



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

MARCELO AUGUSTO KOYCHI NAKASHOJI PEREIRA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS

Juízo Comparativo com os Principais Institutos de Resolução
Massificada de Conflitos

BRASÍLIA
2013

MARCELO AUGUSTO KOYCHI NAKASHOJI PEREIRA

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS**

**Juízo Comparativo com os Principais Institutos de Resolução
Massificada de Conflitos**

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga

BRASÍLIA

2013

Pereira, Marcelo Augusto Koychi Nakashoji

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas : Juízo Comparativo com os Principais Institutos de Resolução Massificada de Conflitos / Marcelo Augusto Koychi Nakashoji Pereira. – Brasília: O autor, 2013.

110 f.

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga.

1. Direito Processual Civil. 2. Projeto do Novo Código de Processo Civil. 3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 4. Direito Comparado. 5. Demandas Representativas da Controvérsia.

MARCELO AUGUSTO KOYCHI NAKASHOJI PEREIRA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO

DE DEMANDAS REPETITIVAS

Juízo Comparativo com os Principais

Institutos de Resolução Massificada de Conflitos

Monografia a ser apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.

Orientador: Professor João Ferreira Braga

Brasília, 25 de maio de 2013.

Banca Examinadora

Prof. João Ferreira Braga
Orientador

Prof. Salomão Almeida Barbosa
Examinador

Prof. João Rezende Almeida Oliveira
Examinador

*Aos meus falecidos avós,
obras-primas que a mitologia imitou em deuses.
Dedico-lhes este trabalho,
pois sua existência faz-me mais significativa,
sua sabedoria faz-me mais sábio,
sua força faz-me mais capaz
e sua presença faz-me falta.*

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora, por todas as bênçãos que recebo em minha peregrinação por esta vida, bem como a todos os anjos e santos que intercedem por mim e pelos que estão em minhas orações.

Agradeço aos meus pais, Edite e Michel, que sempre me apoiaram em minhas escolhas, orientando-me e auxiliando-me nas necessidades materiais e pessoais e, cuja importância abrange toda a minha realidade existencial.

Agradeço a minha noiva e futura esposa, Morgana, pelo carinho e dedicação, pelo apoio e consideração, pela paciência e compreensão nos meus momentos de estresse e fadiga. Agradeço-lhe por todo amor a mim dedicado, mesmo quando não mereço.

Agradeço ao professor e amigo João Ferreira Braga, pela dedicação e zelo na orientação deste trabalho, pelo cuidado, carinho e atenção que despendeu a cada detalhe e cada palavra escrita neste trabalho acadêmico e nas minhas reflexões espirituais.

Agradeço a todos aqueles amigos que trilharam comigo essa caminhada acadêmica, fazendo-a feliz, divertida e prazerosa, cujos momentos de descontração e debates filosóficos se revelaram importantes e edificantes.

"Veritas, temporis filia, non auctoritatis"
"A verdade é filha do tempo e não da autoridade"

Roger Bacon

RESUMO

O presente trabalho analisa o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas proposto pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional. Enquadra-se temporalmente numa realidade em que o aumento de demandas levadas ao judiciário tem impulsionado o sistema a buscar meios alternativos de resolução dos conflitos de maneira coletiva. Países de todo o globo criam diferentes meios a fim de dar uma resposta satisfatória à nova realidade de lides massificadas que lhes é apresentada. Destacam-se mecanismos como as *class actions* nos Estados Unidos e Canadá, a *Group Litigations Order* na Inglaterra e o *Musterverfahren* na Alemanha, além de um procedimento prático adotado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Nesse contexto, o Brasil implementou, no texto de sua Constituição Federal, novo princípio - a razoável duração processual, fundamentando transformações do seu sistema jurídico. Pode-se citar, como exemplos dessas transformações, o Julgamento *Prima Facie*, a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, o julgamento coletivo de recursos repetitivos, por meio da escolha da demanda representativa da controvérsia, e a possibilidade de edição das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse cenário e em decorrência dessas transformações, surge a proposta de um novo mecanismo na tentativa de aperfeiçoar o sistema de resolução coletiva de demandas. Trata-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que poderá ser suscitado, no âmbito das instâncias ordinárias, por juiz ou relator de ofício ou por provocação das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, sempre que se identificar controvérsia com idêntico fundamento jurídico capaz de produzir demandas em massa, gerando, assim, risco de prolação de decisões conflitantes e grave insegurança jurídica. A instauração do procedimento suspenderá o trâmite dos processos relacionados na origem, com consequente escolha da demanda representativa da controvérsia, cuja decisão possuirá efeitos vinculantes sobre os processos suspensos, que, após julgamento da demanda representativa, retomarão seu trâmite normal, com observância da decisão superior. É sobre esse objeto que o presente estudo se debruça, pretendendo analisá-lo e abordando suas principais características e princípios jurídicos envolvidos, bem como estabelecer juízo comparativo com os principais institutos de resolução de demandas massificadas do direito estrangeiro e do atual sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, Projeto do Novo Código de Processo Civil, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Direito Comparado, Demandas Representativas da Controvérsia.

