juiz anterior se encontra em mesmo grau hierárquico do juiz posterior, como vertical, quando o juiz anterior encontra-se em grau hierárquico superior, conforme ensina Tucci.²³

Rosa cita Duxbury esclarecendo que "um juiz de *common law* não segue os precedentes porque eles existem, mas porque eles fundamentam uma

²¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 35.

²² *Idem*, p. 19.

²³ TUCCI. José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004.

certa linha de raciocínio"²⁴, com o que podemos chegar a conclusão de que nem todas as decisões são precedentes.

A adaptação dos países de *Common Law* ao sistema de precedentes é explicada por sua história e pelo modo como cada qual construiu seu sistema jurídico. Fato é que os precedentes exercem para esses sistemas importantes funções, tais como "fazer justiça, unificar o direito, servir de exemplo para os próximos, dar segurança, trazer certeza ao mundo jurídico, agilizar os procedimentos, etc".²⁵

Renato Rosa cita Mancuso para expor quais as funções que a doutrina processual brasileira identifica para os precedentes no nosso sistema. Chega-se a conclusão de que

ao julgar um caso concreto por meio de sua competência originária ou recursal, um Tribunal exerce uma tripla missão: resolver o caso concreto (função dikelógica), aplicar a norma de regência do caso (função nomofilática), e unificar a interpretação e aplicação do direito (função paradigmática).²⁶

Pela função dikelógica o precedente enseja tratamento idêntico para situações que sejam equivalentes, de forma a concretizar o princípio da isonomia e dirimir o conflito com a devida justiça, o que é consentâneo com o acesso à justiça defendido por Cappelletti e Garth já tratados no capítulo anterior.

A função nomofilática do precedente confere então segurança jurídica, ao conferir ao mesmo maior certeza e previsibilidade para as próximas situações de fato semelhantes. Dessa forma, esta função se relaciona também fortemente com a uniformização da jurisprudência, que nada mais é do que também uma já dita isonomia, mas que pode ser então previsível.

Por último, a função paradigmática faz com que os precedentes sejam encarados como exemplos, de tal sorte que os dois já mencionados princípios - isonomia e segurança jurídica - mais uma vez se concretizam através dos precedentes. Contudo essa função vai além, como forma de desestimular a

²⁴ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 29.

²⁵ *Idem*, p. 31.

²⁶ *Idem*, p. 32.

judicialização de pretensões que sejam opostas às teses já sumuladas ou dominantes.

Segurança jurídica nessas bases é algo encarado não somente como a previsão anterior da letra da lei no estilo de previsão legal e conduta, mas como o mesmo tratamento dado a situações similares anteriores, o que toca também o princípio da isonomia.

Porém se destaca dentre os objetivos dos precedentes o de unificar o direito. Como concretização dos demais princípios citados, a unificação do direito muitas benesses traz aos jurisdicionados, que encontram no Judiciário um tratamento isonômico e célere. Estes serão, como será visto mais à frente, alguns dos motivos para que se institua no Brasil o incidente de resolução de demandas repetitivas.

3.3. A miscigenação entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*

A modernidade trouxe não só novas relações jurídicas como os direitos repetitivos, mas também uma possibilidade maior de comunicação entre os sistemas jurídico-normativos que, encarando as novas situações em tempo quase concomitante, passaram a se influenciar mutuamente, de modo que houve um crescimento dos estudos de direito comparado.

Cappelletti, em um estudo sobre as formações sociais e o processo civil que abarca a transformação do direito moderno, conclui que

a lição de Direito Comparado está a mostrar que as transformações (...) longe de serem o fruto de uma visão pessoal ou local, respondem aqui o que são as grandes e gerais tendências evolutivas do mundo contemporâneo.²⁷

De sorte que podemos perceber que as modificações ou evoluções do direito passaram a ser vistas e verificadas de forma geral, e que o direito comparado torna-

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo, vol. 5, pp.128 ss., jan. 1977.

se então uma potente ferramenta para se chegar à estrutura mais eficaz dentro da realidade jurídica de cada país e seu respectivo sistema.

