

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Incidente de resolução de demandas repetitivas:
Artigos 997 a 1009 do Projeto de Código de Processo Civil, PL nº 8046/2010.
Uma alternativa às ações coletivas

Mariany Pires Silveira

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
ARTIGOS 997 A 1009 DO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PL Nº 8046/10.
UMA ALTERNATIVA ÀS AÇÕES COLETIVAS

Monografia submetida ao Departamento de Direito Público e Material da Universidade Federal de Juiz de Fora, como parte dos requisitos para a obtenção do grau de bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Clarissa Diniz Guedes.

JUIZ DE FORA
2012

Mariany Pires Silveira

Incidente de Resolução de demandas repetitivas:
Artigos 997 a 1009 do Projeto de Código de Processo Civil, PL nº 8046/10.
Uma alternativa às ações coletivas

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Clarissa Diniz Guedes

Trabalho de conclusão de curso aprovado em __/__/____ pela banca composta pelos seguintes membros:

Prof. Clarissa Diniz Guedes (orientadora)

Prof. Isabela Gusman Ribeiro do Vale (membro convidado)

Prof. Márcio Carvalho Faria (membro convidado)

Conceito obtido: _____

Juiz de Fora
Outubro de 2012

Dedico o presente trabalho a Deus, mestre maior de todos os meus talentos, aos meus pais, Maria e Aginito, pelo amor e apoio incondicional. À minha irmã, Larissa, pela amizade e presença constante. Ao Guilherme pela alegria e cumplicidade. Aos meus amigos, em especial à querida Elisa, minha eterna dupla, e Marília, por todo apoio e carinho recebidos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, pelo conhecimento dedicado em prol da formação humana e profissional dos seus alunos, especialmente à professora Clarissa Diniz Guedes, pela disponibilidade e gentileza com que aceitou orientar-me neste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho estuda o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (antes denominado de “Incidente de Coletivização”), conforme previsto nos artigos 997 a 1009 do Projeto de Lei (PL) nº 8046/10 do Projeto de Novo Código de Processo Civil (CPC), como uma alternativa às ações coletivas. A intenção do trabalho se resume à análise dos fundamentos constitucionais e os precedentes para a reforma advinda com o incidente bem como os problemas e vantagens existentes nas ações de tutela das demandas coletivas já regulamentadas. Nesse ínterim procura-se analisar algumas vantagens do mencionado incidente previsto no PL 8.046/2010, bem como comparar, relativamente ao tratamento coletivo de demandas individuais, ações com certa homogeneidade ou similitude, focando nas espécies de direitos coletivos existentes. Quanto ao direito comparado, foi trazido breve estudo do modelo alemão, que influenciou diretamente o Projeto de Novo CPC, por meio do “*musterverfahren*” . Conclui-se o trabalho, então, após apresentação do procedimento do incidente conforme, realizando-se uma comparação entre o modelo alemão e o incidente estudado frente à possibilidade de servir de alternativa para as ações coletivas, já que estas não conseguiram suprir de forma satisfatória o problema das demandas exaustivas no judiciário e o novel instrumento abarca em seu diapasão a redução da morosidade na tramitação de processos, resguardadas a segurança jurídica e a uniformidade de decisões. Como é notório, não é a intenção deste trabalho o esgotamento das questões atinentes ao objeto de análise, especialmente em virtude da ausência da doutrina mais ampla, bem como de jurisprudência a seu respeito, uma vez que, como mencionado, trata-se de uma inovação do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Ações coletivas. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Anteprojeto Novo Código de Processo Civil. Direito Comparado. Alemanha (*musterverfahren*).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO INCIDENTE	12
1.1 PANORAMA JURÍDICO DA CRIAÇÃO DO INCIDENTE: A BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO	14
1.2. OS FUNDAMENTOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	14
1.2.1 O princípio do acesso à justiça	14
1.2.2 O princípio da segurança jurídica	16
1.2.3 O princípio da igualdade	17
1.2.4 O princípio da celeridade nas ações de massa e o devido processo legal.....	17
2 DIREITO COLETIVO	20
2.1 ESPÉCIES DE DIREITO COLETIVOS	20
2.1.1 Direitos difusos	21
2.1.2 Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	21
2.1.3 Direitos individuais homogêneos	22
2.2 AÇÕES COLETIVAS COMO SOLUÇÃO PARCIAL PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS DE MASSA: VANTAGENS E PROBLEMAS	24
3 INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DE NOVO CPC, UMA ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS EM MASSA	27
3.1 INTRODUÇÃO DO INCIDENTE	27
3.1.1 Legitimação	28
3.1.2 Requisitos	30
3.1.3 Procedimento	31

3.2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE MASSA	33
4 INCIDENTE NO NOVO CPC E DIREITO COMPARADO (BREVES NOTAS DE TUTELA COLETIVA E DIREITO COMPARADO)	38
4.1 ALEMANHA (<i>MUSTERVERFAHREN</i>)	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

Foi instituída a Comissão de Juristas pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Essa Comissão de Juristas entregou em 08 de junho de 2010 o seu trabalho final, que deu início ao Projeto de Lei do Senado Federal (PLS 166/2010), aprovado naquela Casa e remetido à Câmara dos Deputados em dezembro de 2010. Na Câmara dos Deputados, o “Novo CPC” foi numerado como PL nº 8046/10. Em novel relatório proferido sobre o PL 8046/10, no dia 19 de setembro de 2012, a Comissão Especial aperfeiçoou o projeto através de audiências públicas realizadas por todo o Brasil, estabelecendo nova organização lógica, regulando questões de competência e ampliando a legitimidade para a provocação do instituto.

No referido PL, nos artigos 997 a 1009, foi criado um novo instituto, inicialmente denominado de “Incidente de Coletivização”, e em sua redação final chamado de o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, objeto deste trabalho.

Desde que foi instituída a Comissão de Juristas incumbida de elaborar uma proposta de reforma do CPC, uma das preocupações fundamentais do grupo na busca pela evolução do sistema foi a hipertrofia quantitativa do Poder Judiciário. Logo na apresentação do Anteprojeto, José Sarney foi enfático ao indicar quais são os atuais anseios dos cidadãos na busca por um novo Código “que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização do procedimento, garantindo o respeito ao devido processo legal”.¹

O caráter nebuloso das crises materiais modernas, somado ao nascimento de relações processuais que comportam um sem número de sujeitos processuais – ou bem um único sujeito processual que representa um sem número de direitos – desafia a organização do Poder Judiciário no início do século XXI, e foi também um dos grandes desafios da Comissão de Juristas na elaboração do Anteprojeto.

Conforme será mais bem visto ao longo do presente trabalho, o incidente de resolução de demandas repetitivas permite que se julguem conjuntamente as questões de direito que são iguais para diversos processos individuais. Identificada essa repetitividade de

¹ Apresentação do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (LGL 1973). Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em: 04 jun.2011.

questões, propõe-se o incidente e o tribunal competente julga exclusivamente essa questão, impondo o resultado do julgamento a todas as demais demandas individuais, que serão julgadas individualmente, respeitando o resultado do incidente, ou seja, serão julgadas no mesmo sentido. Procuraremos expor as primeiras impressões sobre esse instituto, que poderá consolidar a dogmática aplicável às teses de mesma fundamentação jurídica.

Contudo, antes de adentrar no incidente propriamente, faremos alguns comentários ao panorama jurídico no qual se insere o incidente, bem como aos institutos que o precederam, pesquisaremos a origem de sua inspiração, tecendo breves considerações acerca da classificação dos direitos nele tratados.

A análise das ações coletivas, na perspectiva de suas vantagens e desvantagens frente ao novo instituto, é o meio em que se pode fundamentar a capacidade substitutiva do incidente como uma alternativa às ações coletivas diante das necessidades traduzidas na exigência de modulação do aparato organizacional existente hoje no Poder Judiciário, frente às demandas coletivas sociais, tentando abstrair até onde e como o incidente seria capaz de tutelar tais direitos.

Para procedermos à devida análise das ações coletivas é de suma importância a distinção entre os três tipos de direitos coletivos *lato sensu* para entender melhor que o incidente de resolução de demandas repetitivas visa, sobretudo, à reunião das ações que, embora propostas individualmente, derivam de direitos em que prevalecem os aspectos comuns sobre os individuais, e cujo o sobrestamento permitirá tornar mais eficiente e equilibrada a relação processual. Sob a ótica processual, diversos princípios e exigências pragmáticas justificam o sobrestamento das demandas por meio do incidente proposto pela Comissão; tais princípios também deverão ser notados no presente trabalho de pesquisa.

Além da análise atual das ações coletivas no ordenamento jurídico, faz-se necessário um olhar às perspectivas de outros sistemas. Já na Exposição de Motivos², é impossível vislumbrar o instituto proposto pela Comissão do Anteprojeto sem recorrer ao estudo comparado. De fato, diversos países desenvolveram ferramentas análogas, dentre os quais se destacam a Alemanha e a Inglaterra.