ABSTRACT

This paper analyzes the Incident of Resolution of Repetitive Demands proposed by the project of the New Code of Civil Procedure, pending in Brazilian National Congress. It fits temporally in an environment where increasing demands brought to justice has driven the system to seek alternative means of resolving disputes in a collective manner. Countries around the globe create different ways in order to give a satisfactory answer to the new reality of massed conflicts presented to them. Stand out mechanisms such as *class actions* in the United States and Canada, the *Group Litigation Order* in England and *Musterverfahren* in Germany, as well as a practical methodology adopted by the European Court of Human Rights. In this context, Brazil has implemented, in the text of its Constitution, new principle - the reasonable procedural length, basing transformations of its legal system. As examples of these transformations, can be cited the *Prima Facie Judgment*, the general repercussion as requisite for the admissibility of extraordinary appeal, the collective judgment of repeated recourses, through the choice of a representative demand of the controversy, and the possibility of editing the binding dockets by the Supreme Court. In this scenario, and as a result of these changes, there is the proposal of a new mechanism in an attempt to improve the resolution system of collective demands. This is the Incident of Resolution of Repetitive Demands, which may be raised in the context of ordinary instances, by a judge or a relator by craft or by provocation of the parties, the Public Ministry or the Public Defender, whenever identified a controversy with identical juridical grounding capable of producing massed demands, thus generating risk of delivering conflicting decisions and grave juridical insecurity. The initiation of the procedure suspends the proceeding of related processes in the origin, with consequent choice of the representative demand of the controversy, whose decision will produce binding effects on the suspended processes, which, after conclusion of the judgment of the representative demand, will resume your usual procedure, in compliance with the top decision. It is the subject of this study, intending to clarify it and discussing its main characteristics and the legal principles involved, as well as establishing comparative judgment with leading institutes of resolution of massed demands of foreign law and the current Brazilian legal system.

Keywords: Civil Litigation, Project of the New Code of Civil Procedure, Incident of Resolution of Repetitive Demands, Comparative Law, Representative Controversy Claims.

Lista de Abreviações

AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo no recurso especial
Art. / arts.	Artigo / artigos
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)
CF88	Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro, de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)
EDcl	Embargos de declaração
EREsp	Embargos de divergência em recurso especial
EUA	Estados Unidos da América
GLO	Group Litigation Order
KapMuG	Kapitalanlger-Musterverfahrensgesetz
Novo CPC	Novo Código de Processo Civil (em trâmite no Congresso Nacional)
PL 8046/2010	Projeto de Lei nº 8.046 de 2010 da Câmara dos Deputados. Código de Processo Civil
PLS 166/2010	Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil de 2010 do Senado Federal
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Introdução	3
1 A gênese do incidente	6
1.1 Influências do Direito Comparado	6
1.1.1 Os Estados Unidos e as “Class Actions”	6
1.1.2 A Inglaterra e o “Group Litigation Order”	9
1.1.3 A Corte Europeia de Direitos Humanos e o “Pilot-Judgment Procedure”	10
1.1.4 A Alemanha e o “Musterverfahren”	13
1.2 Origens e evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro	16
1.2.1 O ordenamento jurídico brasileiro e as demandas repetitivas	16
1.2.2 As ações coletivas no direito brasileiro	18
2 O incidente no projeto do Novo Código de Processo Civil	22
2.1 A Constituição e o projeto do Novo Código de Processo Civil	22
2.1.1 O acesso à justiça em duas perspectivas.....	24
2.1.2 Igualdade no processo	26
2.1.3 Razoável duração do processo.....	28
2.2 Exposição de motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil	30
2.3 Compreensão sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas	31
2.3.1 Da denominação do instituto	32
2.3.2 Da natureza material das questões do incidente	33
2.3.3 Critérios para a seleção da demanda representativa da controvérsia.....	35
2.3.4 Da extensão das decisões proferidas no âmbito do incidente.....	37
2.3.5 Dos efeitos prospectivos.....	39
2.3.6 Do efeito suspensivo.....	44

2.3.7	Desistência no incidente de resolução de demandas repetitivas.....	46
2.3.8	Dos recursos em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas	49
2.3.9	Da coisa julgada: limites territoriais e possibilidade de revisão.....	51
3	Análise comparativa do incidente.....	55
3.1	O incidente e o direito comparado	55
3.1.1	O incidente e as Class Actions	55
3.1.2	O incidente e o Group Litigation Order	57
3.1.3	O incidente e o Pilot-Judgment Procedure	58
3.1.4	O incidente e o Musterverfahren	59
3.2	O incidente e os demais institutos do direito brasileiro.....	60
3.2.1	O incidente e a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.....	60
3.2.2	O incidente e o Julgamento Prima Facie	66
3.2.3	O incidente e a repercussão geral no recurso extraordinário.....	67
3.2.4	O incidente e os recursos repetitivos	69
3.2.5	O incidente e as ações coletivas	73
3.3	Da natureza jurídica do incidente	77
	Conclusões.....	79
	Referências.....	84
	Anexos.....	87

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas apresenta-se como instrumento inédito no ordenamento brasileiro e pretende ser nele positivado com previsão no projeto do Novo Código de Processo Civil. Trata-se do PLS 166/2010, aprovado no Senado e, atualmente, em discussão na Câmara dos Deputados sob a identificação PL 8046.