É então nesse contexto que os sistemas de *Common* e *Civil Law* se aproximam e se relacionam, servindo de modelos recíprocos. Cappelletti e Garth ao apontarem as ondas de transformações no acesso à justiça nos diferentes países do mundo Ocidental²⁸, já demonstram o modo como as transformações sociais e as alterações no direito foram se dando de forma globalizada. Embora com diferentes realidades, conceitos e estruturas jurídicas, muitas idéias foram passíveis de serem incorporadas por mais de um país, ainda que cada um tenha feito suas pequenas alterações para adequar ao seu próprio ordenamento.

Conforme estudado e demonstrado por Tucci²⁹, no século XIX houve um movimento de superação do paradigma positivista, que abriu, portanto as portas para que o precedente pudesse passar a ser visto como uma fonte do direito mesmo nos sistemas de *Civil Law*.

Taruffo lembra ainda que "a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*".³⁰

O incidente de resolução de demandas repetitivas passa a ser um mais recente exemplo dessa incorporação de estruturas de outro sistema jurídico ao sistema pátrio. Inspirado no modelo alemão do *musterverfahren*, representa uma inovação legislativa para lidar com problemas comuns a outros países - os direitos repetitivos e suas conseqüências - adaptada à realidade brasileira.³¹

Com o presente estudo pretendemos verificar como os precedentes influenciaram o novo instituto trazido pelo Projeto de Novo Código de Processo Civil - PL 8046/2010 - especificamente no que diz respeito a noção de legitimidade.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 31 ss.

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004.

³⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Revista de Processo, vol.199, pp. 139 ss., set. 2011.

³¹ Vide Exposição de Motivos Comissão de Juristas - consultada no sítio: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas> em 04 de junho de 2014

4. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, A INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES E A LEGITIMIDADE

4.1. A inspiração para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Na exposição de motivos³² feita pela comissão de juristas designada pelo Senado Federal para elaboração do novo Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas ganha explicações pormenorizadas do seu surgimento no ordenamento brasileiro.

Conforme colocado pela comissão, o Novo Código de Processo Civil tem razão de ser em virtude do enfraquecimento do Código de 1973 devido às recorrentes modificações que foram feitas principalmente nos anos 90, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, visando acompanhar as mudanças na sociedade, mecanismo já estudado no presente trabalho.

Dentre os principais objetivos deste novo diploma processual é destacado o anseio para que esteja ainda mais coerente com as normas constitucionais, e que o processo possa se tornar um instrumento capaz de efetivar e concretizar ainda mais as garantias e direitos previstos pelo ordenamento pátrio.

Destaca-se o objetivo de buscar a concretização dos princípios constitucionais da segurança jurídica, isonomia e, em larga medida, celeridade. Neste contexto é apresentado o incidente de resolução de demandas repetitivas, com objetivo de alcançar a uniformização da jurisprudência, uma vez que é apresentado pelos juristas o entendimento de que:

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.

³² Pode ser encontrada no sítio: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas> (consultada em 04 de junho de 2014).

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.³³

Dessa forma, não seria possível se calar diante dos problemas apontados, e novas soluções teriam que ser buscadas visando diminuir o descrédito dos jurisdicionados com relação ao Poder Judiciário e efetivação dos princípios constitucionais.

A segurança jurídica trazida pelo instituto aparece com uma face até então não privilegiada na legislação pátria. Conforme colocado pela própria comissão de juristas, é outro viés que recomendaria que "a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável"³⁴.

O incidente vem então como forte inovação do legislador e com objetivos bem delineados. Para criá-lo, como abordado no capítulo anterior, foram utilizadas técnicas de direito comparado, e inspirou-se no instituto alemão *musterverfahren* com modificações para termos no Brasil um instituto capaz de abarcar a solução desses novos direitos repetitivos advindos da modificação da sociedade. Essa inspiração foi dita pelos próprios juristas³⁵, motivo pelo qual, antes de adentrar no estudo do próprio instituto, o modelo alemão deve ser compreendido.

4.2. O *musterverfahren*

O instituto do *musterverfahren* (que pode ser traduzido ou compreendido como procedimento-padrão) surge na Alemanha no ano de 2005, como reação à insatisfação que o país vivia ao ver ações contra companhias alemãs serem ajuizadas em cortes norte-americanas pela ausência de instituto equivalente às já existentes *class actions* em seu ordenamento. A inovação era específica ao

³³ *Idem*, p. 240.