Nos dizeres de Tulio Ascarelli:

(...) o direito comparado representa o meio para ampliar nossa experiência jurídica no espaço, meio semelhante ao que a história representa quanto ao tempo; permite-nos, através do enriquecimento de nossa experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas jurídicos, e, pois, reconstruir os traços fundamentais do direito na

² Exposição de Motivos do Anteprojeto, p.15. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em:

civilização atual ou em determinada época histórica, e as linhas básicas do seu desenvolvimento.³

Portanto, trata-se de matéria em que o estudo comparado é não apenas recomendado, mas *conditio sine qua non* para que a experiência estrangeira possa servir não apenas em seus acertos, mas, sobretudo, em suas críticas e discussões.

Por fim, para que haja a adequação do instituto, tal qual criado na realidade jurídica-processual brasileira, faz-se mister o estudo de suas origens e propostas, a comparação com as ações coletivas para que se vislumbre uma possibilidade alternativa facilitadora, bem como um breve olhar para diferentes sistemas para evitar um importacionismo desatento das peculiaridades do direito brasileiro, sempre primando pela adaptação dos institutos à nossa realidade, e que traga ganhos proporcionais ao processo coletivo, traduzindo uma novidade à problemática nodal no trabalho da Comissão no enfrentamento do conjunto de demandas.

³ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1946, p.7.

1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO INCIDENTE

1.1 PANORAMA JURÍDICO DA CRIAÇÃO DO INCIDENTE: A BUSCA PELA UNIFORMIZAÇÃO

O Incidente de Coletivização se insere no contexto da massificação das demandas, na realidade judiciária brasileira de cerca de 300.000 (trezentos mil) processos distribuídos anualmente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e cerca de 100.000 (cem mil) ao Supremo Tribunal Federal (STF), na realidade de juízes de primeiro grau com doze, quinze mil processos para julgamento, e assim por diante.⁴

Nota-se uma extrema litigiosidade, mas não é só isso, pois o que se tem é uma massificação de demandas: uma massa de processos a respeito dos mesmos assuntos, das mesmas teses, contra as mesmas pessoas; pedidos de indenização sobre os mesmos fatos originários (o mesmo dano a várias pessoas); pedidos idênticos sobre causas de pedir idênticas, mas sem identidade de partes. É preciso *contingenciar a litigiosidade*, *molecularizar as demandas atomizadas*; agrupar os processos semelhantes, para não dizer idênticos.

E, no intento desta reunião, foi preciso conceber um mecanismo que pudesse forçadamente unir os processos individuais, atomizados, para julgamento em conjunto⁵. Esse mecanismo é o incidente de demandas repetitivas, ou melhor, o incidente de *molecularização* de demandas.⁷

O CPC foi escrito na década de 60, período ainda com viés rural na sociedade brasileira. Porém, adiante, com a busca avassaladora pelo capitalismo, acentuou-se também o número de consumidores, cada vez mais exigentes, aumentando os conflitos de interesse, explodindo de demandas o judiciário.

Além da mudança de comportamento da sociedade, observa-se a gratuidade da justiça instituída pela Lei 1060/50, que fez com que o Estado tenha que arcar com as despesas

⁴ Este é o problema há muito apontado por Kazuo Watanabe: Em 2007 foram 302.967, em 2008 foram 277.449 e em 2009 foram 292.103, dados conforme CONJUR, “Justiça na era virtual”, *Anuário da Justiça*. São Paulo, v. 2010, p. 125, 2010.

⁵ Cf. VIGLIAR, José Marcelo M. Litigiosidade contida (e contingenciamento da litigiosidade). In: SALLES, Carlos Alberto de. *et al. As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 49-66.

processuais, bastando apenas, em princípio, a afirmação da parte de que não tem condições de pagá-las, o que sem dúvida incentivou muito a procura de demandas.

Por fim, nosso ordenamento jurídico proporciona amparo legal para os mais diversos conflitos, o que aglomera ainda mais o poder judiciário, chegando a comprometer sua eficiência.

Deparamos-nos com uma situação de profunda litigiosidade, que pretende ser atenuada por mecanismos de resolução em massa realmente efetivos, sem prejuízo das condições da ação e dos princípios do processo civil constitucional.

Nesse contexto sócio-jurídico é que se faz necessária a implementação de um novo código de processo civil, apto a proporcionar um processo efetivo, reduzindo o formalismo e propiciando a busca da celeridade não como fim em si mesma mas pautada no devido processo legal, princípio basilar do ordenamento jurídico.

Sensível a essas obrigações o legislador vem adotando medidas para que se reduza o tempo de tramitação dos processos, notadamente daqueles que dizem respeito à idênticas questões jurídicas, diminuindo a morosidade que assola o Poder Judiciário brasileiro.

Dentre os institutos possuem este objetivo, o incidente não permeia novidade no tratamento de questões repetitivas para o ordenamento jurídico brasileiro que já se inclina para a criação de um regime processual próprio para as tutelas repetidas, não sendo este parte de um movimento isolado.

As Súmulas Vinculantes instituídas pela Emenda Constitucional nº 45, que permite que o STF edite súmula com o objetivo de superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e eficácia de normas que possam gerar multiplicidade de processos, são importantes mecanismos para estabelecer um padrão de solução às lides que virão a se repetir em todas as esferas do judiciário, resguardando a isonomia desses litígios.

Com o mesmo fim de racionalizar julgamentos de demandas de massa encontramos o Julgamento Imediato de Improcedência, que está inserido no atual CPC no art. 285-A. A partir do momento em que as lides chegam ao judiciário de forma reiterada, todas possuindo argumentação semelhante e apenas se adaptando ao caso concreto, cria-se um panorama no qual é possível agrupar autores que passam por situações semelhantes, tornando a sentença possível antes mesmo da citação do réu.

Ainda nesse sentido, estabelecido também pela Emenda Constitucional nº 45, encontramos a determinação do requisito de admissibilidade a demonstração da repercussão geral para a admissão do Recurso Extraordinário nos art. 543-A e 543-B. Se for reconhecida a repercussão geral, enfrentada a questão de mérito do recurso, a decisão prolatada pode ser

reproduzida em processos que versem sobre a mesma matéria, desafogando o infindável número de demandas repetidas nos tribunais superiores.

Nesse mesmo tocante, por fim, encontramos os julgamentos de recursos especiais por amostragem, acrescentado ao CPC, no art. 543-C, que determina a subida de apenas um ou alguns processos ao STJ, quando da existência de muitos recursos versando sobre uma mesma questão de direito. A partir daí haverá uma decisão paradigma que atrela todos os recursos que tratam da mesma matéria, funcionando como solução inexorável às repetições de lides que atravancam o justo funcionamento das Cortes. Trata-se do procedimento mais próximo ao incidente analisado neste trabalho.

Como se pode notar, o Incidente de Demandas Repetitivas nasce nesse contexto de mudança, trazendo consigo precedentes satisfatórios, mesmo que ainda incipiente, e tem como finalidade dirimir situações que versam sobre a reunião de processos, fazendo com que situações semelhantes sejam analisadas de maneira uniforme.

1.2 OS FUNDAMENTOS DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

1.2.1 O princípio do acesso à justiça

Essa busca pela *molecularização*⁸ das demandas insere-se no contexto da terceira onda renovatória do direito processual, relativa aos direitos sociais difusos, previstos nas primeiras constituições liberais e sociais, identificada por Cappelletti e Garth⁶, segundo a qual é preciso conceber mecanismos processuais que permitam o efetivo *acesso à justiça*. Nessa linha, é o tratamento coletivo de demandas individuais repetidas, massificadas, que irá efetivar o acesso de tais litigantes individuais e reunidos à Justiça.

Mais que uma intenção doutrinária, o *acesso à justiça*, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, inclui também a necessidade de que seja dado um adequado tratamento aos direitos de natureza coletiva⁷. Isso significa que os direitos coletivos devem ser adjudicados de alguma forma, sob pena de se violar o mencionado inciso da CF-88.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 67-73.

⁷ Cf. Kazuo Watanabe, in: GRINOVER *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p. 834.

Sem dúvida alguma, o acesso à Justiça deve ser concebido não como simples *admissão no processo*, mas como *pacificação com justiça*⁸, a qual não pode ser obtida pelo tratamento equivocado de demandas repetidas, como ações individuais.

É sabido que o processo civil brasileiro foi concebido a partir de uma visão individualista, em que a filosofia política era pautada pelo liberalismo, preocupando-se, apenas, com a eliminação de conflitos no campo individual, garantindo-se a propriedade privada, a liberdade individual e a autonomia da vontade.

Para que se concretize o princípio em seu âmago “é preciso também eliminar o óbice jurídico representado pelo impedimento de litigar para a defesa de interesses supra-individuais”⁹.

Imperioso observar o caráter de superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia na sentença, bem como a prevalência das questões de direito e de fatos comuns sobre as questões de direito ou fatos individuais¹⁰.

Uma ação em defesa de direitos coletivos deve ter substituição processual que viabilize o acesso à justiça e o contraditório e a ampla defesa, formando paradigmas respaldados e criteriosos para traduzir justamente o que é relevante àqueles sujeitos de direito.

É imprescindível que o *modo de ser do processo* seja adequado a receber demandas repetidas e com elas lidar, sem que se repitam todos os atos necessários em todos os processos; se a discussão se repete, também o deve a decisão.

O *acesso à justiça*, ensina Dinamarco, é também a *efetividade* da ordem jurídica processual, de seus mecanismos e instrumentos. Isso significa que “não basta alargar o âmbito de pessoas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios”¹¹.

Ensina Dinamarco, ainda, sobre a *instrumentalidade do processo* e sua *efetividade*, que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”¹².

⁸ Cf. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. n. 8. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35-36.

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituição de direito processual civil*. vol. I. 5ª ed., revista e atualizada de acordo com a emenda constitucional 45, de 8.12.2004 (DOU de 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133, n. 43 (grifo nosso).

¹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *Ação Civil Pública: lei 7 347/1985. 15 anos*. Coord. Edis Milari. São Paulo: RT, 2001, p. 24.

¹² Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

Surge, portanto, um direito (corolário do artigo 5º, *caput* e XXXV, da Constituição Federal), de que as demandas repetidas sejam tratadas coletivamente, do ponto de vista da administração dos processos, do julgamento equivalente para situações iguais, do prisma da jurisprudência reduzidamente divergente, e assim por diante. Não se trata, portanto, da perspectiva da afirmação de lesão ou ameaça a um direito¹³, mas de uma visão dos escopos do processo (jurídico, absorvendo o social e político¹⁴), para que tenhamos normas processuais adequadas à realidade substancial, com o fim de se atingir o “objetivo tão almejado pela ciência processual: efetividade da tutela jurisdicional”¹⁵.

1.2.2 O princípio da segurança jurídica

A vida em sociedade requer que o conjunto de regras e princípios a serem formulados por um determinado grupo seja seguido por seus indivíduos para que o convívio ocorra de forma harmônica. A manutenção da ordem jurídica só pode existir através de parâmetros que balizem as condutas, bem como sanções para hipóteses de extrapolação.

A segurança jurídica é a essência do próprio direito e do Estado democrático.

No que tange ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a segurança jurídica será buscada mediante decisões judiciais semelhantes para situações semelhantes. Assim procedendo, as pessoas terão um mínimo de previsibilidade quanto às suas condutas, permitindo-lhes, de antemão, antever suas consequências.

Como poderemos observar ao adentrar no instituto das demandas repetidas, a segurança jurídica é, além de princípio norteador do ordenamento, requisito para a propositura do incidente. A uniformização da jurisprudência é imprescindível para que se gere previsibilidade àqueles que ingressam em juízo, evitando o descrédito judicial e o aumento no número de recursos.

O incidente tem potencial de resguardar e efetivar esse princípio tanto quanto as súmulas vinculantes ou os *leading cases* em recursos idênticos.

Assim, as demandas repetidas devem ser tratadas repetidamente, com segurança jurídica, com resultados esperados, ao menos depois que as primeiras demandas são julgadas (ou todas em conjunto).

¹³ Nos termos propostos como significado do inciso XXXV do artigo 5º da CF-88, *cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

¹⁴ *Idem ibidem*, p. 68.

¹⁵ *Idem ibidem*, p. 83.

1.2.3 O princípio da igualdade

Esse princípio talvez seja o de maior viés social dentre todos os outros princípios constitucionais.

O respeito à igualdade é uma das maiores demonstrações de democracia que o Estado de Direito pode conquistar.

Concebemos então que as demandas individuais e repetitivas devem ser tratadas enquanto tais, repetitivas, devendo ser julgadas de acordo com essa natureza, com resultados semelhantes para situações semelhantes, esta a verdadeira expressão da garantia da *igualdade* estampada no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Ser igual não é ser tratado sempre da mesma maneira, mas devem-se tratar do mesmo modo aqueles que se encontram na mesma condição e diferentemente os que não apresentam as mesmas características, conceito traduzido pela própria Constituição como forma de igualdade material.

Através deste tratamento igualitário pode-se perseguir a uniformização de jurisprudência na medida em que as situações semelhantes seguramente não correrão risco de serem decididas de maneira desproporcional e desarrazoada, não concedendo para alguém que tem o mesmo direito concedido a outrem, sem que haja distinção entre os mesmos que justifique.

1.2.4 O princípio da celeridade nas ações de massa e o devido processo legal

A preocupação com a rápida solução dos conflitos não é recente. Todavia, com a ampliação do acesso à jurisdição e o aumento expressivo das demandas de massa¹⁶, intensificou-se o debate sobre o assunto e, por conseguinte, houve reflexos na legislação processual que, como se sabe, tem sido objeto de diversas reformas recentes¹⁷. As alterações em busca de celeridade na resolução de demandas foram elevadas a nível constitucional, com a inclusão na Constituição da República da garantia da duração razoável do processo¹⁸. Resta claro, portanto, que qualquer tentativa de imprimir uma marcha mais acelerada no trâmite de ações (tanto as de massa quanto as demais) deverá passar, necessariamente, pela criação ou

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto de Álvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*. v. 96, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59-69.

¹⁷ Algumas das leis recentes que reformaram o Código de Processo Civil: 11.232/2005, 11.187/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006, 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2007, 11.419/2006, 11.441/2007, 11.672/2008, 11.694/2008.

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, LXXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

reforma de mecanismos que possibilitem a resolução ágil dos conflitos repetitivos. A solução em bloco parece ser uma alternativa. Assim, as ações coletivas, com origem no direito inglês, têm sido vistas como uma possível solução para a rápida resolução das demandas de massa¹⁹.

A razoável duração do processo enquadrada no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados significa, entre outras coisas, que as partes têm o direito subjetivo à celeridade em seus processos.

O que não podemos deixar de sopesar é que a celeridade, às vezes entendida também como questões de economia processual, não pode cercear princípios imprescindíveis, e de igual hierarquia, para o alcance do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa. Através da novidade apresentada pelo instituto aqui analisado, que sem maiores questionamentos traduz uma medida de celeridade aos processos semelhantes que tramitam no judiciário, devemos resguardar e estar atentos a ponderação de que esse ideal de celeridade deve estar acompanhado de efetividade, que é um de seus aspectos, dos princípios do contraditório e ampla defesa que devem sempre ser prevalentes, por inerentes à ideia do Estado Democrático de Direito.

Mormente o que foi concebido, que o incidente tem prazo de 1 (um) ano para ter uma decisão definitiva e tem prevalência sobre tantas outras ações, é necessário estar atento, porque o prazo não deve ser empecilho a sua realização, mas limite para que a morosidade e burocratização sejam detidas.

Não será atribuição do tribunal responsável pelo julgamento do incidente a análise das particularidades fáticas do caso, limitando-se a apreciar a matéria eminentemente de direito. Com isso, sendo bem aplicado o instituto, não haverá supressão de instância e ofensa à ampla defesa, uma vez que será facultada às partes a produção de provas durante a instrução, possibilitando-lhes, a depender do caso, afastar a tese manifestada por incidente por incompatibilidade entre os fatos e o direito aplicado. Em outras palavras, decidido o incidente pelo tribunal, as partes poderão se manifestar no sentido de que, em virtude das particularidades do caso, o direito a ser aplicado não é o que consta como objeto do incidente, mas um direito diverso (lei ou dispositivo). Desta feita, por não haver análise fática, os processos suspensos não atingidos por um acórdão que tenha considerado fatos poderiam ser rechaçados no curso de cada ação individual.

¹⁹ “Tem acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família 'romano-germânica', o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*, p. 155.

Como poderemos observar, a decisão do incidente gera um paradigma vinculante aos demais casos de sua esfera de competência, tanto as demandas já suspensas e em curso como as futuras. O fato de o incidente não julgar questões meramente fáticas é importante balizador para que não se aja em desfavor daqueles que procuram o judiciário que, a depender de suas especificidades factuais, afastaria as decisões pré-existentes.

Porém, algumas ressalvas podem ser feitas em relação ao instituto. É inegável o potencial de proporcionar celeridade, prezando pela igualdade e pela uniformização da jurisprudência. Ocorre que, ao promover o julgamento da questão de direito pelo tribunal, o incidente poderá provocar o não atendimento do contraditório de maneira plena, pela possibilidade de não haver diálogo entre as partes, aquilo a que Ada Pellegrini Grinover chamou de princípio da participação.

Esse princípio é ínsito a qualquer processo, e no processo coletivo só pode ser concretizado pela presença do representante adequado.

O problema do incidente é que a escolha do paradigma a ser analisado pelo Tribunal não está regulada de forma a determinar que este incidente seja representativo das demais ações de massa, e ainda não se sabe se tais questões serão devidamente tuteladas. Não se quer afirmar que exista alguma inconstitucionalidade, mas tão somente que, com sua instauração, pela possibilidade de uma má utilização, abre-se uma perigosa possibilidade para futuras ofensas a esses princípios em casos concretos, principalmente se as decisões judiciais dele decorrentes não se basearem na ampla discussão a respeito das questões de direito, o que poderia diminuir a qualidade dos julgados. Além disso, o fato de o incidente atingir processos futuros e os já suspensos poderia ter consequências substancialmente negativas.

Não se pode esquecer o fato, ainda, de o incidente conferir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, algo com que o legislador brasileiro sempre teve cautela, atribuindo tal efeito mesmo que não haja decisões reiteradas sobre o tema, como se observa no caso das súmulas vinculantes e do julgamento por amostragem dos recursos.

Contudo, não apenas o incidente, mas todas as inovações trazidas ao projeto do novo Código de Processo Civil devem ser cautelosas com os paradigmas escolhidos e com o princípio da celeridade, que obviamente é uma das justificativas de sua criação.