³⁴ *Idem*, p. 241.

³⁵ *Idem*, p. 244.

mercado de capitais e permitia o tratamento coletivo de demandas de indenização em massa.³⁶

Rosa esclarece que o instituto tinha por objetivo "lidar principalmente com a legislação que impõe às empresas atuantes no mercado de capitais o dever de prestar informações, informar fatos relevantes etc"³⁷, uma vez que quando descumpridos tais deveres surge para todos os investidores no mercado de capitais o direito a uma indenização.

É, portanto um instrumento utilizado para demandas muito massificadas, pela própria possibilidade de ser necessário indenizar todos os investidores, ainda que de outra companhia, por lhes terem violado a possibilidade de acesso às verdadeiras informações.

O procedimento então criado pode ser iniciado por quaisquer das partes, e pode se discutir questões de fato e de direito. Admitido pela corte de primeiro grau, é criado um registro eletrônico que abre possibilidades de demais litigantes aderirem (*opt-in*) ao procedimento modelo, sendo necessário que pelo menos mais 9 litigantes o façam no prazo de 4 meses para que a corte de primeiro grau determine quais questões que serão submetidas ao procedimento-padrão, com a consequente suspensão de todas as demais ações que versem sobre estas.

É remetido então ao tribunal que seja competente para apreciar a questão ali determinada, que então selecionará um litigante modelo que se tornará responsável por conduzir a demanda. Merece ressalva, até pelos objetivos do presente estudo, que esta escolha fica a critério exclusivo e irrecorrível da corte competente, não havendo possibilidade de influenciar a decisão. Destaca-se também o fato de que o litigante modelo não tem poderes para transacionar, não se tornando, dessa forma, um líder das demais demandas.

Desenvolvido o processo, a corte apreciará o mérito e proferirá a decisão modelo, a qual tem eficácia vinculante a todos os litigantes que tiveram suas

³⁶ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 120.

³⁷ *Idem*, p. 121.

demandas suspensas, sem possibilidades de não se incidir a eficácia ampla e geral da decisão. Não há

um sistema de *opt-out* (exclusão voluntária e prévia do resultado do julgamento) (...) nem mesmo uma previsão de sistema de coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, como há no Brasil no sistema das Ações Coletivas.³⁸

Cada magistrado de primeiro grau diante dessa situação julgará as ações individualmente seguindo o entendimento firmado no *musterverfahren*.

4.3. O incidente de resolução de demandas repetitivas

A inovação trazida pelo legislador brasileiro tem, como já mencionado, o escopo de promover uma concretização dos princípios da segurança jurídica, isonomia e celeridade, através de uma molecularização de demandas individuais.

O instituto encontra-se regulado nos artigos 930 a 941 do PL 8046/2010 segundo sua última redação, e prevê sua hipótese de cabimento quando for identificada uma controvérsia "com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes".

Como se percebe, já há aqui uma distinção do modelo alemão, uma vez que se restringe à questões de direito, enquanto naquele é possível abarcar também questões de fato.

O procedimento partirá então da verificação em concreto da questão de direito repetitiva comum aos processos individuais para que se possa reuni-las em um único julgamento a ser aplicado para todos os processos individuais.

Os legitimados para pedirem a instauração do incidente, o que será feito diretamente ao Presidente do Tribunal, conforme §2º do artigo 930, são o juiz

³⁸ *Idem*, p.122-124.

ou relator (de ofício), ou ainda as partes, Ministério Público e Defensoria Pública (por petição).

Ressalta-se que há previsão de intervenção do Ministério Público caso não seja este o requerente, e, tal como na Ação Civil Pública, poderá assumir a titularidade do incidente em caso de abandono ou desistência (art. 930, §3º).

O incidente deverá então ser submetido a uma específica e ampla divulgação e publicidade, por registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, cujos dados serão passados pelos próprios Tribunais (art. 931).