2 DIREITO COLETIVO

2.1 ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS

Surgiu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se resguardar direitos metaindividuais que estavam fora do Código de Processo Civil de 1973, este fortemente influenciado pelo liberalismo, tradicionalmente individualista e com notória rigidez formal. Com todas as reformas conseguiu-se ganhar contornos de medidas socializantes, afastando-se timidamente do ideal liberalista. No entanto, a tutela principal ficou com as demais leis que amparavam direitos novos, “de massa”, gerando grandes dúvidas na doutrina quanto à classificação desses “novos direitos”. Na tentativa de preparo judiciário para os litígios de massa, ou seja, com a necessidade de reunir os interesses disputados em menos processos inaugurou-se o microcosmo dos direitos coletivos que lidassem melhor com essa realidade.

Contudo, ainda não se vislumbrava qualquer espécie de sistematização ou mesmo uma “nova espécie” de direito.

Com a Carta Magna de 1988 guindou-se a nível constitucional os termos “direitos difusos” e “direitos coletivos”, que passaram a constar da seção que trata do Ministério Público (art.129). A previsão de tal nomenclatura na atual Constituição Federal brasileira iniciou discussões acerca das possíveis categorias de direitos metaindividuais existentes no ordenamento pátrio, ampliando o espectro da Ação Civil Pública.

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.038/90, resultou no saneamento de algumas dúvidas quanto à classificação dos direitos coletivos, uma vez que houve expressa positivação de suas espécies, a despeito da insatisfação de alguns doutrinadores.

Através do CDC, em seu art. 81, foram inseridas na legislação pátria três espécies de direitos coletivos *lato sensu*, quais sejam: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Os critérios classificatórios utilizados pelo legislador foram: a) beneficiários da proteção jurisdicional; b) liame existente entre estes beneficiários e c) divisibilidade ou indivisibilidade do bem a ser tutelado.

Antes de se partir para a explicação de cada uma das espécies de direitos coletivos e no intuito de esclarecer eventuais dúvidas a respeito da inovação operada pelo CDC no ordenamento jurídico brasileiro.

Sempre existiu a necessidade de tutelar direitos sociais que atingiam um número incontável de pessoas, e cujo conteúdo fosse de alta relevância para a sociedade; no entanto, foi apenas com a introdução do microsistema de processo coletivo que conseguimos identificá-los e vislumbrá-los para a facilitação do seu tratamento e realização dos objetivos precípuos da sociedade como um todo.

2.1.1 Direitos Difusos

Servindo-se da sistemática proposta pelo legislador, os direitos difusos são aqueles de natureza indivisível (considerados somente no todo), atribuídos a um número indeterminado de indivíduos, ligados por circunstância de fato (e não de direito).

Podem ser explicados como aqueles pertencentes a uma coletividade (transindividuais), devendo ser considerados por um todo impossível de se fruir individualmente e cujos beneficiários são pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato.

Exemplos clássicos desta espécie de direito são a poluição do meio ambiente e a veiculação de propaganda enganosa. Ambas as lesões atingem número indeterminado de indivíduos que não estavam anteriormente vinculados entre si por nenhuma relação jurídica. Além disso, foram afetados bens jurídicos de natureza indivisível, que devem ser tratados como um todo.

2.1.2 Direitos coletivos *stricto sensu*

A última espécie de direito coletivo contemplado pelo CDC tem como principal característica a indivisibilidade mencionada na espécie acima, contudo, não possui o mesmo grau de indeterminação dos indivíduos titulares de tais direitos, de forma que se mostra possível determinar quais pessoas ou grupos restaram prejudicados pela conduta lesiva. Este é o motivo pelo qual se diz que os direitos coletivos *stricto sensu* têm titulares “determináveis”.

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica básica pode dar-se entre membros do grupo “*afectio societatis*” ou pela sua ligação com a parte contrária. No primeiro

caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ou qualquer associação de profissionais; no segundo, os contribuintes de determinado imposto.

Entretanto, a mais importante característica desta espécie de direito é a pré-existência de liame jurídico entre seus titulares, seja entre si, seja com a parte contrária, jungidos antes mesmo da superveniência do fato danoso. Um grupo interligado por uma relação jurídica básica unida por vínculo anterior à lesão causadora do litígio.

2.1.3 Direitos individuais homogêneos

A última espécie de direito coletivo contemplado pelo CDC tem origem nas *class actions for damages*, que são as ações de danos à coletividade norte-americanas. Dessa categoria de direitos permitiram-se tutelar coletivamente direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, e transcendência decorrente da massificação das relações jurídicas daí decorrentes. A ficção jurídica é criada para possibilitar a proteção molecular dos direitos individuais com dimensão coletiva.

O CDC leciona que são esses são direitos decorrentes de origem comum, ou seja, nascidos em consequência da ameaça de lesão em relação jurídica entre as partes de um fato lesivo. Não é necessário, contudo, que o fato de se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensão individual.

Para evitar equívocos na interpretação transcreve-se a precisa lição de Watanabe:

Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de produto nocivo a saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo em várias regiões têm, como cauda de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.²⁰

Nesse sentido o que se tem em comum é a procedência, o tratamento vantajoso uno das pretensões em conjunto para a obtenção de um provimento genérico.

Como exemplo desses direitos, que são abstratos e gerais, pode-se referir à ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente causados. Os fins ressarcitórios dessas ações são conexos aos interesses da coletividade. O fato de alguns direitos “repetidos” merecerem tutela coletiva e outros não está associado aos requisitos predominância das questões comuns sobre as individuais e superioridade da tutela coletiva

²⁰ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado por autores do anteprojeto, p.629

sobre a individual, a fim de se preservar a efetividade do processo²¹. O que norteará a persecução desse objetivo final de resguardar o coletivo são as condições da ação.

No caso dos direitos individuais homogêneos, se estes não traduzirem superioridade de caráter coletivo às peculiaridades individuais serão heterogêneos mesmo se tiverem origem comum, traduzida na prática por causa de pedir remota e não próxima.

Nesse ínterim, se não trata de direitos individuais homogêneos, a tutela coletiva não deve ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido, tornando-se juridicamente impossível.

Da mesma forma, deve-se resguardar o interesse de agir e a necessidade de eficácia da tutela coletiva tão primada em sede das ações repetitivas. Não seria útil tratar de um direito repetitivo e produzir sentença se essa não revela via tão adequada e eficaz quanto a individual, estaríamos postergando problemas e não dirimindo lides.

Os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de processo individual proposto por vítimas isoladamente; essas ações se multiplicarão, podendo dar ensejo ao incidente de demanda repetitiva. Essas causas repetidas são exatamente as causas individuais propostas por vítimas isoladas que se acumulam no judiciário. Portanto, percebemos uma identidade dos direitos repetidos com os direitos individuais homogêneos; no entanto, o incidente só poderá tratar de questões de direito em que estejam presentes as chamadas “causas maduras” quais sejam eminentemente de direito ou versarem sobre fato incontroverso não podendo discutir questões de meramente de fato.

Como exemplos teríamos causas previdenciárias (reajustes de benefícios previdenciários), tributários (não pagamento de determinado tributo), consumeristas (não aplicação de determinada clausula abusiva de um contrato-tipo) etc. Tudo isso reforça a importância das ações coletivas sobre as individuais, “molecularizando” a solução de conflitos, impedindo decisões divergentes através do instrumento presentemente estudado.

O que se deve concluir sobre os direitos repetidos é que eles são assim determinados por versarem sobre direitos semelhantes, provenientes de situações fáticas também semelhantes – mas não necessariamente da mesma situação fática. Se nas diversas searas jurídicas encontra-se o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, e efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual admitido estará seu caráter repetido. Demonstrado o seu caráter coletivo em primazia às situações fáticas individuais, e que a via adequada e eficiente para a

²¹ GRINOVER, op. cit., p. 24.

tutela desses direitos será o incidente que tem seu efeito vinculante sem modulação da coisa julgada. Podemos vislumbrar um avanço quanto às demandas de massa já que direitos individuais homogêneos podem vir a ser tutelados por outra via que não esteja presente apenas no microsistema processual coletivo, mas sim no próprio Código de Processo Civil através das demandas repetitivas, resguardado o caráter transcendental nas demandas a serem avaliadas.

2.2 AÇÕES COLETIVAS COMO SOLUÇÃO PARCIAL PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS DE MASSA: VANTAGENS E PROBLEMAS

Adentrado ao microcosmo dos direitos coletivos a serem tutelados na previsão do CDC, devemos analisar em quais parâmetros as lides coletivas e suas peculiaridades são vantajosas ou não para posteriormente compará-las ao incidente estudado. Obviamente a lide coletiva é dotada de maior eficácia que a individual, já que a solução de problemas é dada por via representativa.

O acesso a justiça é um dos vieses constitucionais defendidos nessa espécie de tutela de direitos já que não necessita de uma postura ativa dos indivíduos lesados.

Grandes são os problemas advindos da aplicação da via coletiva de tutela. Uma das dificuldades apontadas por Mauro Cappelletti é referente ao problema da legitimação²².

Para o ajuizamento de uma ação coletiva, cria-se uma ficção jurídica, passando-se a legitimação a um ente que represente o interesse coletivo. Um ente, assim, atua em nome próprio para defender direitos alheios, resultando em alguns problemas, como bem abordado por Antônio do Passo Cabral²³.

Não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais.

Se a escolha de legitimação, ou substituição processual, não for adequada, os riscos auferidos são enormes à sociedade política envolvida. Os legitimados responsáveis por proceder a uma representação, por verdadeiramente substituir processualmente os entes,

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela guirisdizionale*.

²³ CABRAL, Antônio do Passo. *O Novo Procedimento-modelo (Musterverfahren) Alemão: uma Alternativa às Ações Coletivas*.

devem ser devidamente preparados e ter interesse na lide tal qual o substituído, sob pena de restrição do processo individual.

O que se deve observar é que, se a legitimidade for falha, a coisa jurídica *secundum eventum litis* pode ser um paliativo para que não atinja os litigantes de maneira tão exasperada e submissa aos efeitos improcedentes da sentença. A questão é que ao se utilizar desse efeito da coisa julgada não fica vedada a possibilidade de novas ações, diminuindo-se a segurança jurídica propiciada pela decisão e, por conseguinte, mitigando-se a efetividade do processo devido ao risco da representação inadequada.

Por isso como outro problema elencado aos pertinentes as ações coletivas temos os efeitos da coisa julgada. No processo coletivo, conforme art. 103, CDC, a coisa julgada se forma ou não, a depender do resultado do julgamento. São três as situações: se a decisão é favorável e procedente a coisa julgada se forma; se ela é desfavorável e improcedente a coisa julgada também se forma; mas se a decisão de improcedência do pedido é por insuficiência de provas, não se forma coisa julgada, permitindo interposição de nova ação coletiva, ou seja, *secundum eventum probationes*.

Quando o pedido é acolhido, a coisa julgada é *erga omnes*. Quando não é acolhido não opera seu efeito expansivo sendo apenas *ultra partes*. Por isso, a doutrina acolhe que a coisa julgada é *secundum eventum litis*, praticamente igual ao processo individual *pro et contra*, sendo a diferença constatada apenas no âmbito da decisão.

Assim, havendo em determinados casos coisa julgada *secundum eventum litis*, as ações coletivas acabam trazendo efetividade somente às lides julgadas procedentes. Na escolha do modelo de coisa julgada *erga omnes*, fica o problema da possibilidade de existência de violação dos interesses legítimos das partes e do devido processo legal, tendo em vista que o risco de representação não adequada sempre poderá estar presente.

Nesse mesmo diapasão encontramos outro problema enfrentado pelas ações coletivas, que é a forma de se chegar à liquidez das sentenças.

A liquidação no processo coletivo é muito mais ampla, complexa e abrangente do que a liquidação em um processo individual, visto que ela não visa somente apurar o *quantum* devido, mas busca demonstrar o dano sofrido, o nexo de causalidade e extensão do prejuízo sofrido por cada titular do direito individual.

O que resta saber é se o incidente de demandas repetidas poderá solucionar tais problemas das ações coletivas ou se apenas os repetirá. Além de ser instrumento alternativo de tutela de direitos coletivos, ainda que acidentais, tais como os individuais homogêneos, o incidente deve aprimorar as técnicas atribuídas no microssistema. Notadamente, haverá

representação de direitos pelo autor da ação paradigmática - ainda que não típica substituição processual, como nas ações coletivas - , já que em um único incidente serão solucionadas questões relativas a diversas ações individuais. Além disso, a decisão de instaurar o incidente já implica a identificação de direitos individuais homogêneos, o que, nas ações coletivas, é feito pelo legitimado ativo, presumidamente adequado a exercer este ofício. Logo, também no incidente a legitimidade e escolha processual devem seguir parâmetros firmes e fiéis às vicissitudes da sociedade, já que a decisão tem efeitos vinculantes às demandas sobrestadas em curso na esfera de jurisdição do tribunal competente, podendo atingir efeitos nacionais.

3 INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DE NOVO CPC, UMA ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS EM MASSA

Antes de adentrar em qualquer estudo comparado, é imprescindível conhecer as linhas do instituto proposto entre nós, para que se possam enxergar quais foram as influências axiológicas do direito alienígena. Haja vista que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi o produto das reflexões da Comissão, a fim de, posteriormente, confrontá-lo com as principais discussões na doutrina e na jurisprudência estrangeira.

Nesse diapasão analisaremos os pontos relevantes e as possíveis consequências de sua instauração, a partir dos dispositivos legais. Não se tem a intenção de esgotar todas as questões referentes ao objeto de estudo, por se tratar de inovação no ordenamento jurídico, porquanto não há previsões jurisprudências e práticas sobre o instituto.

Passemos ao estudo detalhado do instituto.

3.1 DEFINIÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste na reunião de processos fundados em idêntica questão de direito, tais como no julgamento de amostragem dos recursos repetitivos. Porém, o incidente pode ser instaurado em qualquer grau de jurisdição. De acordo com os dispositivos do Projeto, o incidente de demandas repetitivas 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, conforme depreendemos do artigo 997, PL 8046/10:

Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

Quando houver possibilidade de multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, ou seja, determinadas situações que atingem, em massa, um grande número de pessoas que, em virtude disso, ingressam em juízo para buscar o reconhecimento e a satisfação de um direito. Tais demandas se fundam em situações homogêneas, possuindo um perfil próprio.

Portanto, além da similitude de causas de pedir e pedidos, haverá propositura em larga escala no judiciário, já que, se a ação é esporádica, não se justifica resolvê-las por procedimento diferenciado que não promova significativa afronta aos princípios constitucionais já relatados da segurança jurídica, duração razoável do processo e isonomia. Tais princípios, elencados no caput do artigo acima, são também requisitos de admissibilidade do incidente notório no §7º do art.997 do referido projeto 8046/10:

§ 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade previstos no caput deste artigo não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

§ 8º O incidente de resolução de demandas repetitivas não é cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para a definição da tese sobre a questão de direito material ou processual repetida.

Portanto, o incidente só poderá ser suscitado novamente se o pressuposto dantes inexistente se mostrar explicitado. Além disso, existe a restrição quanto à proposição de incidente, apenas as causas que já estão em curso e em que pese não haver recurso definindo tese sobre direito repetitivo.

3.1.1 Legitimação

O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal na pendência de qualquer causa de competência do tribunal, pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, pessoa jurídica ou associação civil, por petição. Nesta linha, o art. 997, do PL 8046/2010 dispõe que:

Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

§ 1º. O incidente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou pela associação civil, por petição.

§ 4º O ofício ou a petição a que se refere o § 3º será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

§ 5º A desistência ou o abandono da causa não impedem o exame do mérito do incidente.

§ 6º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Duas observações devem ser feitas: o incidente pode ser proposto tanto pelo relator, como em 1ª instância pelo juiz de ofício, e se não for o requerente, o Ministério Público (MP) intervirá obrigatoriamente. Sobre esta obrigatoriedade salienta Arthur Mendes Lobo²⁴:

E se não houver interesse público? Assumir a titularidade significa o que? Defender a tese em favor da coletividade? E quando houver interesses coletivos conflitantes? A lei não estaria interferindo na autonomia do Ministério Público? Diferentemente da ação popular, que sempre defende o interesse público o incidente pode ter interesses disponíveis coletivos conflitantes(p. ex exigibilidade de um tributo , de um lado a coletividade de contribuintes, de outro o erário público). Ou, por exemplo, de um lado trabalhadores rurais desempregados, de outro o meio ambiente.

Não seria razoável atribuir ao MP tal função sem que haja interesse pelas partes de prosseguir com o feito, sem que restasse demonstrado o efetivo interesse de agir como condição da ação. Visto o caráter disponível dos direitos individuais, a presença do Ministério Público apenas se justifica porque o interesse público prevalece sobre o privado.

Outro ponto a se observar traduz-se no fato de os terceiros interessados ficarem excluídos, somente a estes é facultada a manifestação, requerimento de suspensão das ações individuais ou interposição de recurso especial ou extraordinário. Não se pode afirmar com clareza se esta participação prevista é suficiente ou se frente a demandas individuais em que todos os interessados tinham condições de se manifestar e realizar o pleno contraditório, se suprimida a jurisdição do órgão de primeira instância, poderia esta simples previsão de participação concretizar um dos princípios basilares do ornamento jurídico. Nesse sentido, entende-se que a realização de audiências públicas (previstas pelo parágrafo único do art.1000 do projeto) pode mostrar-se necessária para a promoção de uma discussão mais aprofundada a respeito de determinada questão de direito, notadamente quando o incidente versar sobre controvérsia que envolva uma grande parcela da população, legitimando o incidente. Ainda nesse tocante, mesmo que haja a substituição processual de todos os interessados que terão suas demandas atingidas por uma sentença genérica vinculante, qual será o critério para que se procure o melhor representante dentre os processos em curso, será apenas “o primeiro” dos processos? O paradigma escolhido ainda não está claro nos dispositivos legais e tal lacuna pode ser utilizada para descrédito do instituto e daqueles por ele atingidos.

²⁴ LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo*, nº 185. São Paulo: RT, 2010, p.237.