O relator do plenário do tribunal competente ou órgão especial onde houver, receberá o incidente por distribuição, e poderá requisitar informações ao juiz da causa (arts. 932 e 933, *caput*). Em caso de admissibilidade pelo tribunal, será verificada a conveniência de se adotar uma decisão paradigmática, e será julgada a questão de direito com posterior lavratura do acórdão que será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência (art. 933, §§1º e 2º). Em caso de rejeição do incidente, o curso dos processos deverá ser retomado.

Pela dicção do artigo 934 temos que o presidente do tribunal que aceitar o incidente, na mesma sessão, determinará a suspensão de todos os processos pendentes com a mesma questão de direito, estejam esses em primeiro ou segundo grau de jurisdição. Ressalvando a possibilidade de se concederem medidas de urgência no juízo de origem durante a suspensão.

Como mecanismo de busca pela efetivação do princípio da segurança jurídica é facultado às partes, interessados, Ministério Público ou Defensoria Pública, a possibilidade de requerer junto aos tribunais com competência para julgar recurso especial e extraordinário (hoje STJ e STF, respectivamente) a suspensão de todos os processos em âmbito nacional que versem sobre a questão do incidente (art. 937).

Serão ouvidas as partes, os interessados, inclusive entidades no prazo comum de 15 dias, sendo possível a juntada de documentos e, após o Ministério Público em igual prazo (art. 935). Após, será remetido para o julgamento pelo órgão colegiado, com possibilidade de manifestação do autor e réu originários, bem como

o representante do Ministério Público, por 30 minutos cada, com prazo posterior de 30 minutos para manifestação de demais interessados (art.936).

O prazo para o tribunal julgar o incidente é de seis meses, ao contrário haverá cessação da eficácia da ordem de suspensão dos processos, de acordo com previsão do artigo 939.

Uma vez julgado, conforme reza o artigo 938, "a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal".

Será possibilitado que qualquer parte interponha recursos especial ou extraordinário, que serão dotados de efeito suspensivo, ao contrário da regra geral, e a repercussão geral será presumida (art. 940).

Há, por fim, a previsão de que se não for observada a decisão paradigmática proferida pelo tribunal no incidente, caberá reclamação ao tribunal competente, que decidirá sobre eventual desrespeito à autoridade da sua decisão (art. 941).

Pela observação do procedimento, fica clara a idéia de molecularização de demandas já mencionada e não uma coletivização, que ocorreria caso se transformassem as muitas demandas individuais em poucas demandas coletivas de acordo com as partes demandadas. Ocorre, como colocado por Rosa, um "agrupamento para julgamento conjunto das questões comuns, sem contudo coletivizar nada"³⁹. Há entre os titulares das demandas individuais um liame fático que é ter um direito semelhante aos demais, sem contudo ter qualquer liame jurídico.

É cabível, sobre o incidente, uma reflexão sobre uma inversão de instâncias, pois primeiro ocorre o julgamento pelo órgão colegiado superior e depois este é imposto aos julgadores de primeiro grau, evitando, dessa forma, a revisão. Mas quando há inversão, esta "é prevista em lei federal, e assim não há que se

³⁹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 117.

cogitar de qualquer inconstitucionalidade relacionada a essa inversão na ordem do julgamento"⁴⁰.

4.4. A relação entre o Incidente e os precedentes

Como exhaustivamente dito e percebido através da própria descrição procedimental do incidente de resolução de demandas repetitivas, o fenômeno trazido pelo instituto é de reunião de demandas individuais e sobre ele, vamos nos deter agora.

O que o incidente propõe é uma decisão única por um tribunal sobre uma mesma questão de direito com posterior aplicação para todas as demandas de idêntica questão. Os fundamentos para isso são os já mencionados escopos de concretização dos princípios de isonomia (ao tratar da mesma forma os que detêm o mesmo direito) e segurança jurídica (advinda do próprio tratamento isonômico).

Quando se observa o sistema de *common law*, vemos que a lógica de seguir os precedentes é bem semelhante a lógica apresentada pelo instituto. Isto porque ao se seguir um precedente ocorre uma uniformização das decisões, tal como objetiva o incidente. E a influência entre os sistemas vai além disso, uma vez que o que se tem tanto no sistema de valorização dos precedentes como no incidente de resolução de demandas repetitivas é o julgamento de um processo particular, com criação de uma norma individual e concreta (decisão), que pelas razões já estudadas é dotado de um efeito ampliativo naquilo que é realmente o motivo da decisão (*ratio decidendi*) para abarcar novas situações envolvendo a mesma questão entre outras partes.