3.1.2 Requisitos

Os requisitos são estipulados pelo art.997 do PL 8046/ 10, como aduz o §7º do mesmo artigo:

Art. 997. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

§ 7º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer dos pressupostos de admissibilidade previstos no caput deste artigo não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.

O primeiro ponto a se analisar é que para se falar em controvérsia é necessário que em um processo preliminar tenha tido algum tipo de defesa por parte do réu.

Com relação ao potencial para causar grave insegurança jurídica, decorrente dessas situações conflitantes, é necessária a observação por parte dos legitimados se dessas situações semelhantes serão proferidas decisões semelhantes, zelando pela uniformização de jurisprudência. No entanto, se demonstra um requisito deveras subjetivo, já que caberá ao tribunal decidir se existe o risco de coexistência de situações conflitantes ou não, sem que se estabeleçam outros critérios.

Além dos requisitos previstos pelo art. 997, existe ainda a previsão do art. 998 do referido projeto, que vem ser a mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Art. 998. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§1º. Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

§2º Este artigo aplica-se também ao julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Da mesma forma, no instituto alemão a ser posteriormente analisado, ocorre a necessidade de ampla divulgação. Ocorre que o artigo não determina um prazo para que esta última formalidade seja cumprida, o que poderia ensejar atrasos que inviabilizem a manifestação de terceiros nos autos, o que geraria mais cerceamento e insegurança jurídica. Por fim, entendemos que a divulgação poderia ser feita em diversos meios de comunicação tais como televisão, rádio, jornal impresso, não apenas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para que se gere realmente a sapiência do incidente para todos aqueles que são interessados ou que eventualmente virão a ser.

3.1.3 Procedimento

Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do Tribunal competente ou, onde houver, ao órgão especial. Na admissibilidade, o Tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 997 do PL 8046/10 - o risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica ou efetiva e potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual – e a conveniência de se abrir o caminho para adotar decisão paradigmática.

Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma do Capítulo em que o assunto está previsto.

Art. 999. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao juízo de admissibilidade do incidente, levando em consideração a presença dos pressupostos do art. 997.

§ 1º Admitido o incidente, o relator:

I – suspenderá os processos pendentes que tramitam no Estado ou na Região, conforme o caso;

II – poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo em que se discute o objeto do incidente, que as prestarão em quinze dias;

III – intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§ 2º A suspensão de que trata o inciso I do § 1º deste artigo será comunicada, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária.

§ 3º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 5º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do § 5º do art.

509. O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo.

José Maria Rosa Tesheiner faz uma crítica à competência, e à supressão do órgão de primeira instância: “porque se dispensam prévios juízos de primeiro grau, desejáveis para que a questão de direito seja examinada de diferentes ângulos”²⁵ e, ainda, em razão da

²⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil (arts. 895 a 906)*. Disponível em:

possível ausência de intimidade dos juízes do plenário ou do órgão especial com a matéria objeto do julgamento²⁶.

Com a admissão do incidente, “o relator suspenderá os processos que tramitam no Estado ou na Região conforme o caso”²⁷. Segundo o artigo 1004, § 5, do anteprojeto:

Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.²⁸

Tal sobrestamento pode ser suscitado por qualquer parte processual.

Serão ouvidas também partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na lide (art. 1001) no momento oportuno; essa possibilidade de manifestação escrita por pessoas que não integram o litígio pode-se considerar como *amicus Curie*²⁹. Esta experiência significa uma aproximação com o *common law*, no qual a figura do *amicus Curie* é bastante utilizada, tendo a função de ajudar a corte em virtude de um grande interesse na solução da lide, opinando com propriedade a respeito de assunto de seu conhecimento para alcançar amplitude, legitimando ainda mais o instituto.

Com relação ao prazo, tem-se o art. 1005 do PL 8046/10:

Art. 1005. O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 999, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Após o julgamento do incidente, a tese jurídica do acórdão seria aplicada aos processos que versassem sobre a mesma questão de direito (art. 1004).

http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=32. Acesso em: 23 jun.2010. Larissa Clare Pochman da Silva, disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/285/261.

²⁶ Idem.

²⁷ PL 8.046/10, art. 999. O artigo 298, IV, do anteprojeto também prevê a suspensão dos processos pela admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

²⁸ O Professor Tesheiner critica a possibilidade de suspensão prevista no art. 1004 do anteprojeto: “Um defeito grave dessa regulação é que, da admissão do incidente em um tribunal da federação, pode decorrer a suspensão de todos os feitos que, no território nacional, versem idêntica questão de direito, até o julgamento do recurso especial ou extraordinário que possa ser interposto de uma decisão que ainda não foi proferida. Uma proposta de denegação de justiça.” TESHEINER, José Maria Rosa. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil (arts. 895 a 906)*. Disponível em: http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=32. Acesso em 23 jun.2010.

²⁹ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. In: *Revista de Processo*, 191. São Paulo: RT, 2011, p.169.

Caso haja desrespeito à decisão paradigmática caberá reclamação. Em regra, estamos diante de um caso de recurso, mas não existe nenhuma explicação quanto à possibilidade ou momento deste. Talvez seja possível dizer que a força vinculante das decisões modelo apareça aqui, uma vez que a reclamação é o mesmo tratamento despido das decisões contrárias às súmulas vinculantes.

Caso seja aprovado, será uma alternativa às lides representativas e, certamente, virá contribuir para a efetividade processual, pois é notório que as demandas de massa são responsáveis por grande número dos processos que tramitam no país.

3.2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ALTERNATIVA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE MASSA

Mesmo com a criação do regime próprio para a tutela de demandas de direitos coletivos os tribunais são bombardeados com demandas repetitivas. Nesse momento de transformação da sociedade e multiplicação de litígios é necessária a busca de tipos alternativos de solução. É óbvia a insuficiência dos instrumentos de solução de demandas coletivas, o judiciário continua a ser incessantemente procurado através de demandas individuais para tutelar problemas de massa. Por esse motivo, surge a necessidade de instrumentos que auxiliem a sanar tais dificuldades, dentre eles está o incidente de demandas repetitivas, que traz diversas vantagens.

No entanto, é preciso proceder a um estudo comparativo, elucidando em quais pontos o instituto do incidente de demandas repetitivas será um avanço na tutela de direitos de massa, e em quais pontos a tutela coletiva se respalda e circunda melhor a realidade moderna.

Partindo desses pontos, temos que, para o incidente, não resta o problema da extensão dos efeitos da coisa julgada, como ocorre nas ações coletivas. Utiliza-se, tão somente, a tese da decisão do incidente às outras demandas que estavam suspensas, e as eventuais demandas futuras, não havendo coisa julgada *erga omnes* ou *secundum eventum litis* a beneficiar os substituídos.

Outros grandes problemas das ações coletivas giram em torno da sua competência territorial, delimitada pelo art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, que traz um limite territorial para a aplicação da coisa julgada que vai de encontro a todo ideal atômico do processo coletivo. Tal dispositivo legal impede a extinção de decisões idênticas e inviabiliza a efetivação dos efeitos *erga omnes* das decisões coletivas, atentando contra a economia e

segurança processual, provocando múltiplas ações coletivas. Na tutela dos direitos repetitivos, apesar de inicialmente a decisão vincular apenas os processos que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal pode-se alcançar efeitos nacionais se firmada por tribunais superiores, como versam o artigo 1004 e § 5º do mesmo artigo do PL 8046/10:

Art. 1004. Julgado o incidente, 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. (...)

§5º. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Nesse mesmo contexto, a liquidação tão exaustiva do processo coletivo será no incidente e resolvida em processo comum, que já terá a orientação do paradigma decisório formado, sendo a via adequada para eventuais debates que no processo coletivo acontecem no curso da fase de liquidação, que precisa ainda de prova de nexos causal e extensão do prejuízo sofrido.

Quanto a participações, ambas as ações possuem vias participativas, porém o incidente, por dispensar tamanha representatividade, tem uma participação mais contida dos titulares, o que não representa ofensa ao contraditório e à ampla defesa, já que, como foi estudado anteriormente, existe possibilidade de audiências públicas, manifestação, interposição de recursos. Notadamente, os poderes das partes para bem convencer o magistrado ao promover o julgamento da questão de direito pelo tribunal de segundo grau de jurisdição são cerceados, já que é suprimido o órgão de primeira instância. A participação será efetiva se houver paradigma satisfatório na escolha do processo a continuar, bem como se os legitimados substituírem devidamente a coletividade. O modelo alemão é uma via a ser observada para adaptação à participação popular, já que nele existem representantes de autor e réu e os interessados podem atuar a qualquer momento produzindo provas e trazendo fatos novos.

Ainda como viés positivo, encontramos o caráter temporal curto da decisão repetitiva, já que tem um período de tempo a ser prolatada, que é de um ano.

Além disso, a ampla divulgação é requisito de admissibilidade para o incidente, enquanto nas demandas coletivas a comunicação acerca do ajuizamento da ação coletiva (*fair notice*), não é definida por lei como será feita e a quem é incumbida fazê-la.

Outra vantagem em relação ao incidente sobre as ações coletivas é a prioridade de tramitação prevista no art. 1005 do já referido projeto.

Art. 1005. O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Outra evolução atribuída ao instituto é a vedação do art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85), aqui traduzido:

Art 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (...)

Paragrafo Único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdências, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Notadamente se apresenta uma diferença de amplitude da ação repetitiva em comparação à coletiva, respaldada no fato de que não há restrições quanto a ações contra a Fazenda Pública. Vale ressaltar que o principal violador dos interesses individuais vem sendo o próprio Estado garantidor, e essa lei veio para que pudessem ser controladas as lides que a ele se apresentam por uma coletividade. O fato é que com o incidente pode-se tutelar toda espécie de direito semelhante que tem multiplicidade de processos e dissenso que gere insegurança jurídica. Portanto, quanto aos direitos não contemplados pela ação coletiva por essa ressalva, em uma das leis basilares do microsistema, a nova tutela repetitiva advinda do Novo Código Civil, não trouxe nenhuma escusa como opção político-normativa.

Quanto à legitimidade no incidente, podemos observar a possibilidade de instauração de ofício pelo juiz do incidente, como podemos ver no art. 997, § 3º, inciso I, da lei 8046/10:

Art. 997. É admissível o incidente de demandas repetitivas, quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva ou potencial repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito material ou processual.

§ 1º. O incidente pode ser suscitado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

§ 2º O incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou pela associação civil, por petição;

O juiz pode, de ofício, ao perceber os requisitos presentes no caput, pedir a instauração do incidente, é uma proposta de “massificação de ofício” que será avaliada posteriormente e admitida pelo Plenário ou órgão especial. Não se faz raro perceber que foi

dado muito poder ao juiz e aos julgadores em geral para transformar ações comuns em coletivas massificadas sem conferir ao titular do direito a possibilidade de desvincularem-se da decisão, a não ser mediante via probatória.

O próprio juiz, que não raras vezes é o próprio interessado em julgar de maneira célere o maior número de casos é legitimado. No entanto, o magistrado não pode perder de vista que os direitos tutelados como repetidos devem ter relevância social de matéria, a despeito apenas da própria economia processual, sob pena de se esquecer de tratar de direitos individuais homogêneos que têm como principais características a superioridade, a transcendência e a predominância.

Como poderemos observar no capítulo seguinte, a tendência dos ordenamentos alienígenas é o julgamento de massa, e estamos acompanhando tal evolução; o que se deve ressaltar é a necessidade de os julgadores educarem-se para identificar as situações realmente semelhantes que se mostram dispensadas de dilação probatória por parte dos legitimados e despida de um paradigma comum de admissibilidade. O problema tem ainda dois lados, já que os tribunais devem ter essa aptidão para identificar a demanda representativa de outras tantas que com elas se identifiquem e proceder à admissibilidade os órgãos competentes por sobrestarem os processos idênticos, e devem estar atentos para diferenciar as situações peculiares, ainda que parcialmente coincidentes, daquelas que realmente se adéquam ao paradigma escolhido.

Por isso, a iniciativa de ofício não pode obscurecer a verificação de peculiaridades dos casos tidos como “repetidos”, na intenção de determinar o julgamento de massa, por correr o risco de cercear o contraditório e a ampla defesa e produzir uma sentença genérica vinculante que não se atém ao caso.

A respeito do paradigma escolhido existe uma enorme falta de regulamentação, por isso, para que não haja problemas quanto à admissibilidade na arguição do incidente, deve o órgão julgador estabelecer se aquele recurso tem aptidão para representar os demais, ou seja, desde que houvesse algum controle da abrangência e da qualidade argumentativa. Estamos aqui tratando de implicações de efeitos vinculantes, a decisão pode ocorrer no primeiro processo sobre determinado tema repetitivo que alcançar a esfera do judiciário sem, no entanto, proceder a um estudo sobre aquele em que se instaura o incidente de ofício ou a requerimento, se tem capacidade argumentativa para tal.

Poderia valer-se de uma ação teste, que pode ser até mesmo mais de uma, como ocorre nos sistemas alienígenas, que fosse capaz de tutelar com melhor efetividade nas vias judiciais por se tratar de ações com profissionais capacitados, textos inteligíveis, melhores

condições processuais. Para algo tão sério quanto as decisões vinculantes, o mínimo que se espera é que se decida com base no melhor.

Outro ponto inovador é a formação de jurisprudência vinculante nos tribunais estaduais caso seja admitido o incidente, já que os juízes devem decidir coesamente no caso em primeira instância, e a possibilidade de formação de efeitos nacionais caso sejam interpostos recursos por alguma das partes perante os tribunais superiores, se demonstrada a devida repercussão geral. São formadas decisões vinculantes sem que haja decisões reiteradas em primeira instância sobre o assunto, antes mesmo que seja debatido de forma exaustiva. Na prática, se na aplicabilidade o jurisdicionado não for cauteloso, tal fato pode ser prejudicial, já que certa decisão pode formar um precedente inequívoco.

Diante do exposto, à guisa de conclusão do presente tópico, entende-se que, no geral, o instituto seja uma inovação relevante, capaz de proporcionar bons frutos no direito pátrio. E, não obstante as críticas que possam ser feitas, pode-se afirmar que o legislador brasileiro devido a necessidades atuais, não pecou pela omissão, ao tentar garantir um instituto que seja apto a dar cabo às demandas repetitivas, principais responsáveis, sem dúvidas, pelo abarrotamento de causas que marca a realidade do Poder Judiciário Nacional. Vale ponderar, porém e isso só o decorrer do tempo será capaz de mostrar que o legislador possa ter pecado pelo excesso, na busca desenfreada pela celeridade de maneira quantitativa. Para que isso não ocorra, os debates doutrinários, os pronunciamentos jurisprudências futuros e posteriores alterações do instituto podem ser se mostrar relevantes, a fim de que o incidente se aperfeiçoe.

4 INCIDENTE NO NOVO CPC E DIREITO COMPARADO (BREVES NOTAS DE TUTELA COLETIVA E DIREITO COMPARADO)

A análise e ponderação acerca do novo instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas podem ser otimizadas se feitas à luz de institutos de direito comparado. Assim, como existem modelos de tutela coletiva na legislação estrangeira, mister se faz uma breve abordagem de tal aspecto.

4.1 Alemanha (*Musterverfahren*)

Sua abordagem é necessária por ter sido fonte direta de inspiração para o legislador brasileiro na criação do incidente estudado conforme a exposição de motivos Novo Código de Processo Civil, bem como para viabilizar melhor compreensão do instituto que vem a ser implantado.

Na Alemanha existe uma espécie de incidente de resolução de demandas repetitivas denominado *musterverfahren*, que é um procedimento padrão previsto pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug)*. A finalidade de tal modelo é justamente facilitar a tutela das ações coletivas, como aduz Cabral (2007, pg.132) “*o escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo*”.

A tutela coletiva na Alemanha desenvolveu-se a partir de incidente ocorrido no mercado de ações, em razão de irregularidade cometida pela *Deutsch Telekom* ao lançar suas ações na Bolsa de Frankfurt, fato que acabou ocasionando a propositura de ações em massa perante o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa) com o fim reparatório, gerando obstrução na seção de direito comercial. Assim, em 2005 instaurou-se a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMug)*. Tal mecanismo objetivou resolver de modo idêntico e vinculante, seja sobre o perfil fático ou jurídico, uma questão controversa surgida em causas paralelas através de uma decisão modelo remetida ao Tribunal de Apelação.³⁰

³⁰ Neste sentido, Cabral, *op.cit.*: “O procedimento se inicia com um pedido de instalação do incidente-padrão (Musterfeststellungsantrag), seja pelo autor seja pelo réu, perante o juízo do processo individual (Prozessgericht, o juízo de origem), com indicação do escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido.”

O modelo alemão se define pela fixação de um posicionamento a respeito de questões de fato (o que o diferencia do incidente brasileiro) ou de direito que se repitam em várias causas. Nesse incidente, um único caso é submetido a julgamento, como uma ação teste, para então adotar-se a decisão em todas as outras lides em situação semelhante. Na Alemanha, essa tem sido uma ferramenta adotada para combater o excesso de ações de massa.³¹

O incidente alemão começa mediante requerimento ao juízo de origem, feito por qualquer das partes de um dos processos repetitivos, vedada sua instauração de ofício. No modelo tedesco, diversamente do PL 8.046/2010, o incidente não pode ser determinado de ofício³². Mesmo porque, lá, o procedimento é instaurado e sua admissibilidade decidida pelo juiz de origem. Além disso, a instauração do incidente, no Projeto de Novo CPC, não cabe às partes envolvidas, mas ao Ministério Público, Defensorias, Pessoas Jurídicas de direito público e associações.

De acordo com o PL 8.046/2010, o requerente deverá, outrossim, alegar as questões que pretende resolvidas, demonstrada a transcendência do pedido, ou seja, sua interferência na resolução de questões similares.³³ Tal requisito é tido como se fosse uma “repercussão geral.” Verifica-se a semelhança com o “incidente de resolução de demandas repetitivas” previsto no artigo 997 do anteprojeto do Novo Código de Processo civil brasileiro, inclusive na expressão da “necessidade de instauração.