No incidente ocorre a decisão de uma questão de direito em um processo individual que acaba sendo ampliada para os demais processos que a envolvam, tal como no sistema de *common law*. A grande diferença é que lá não se tem, quando da decisão, real noção se haverá outras questões semelhantes para a qual a *ratio decidendi* será aplicável, então toda decisão pode vir a ser um

⁴⁰ *Idem*, p. 117.

precedente, mas nem toda decisão desde pronunciada o é. Já no modelo brasileiro para uma decisão individual se gerar com força de um precedente é necessário que se observe o procedimento descrito, do contrário temos apenas jurisprudência orientadora.

É como se utilizássemos a divisão dos precedentes entre persuasivos e vinculantes já mencionada no segundo capítulo. A decisão de um processo individual no Brasil é *a priori* norma orientadora, persuasiva para as próximas decisões que envolvam questões semelhantes. Mas a decisão de um processo individual apontado como representativo de uma controvérsia capaz de gerar multiplicidade de processos passa a ser, pela criação do instituto, um precedente vinculante, obrigatório, tal como a súmula vinculante pode ser encarada.

4.5. A questão da legitimidade nos modelos alemão e brasileiro

O estudo do incidente de resolução passa a se tornar ainda mais relevante quando percebemos a grandeza da inovação que ele traz para o sistema brasileiro. É inegável que ele teoricamente concretiza importantes princípios dentro da ordem do Estado Democrático de Direito, mas é fruto de direito alienígena e, por essa razão, é preciso analisar detidamente se não há nenhuma incompatibilidade com o sistema posto.

A preocupação com a legitimidade do instituto surge então neste panorama. Como dito no capítulo um do presente trabalho, dentro da realidade brasileira a verificação da legitimidade para agir em juízo é fundamental para se atingir os demais princípios constitucionais, por isso qualquer novidade que venha a limitá-la tem que ser observada com base no princípio da proporcionalidade.

O sistema processual brasileiro, conforme apresentado, é fundado em concepções individualistas do processo, dentre elas a própria noção da legitimidade e, por essa razão, muitas vezes é limitado para novas compreensões.

A necessidade de se estudar a legitimidade no incidente de resolução de demandas repetitivas vem da própria proposta do instituto de se ampliar os

efeitos da decisão de um processo individual para outros processos cujas partes não tiveram os mesmos direitos de poder apresentar suas teses e argumentos em virtude de não terem sido escolhidos como paradigma.

Percebemos aqui que a legitimidade vai atingir também o princípio da isonomia que o instituto *a priori* tanto valoriza. Se por um lado verificamos que a isonomia se concretiza ao termos julgamentos semelhantes para casos semelhantes, por outro aquele que teve seu processo escolhido como paradigma tem maiores poderes de defesa de seus próprios interesses, que, por sua vez, são comuns aos de outras pessoas que não terão a mesma oportunidade processual.

É nesse contexto que se questiona se o acesso à justiça daqueles que não tem o seu processo escolhido como paradigma fica limitado por uma questão de legitimidade para agir, uma vez que estes não a terão para atuar no incidente e acabarão por ver seu processo individual suspenso com obrigação de seguir a decisão externa sem direito a *opt-out*.

No procedimento alemão (*musterverfahren*) a questão da legitimidade fica passível de questionamento ao não se poder influenciar qual caso será escolhido como modelo e, mais ainda, pela impossibilidade de se impugnar ou exercer o *opt-out*.

No modelo brasileiro a questão não perpassa uma questão de escolha do judiciário, mas uma questão de agilidade. Aquele detentor de um direito capaz de gerar multiplicidade de processos que primeiro pleitear a instauração do incidente trará para si uma série de vantagens na defesa de seu interesse ao se tornar o processo paradigma.