O procedimento-modelo será inadmitido em qualquer das seguintes hipóteses: quando a causa estiver pronta para julgamento; se sua instauração puder prolongar ou postergar o processo de maneira indevida; se o meio de prova requerido for inadequado; se as alegações não se justificarem dentro dos objetivos do procedimento; ou quando um ponto controvertido não apresentar necessidade de solução coletiva. Ocorrendo qualquer das hipóteses mencionadas, o próprio juízo de origem deve rejeitar o requerimento de instauração do Procedimento-Modelo.

Não ocorrendo as hipóteses de rejeição do requerimento, este será admitido pelo juiz de primeiro grau e haverá a escolha um representante líder para o autor e o réu que atuam durante todo o processo e enquanto não houver decisão qualquer interessado pode intervir,

³¹ Neste sentido, Cabral, op.cit.: “parte deve apontar os pontos litigiosos (Streitpunkte) que deseja ver resolvidos coletivamente, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente. Interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares.”

³² PL 8.046/2010, art. 997, §1º: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou pela associação civil, por petição.”

³³ PL 8.046/2010, art. 997, §2º: “O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.”

suscitando questões de fato ou de direito que ainda não figuram na lide. Percebe-se aqui uma atuação bem maior dos interessados, inclusive uma abrangência ousada dos fatos, não somente dos direitos.

Posteriormente, o tribunal procederá à publicação da instauração do Procedimento-Modelo no registro, constando o conteúdo da decisão do juízo de origem, o objetivo do procedimento, a descrição dos líderes das partes, e de seus representantes legais se for o caso. Tal publicidade também é encontrada por meio de semelhante registro feito no CNJ como requisito para prosseguimento do feito. *“a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”*³⁴

Questão importante que diferencia o instituto tedesco do anteprojeto pátrio é que no *musterverfahren* são admitidas tanto as questões de direito como as questões de fato. O anteprojeto brasileiro, por sua vez, admite o incidente *“...sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito...”*³⁵..

A extensão da coisa julgada limita-se àqueles que já haviam ajuizado ações no momento da decisão coletiva, não compreendendo, portanto, processos futuros. O anteprojeto nacional parece ter adotado a solução de efeito vinculante da decisão, pois *“julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.”*³⁶ Com isso o, *Musterverfahren* poderá produzir efeitos nos processos individuais cujas as partes não tenham requerido o julgamento coletivo, devendo ser seguido por todos os processos que ficam suspensos.

Grande questão oriunda do direito comparado diz respeito ao julgamento de causas para além da competência territorial de um estado ou região da justiça federal. No projeto do Novo CPC tem-se a previsão de o STJ ou STF ter de apreciar pedido para que, com fundamento na segurança jurídica, imponha uma eficácia nacional à decisão do incidente. Assim, um tribunal estadual (ou regional) decide a questão, com validade em todo o território nacional, ficando preservada a competência do STJ e do STF para julgar o eventual recurso especial ou extraordinário.

³⁴ PL 8.046/2010, art. 1000.

³⁵ PL 8.046/2010, art. 997.

³⁶ PL 8.046/2010, art. 1004. O §2.º do art. 898 do anteprojeto também traz a ideia de efeito vinculante, tendo em vista que quando o incidente é *“admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.”*

Melhor essa solução do que a que hoje vigora com relação às Ações Cíveis Públicas, que supostamente têm a validade de suas decisões vinculada à competência territorial do juiz prolator da decisão; trata-se de grande incongruência que, para dizer o mínimo, torna inócuo o instrumento. Na Alemanha, havendo necessidade de decisão para além da competência do tribunal que irá julgá-lo, o incidente é julgado pela corte superior, mas, aqui, no incidente do Novo CPC, não há tal necessidade, pois a corte superior emite a ordem para extensão da decisão.

Assim, se percebe nitidamente a influência da sistemática de tutela coletiva da Alemanha na conformação do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas projetado para o Novo Código de Processo Civil, destacando-se a diferença substancial de que no procedimento do novel instituto brasileiro apenas questões de direito podem ser analisadas, distintamente do que acontece nos modelos alemão, nos quais as questões de fato também são apreciadas pelo Tribunal.

Poderíamos, ainda, observar outras experiências estrangeiras, menos relevantes para o estudo, mas por não trazerem tamanhas novidades o faremos em uma outra oportunidade.

Considerações finais

Conforme esposado nas linhas anteriores, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos art. 997 a 1009 do Projeto de Lei 8046/10, emendado em relatório no dia 19 de setembro de 2012 à redação original do Projeto 166/2010, importa ferramenta de evolução e progresso para a tutela coletiva. Isso porque torna mais viável a efetivação de princípios constitucionais basilares, como a segurança jurídica e a duração razoável do processo.

É possível perceber, sem o menor intuito de esgotar o tema ora em comento, que mesmo com o regime de tutelas coletivas, subsistem as *demandas repetitivas* ou *demandas de massa*, de mesma tese jurídica, as quais, como demonstrado, necessitam de uma dogmática adequada ao processo objetivo, para que as soluções de casos de mesma fundamentação jurídica tenham uniformidade, previsibilidade e garantam uma maior racionalização nos julgamentos dessas ações, que devem ter o mesmo desfecho.

Não é demais registrar que a adequação das regras e princípios existentes em nosso ordenamento jurídico é essencial para a solução de controvérsias no âmbito dos *processos repetidos*. Só assim é que se terá um processo civil de resultados práticos, em que a concretização desses direitos, tratados ainda de forma incipiente na atual norma processual, ganhe corpo no Novo CPC e possa garantir, sobretudo uma interpretação consentânea com os direitos fundamentais, eis que o desenvolvimento do direito não pode se dar apenas com fidelidade à lei.

O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Civil parece que virá contribuir, caso aprovado, para uma prestação jurisdicional mais efetiva, servindo como uma alternativa importante às ações coletivas que não se mostram tão adequadas em determinados casos. Apesar de não configurar nenhuma aventura jurídica, já que observamos precedentes que tutelam direitos repetidos há algum tempo. Temos esperança de que o *incidente de resolução de demandas repetitivas* confira tratamento coletivo às teses individuais repetidas, sistematizando-as, de modo a privilegiar esse novo meio de realizar o direito de massa.

Contudo, é necessário que tal mecanismo seja devidamente aplicado pelo ordenamento para que possa promover seus positivos efeitos e não apenas integrar o conjunto de reformas legislativas processuais incapazes de promover as tão aclamadas e necessárias

efetividade e celeridade do processo civil brasileiro. Obviamente, o instituto merece polimento e aperfeiçoamento, mas, ainda assim, alcança avanços frente ao ordenamento arraigado de formalismos excessivos.

O direito estrangeiro, também preocupado com a celeridade na resolução das lides, principalmente as de massa, vem criando novos institutos. Os bons institutos do direito comparado devem servir de inspiração ao legislador nacional. Entretanto, a simples importação de institutos estrangeiros não deve servir cegamente ao direito brasileiro, que deve buscar, com base na sua própria identidade, a criação de mecanismos que melhor se encaixem no panorama nacional. De um modo comparativo, o instituto ainda tem modulações tímidas frente a outros sistemas. Além disso, para incorporar, ainda que parcialmente, à nossa legislação o direito de outros sistemas jurídicos é imprescindível que se conheça a fundo o que se pretender introduzir aqui.

Desta forma, o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser importante instituto para a busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva; deve, portanto, ter cautela quanto às inovações detentoras de ótimos prognósticos na marcha para realização de direitos repetidos pautando-se na celeridade, segurança jurídica e uniformidade das decisões. Por hora, desenhamos alguns contornos sobre o instituto que, com certeza, deve ser alvo de imperiosos debates para que enfim se encontre um denominador comum.

REFERÊNCIAS

- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1946. .
- BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil (LGL 1973\5)*. Disponível em: [www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf]. Acesso em: 04 jun.2011.
- BRASIL. Constituição Federal.
- BRASIL. *Diário Oficial da União*. Seção 2, p. 46. Publicado em: 02 out.2009.
- CABRAL, Antônio do Passo. *O Novo Procedimento-modelo (Musterverfahren) Alemão: uma Alternativa às Ações Coletivas*.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CINTRA; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 4v. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituição de direito processual civil*. vol. I. nº. 43. 5ª ed., rev.e atualizada de acordo com a emenda constitucional 45, de 8.12.2004 (DOU de 31.12.2004). São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *Ação Civil Pública: lei 7.347/1985. 15 anos*. Coord. Edis Milari. São Paulo: RT, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988 *apud* VIGLIAR, José Marcelo M. Litigiosidade

contida (e contingenciamento da litigiosidade). In: SALLES, CARLOS ALBERTO DE et al. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo*. nº 185. São Paulo: RT, 2010, p.237.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 4 (Coord. Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. In.: Temas de Direito Processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Uma novidade: o código de processo civil inglês*. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de Alvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*. vol. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 59-69.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*. nº 352, ano 55, fev. 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*. nº 191. São Paulo: RT, 2011, p.169.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ações Coletivas no Brasil – Atualidade e Tendências. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas de Direito e Processos Coletivos*. Porto Alegre: HS, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de novo Código de Processo Civil (arts. 895 a 906)*. Disponível em http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=32. Acesso em 23 jun.2010.

VIGLIAR, José Marcelo M. Litigiosidade contida (e contingenciamento da litigiosidade). In: SALLES, CARLOS ALBERTO DE et al. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.