É justo que se destaque que há previsão no instituto de algumas possibilidades de atuação dos demais interessados, como a possibilidade de propor recursos especial e extraordinário (art. 940) ou a possibilidade de apresentar documentos (art. 935) e de dividir o tempo de trinta minutos para manifestação na data do julgamento (art. 936). Porém tudo isso não é suficiente para se entender que há uma possibilidade de participação igualitária de todos aqueles que, para além de interessados, são partes que sofrerão os efeitos da coisa julgada ali formada.

É aqui que as discussões a respeito de legitimação extraordinária e representatividade adequada tomam seu lugar. É certo que não podemos tentar encaixar uma legitimidade individual em uma situação que, embora não seja de fato coletiva, moleculariza demandas individuais, mas é preciso partir do conceito individual para se encontrar essa importante garantia processual no novo instituto.

Rosa expõe que

é a adequação da representatividade que legitima a sujeição de terceiros a um processo no qual não participaram diretamente, sob pena de se violar princípios básicos da judicialização de conflitos, como o devido processo legal e o acesso à justiça.⁴¹

Nesse contexto é que propomos, tal como Renato Rosa, uma importação da noção de representatividade adequada utilizada no modelo das *class actions* norte americanas para a inovação trazida ao sistema brasileiro.

Cabe lembrança de que a escolha do representante adequado vai muito além de selecionar a parte com advogado mais competente, mas passa por uma análise inclusive do pedido formulado (se é completo, se atende a todas as demandas etc).

Observada a representatividade adequada a extensão da coisa julgada passa a ser melhor aceita, uma vez que os interesses de todos foram devidamente defendidos e da melhor forma possível, o que traz também um outro fator muito positivo para a decisão do incidente, que é justamente o fato de que o conflito será melhor debatido e por essa razão se fará maior justiça no resultado final alcançado.

É necessário, portanto, do nosso ponto de vista, que o legislador brasileiro se debruce sobre a legitimidade no instituto de resolução de demandas repetitivas, para que a justiça tão almejada possa se concretizar em bases fortes e sem prejudicar outros princípios tão importantes quanto os que foram defendidos para a criação do instituto.

⁴¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 140.

5. Conclusão

Reafirmando o que foi exposto no presente estudo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser encarado como uma inovação na legislação processual que abarca novas e inegáveis realidades sociais. A razão para seu aparecimento no ordenamento encontra bases sólidas na modificação da sociedade, e tem por escopo uma busca pela concretização de importantes princípios constitucionais.

Sua inspiração veio do sistema alemão, que por sua vez se inspirou no sistema norte-americano, motivo pelo qual ambos foram apresentados.

É perfeitamente possível compreender que o novo instituto é uma importante contribuição para a legislação nacional, e igualmente possível vislumbrar a concretização de suas propostas. Contudo, pela observação do texto conforme apresentado, é por nós proposto uma modificação na forma com que se construiu a legitimidade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sendo sugerida uma adaptação da noção de representatividade adequada utilizada nas class actions norte-americanas.

Ainda sobre o Incidente, concluímos que o mesmo é uma forma de valorização dos precedentes no ordenamento nacional. Algo ainda embrionário (e vanguardista) diante da realidade *civil law* que norteia o sistema jurídico atual. Ressaltamos que consideramos natural o movimento aqui apresentado como miscigenação dos sistemas jurídicos, e que entendemos ser capaz de oxigenar o sistema nacional e de retratar a realidade social cosmopolita, trazendo-a de fato para dentro do Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um Estudo Sistemático de Legitimação Extraordinária. *In: Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo*, vol. 5, jan. 1977.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 14 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

FUX, Luiz. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Andrea Carla Barbosa... (et al.); coordenador Luiz Fux.- Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada. Tradução de Regina Vasconcellos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUEDES, Clarissa Diniz. Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

MARINONI. Luiz Guilherme. (Coord.). A Força dos Precedentes. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

MERRYMAN, John Henry. The Civil Law Tradition. Stanford: University Press, 2009.

RIBEIRO RODRIGUES, Roberto de Aragão. A tendência uniformizadora da jurisprudência no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: ROQUE, André Vasconcellos... [et al.]. (Coord.). O Projeto do Novo Código de Processo Civil: Uma Análise Crítica. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROQUE, André Vasconcellos. *Class actions* - Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol.199, pp. 139 ss., set. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004.