No projeto do Senado (PLS 166/2010), localizava-se no Livro IV (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), Título I (Dos Processos nos Tribunais), Capítulo VII (Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), dos arts. 895 a 906. No Substitutivo em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010), encontra-se sistematicamente na mesma ordem do projeto anterior, porém nos art. 930 a 941.

A princípio, parece que o incidente se propõe a três finalidades específicas: a) estabelecer mecanismos para a uniformização de jurisprudência, visando promover igualdade de julgamentos e segurança jurídica; b) avançar no desenvolvimento da maior celeridade e da razoável duração do processo na resolução de conflitos; e c) contribuir para a diminuição do congestionamento das demandas levadas aos Tribunais.

Apesar de a inovação ser promissora, algumas questões inquietam o processualista civil. Tal efeito decorre de um intuito amadurecido ao longo de eras de desenvolvimento da mentalidade jurídica, que sedimentou princípios e valores processuais hoje tidos como consagrados pela doutrina e jurisprudência clássica. As inquietações mais comuns são: a) existem mecanismos decorrentes da criação do incidente para que não ocorra o “engessamento” do ordenamento jurídico que deve seguir a mudança do tempo, da cultura, da economia e da sociedade? b) apesar de a segurança jurídica ser almejada por todos, não poderia o incidente ocasionar um cerceamento do acesso à justiça por aqueles que não terão seus processos diretamente analisados? c) existem mecanismos processuais que permitam ao cidadão manifestar-se individualmente? d) o incidente não poderia ser substituído, sem prejuízo de sua eficiência, por uma maior utilização de conhecidos institutos como as ações coletivas, nos moldes do *class action* estadunidense?

O sistema jurídico é, cada vez mais, requisitado a desenvolver meios de resolver demandas com rapidez, para que direitos não pereçam e a delonga processual não gere insatisfações e desrespeito à dignidade das pessoas. Estudar-se-á se o incidente proposto

possui potencial para atender às expectativas de melhoramento da eficiência, efetividade e eficácia do sistema Judiciário, a fim de significar opção de aperfeiçoamento dos mecanismos processuais e atender a necessidade de maior celeridade dos processos levados ao Judiciário.

Diante da polêmica discussão acerca do incidente, pretende-se estudar a expectativa de eficiência de sua implantação no sistema jurídico brasileiro, uma vez que suas razões ontológicas se mostram merecedoras de consideração. É da esperança de todos que surja um meio jurídico apto a representar nova motivação para o acesso à Justiça, capaz de se contrapor à descrença na eficiência da justiça a muito instalada na cultura do país.

O incidente de resolução de demandas repetitivas surge como proposta de uma nova evolução dos mecanismos processuais no atendimento da atual necessidade de maior celeridade e razoável duração dos processos levados ao Poder Judiciário. Avalia-se, entretanto, se tal busca por celeridade, igualdade de julgamentos e segurança jurídica poderia ou não afetar negativamente o acesso à justiça.

Os mecanismos já existentes no ordenamento jurídico atual parecem cercar-se de todo o cuidado para que não haja ofensa ao acesso à Justiça. Indaga-se se o incidente previsto no projeto do Novo CPC também pondera sobre esse aspecto, a fim de não obstar ou impedir que a parte lesada seja ouvida pelo Poder Judiciário.

Pretende-se trazer a lúmen reflexão sobre a qualidade do incidente proposto em face de um sistema judiciário excessivamente demandado, a fim de que não se apresente ineficiente e não gere a decorrente sensação de insatisfação. Para tanto, o primeiro capítulo apresenta estudo sobre os principais mecanismos de demandas massificadas do direito comparado e brasileiro e suas características principais, os quais se pretende verificar as possíveis influências destes institutos sobre o incidente em estudo. O segundo capítulo esclarecerá sobre a natureza e os mecanismos de funcionamento do incidente, a fim de possibilitar posterior cotejamento entre ele e os demais institutos de referência. Por fim, o terceiro capítulo buscará realizar a comparação direta entre o incidente e os mecanismos internacionais e nacionais, com o objetivo de verificar sua atualidade e, principalmente, seu caráter de representar ou não uma inovação.

Pretende-se avaliar se o novel incidente previsto no projeto do Novo CPC é ou não indiferente aos demais princípios constitucionais, civis e processuais. O projeto do Novo CPC parece considerá-los em sua importância a fim de que sejam criados mecanismos

que permitam a sobrevivência de todos (ou pelo menos da maioria) os referidos princípios para que possam ser harmonizados entre si e com a realidade processual atual.

Dito isso, será analisado se o procedimento em tela constituir-se-á como instrumento promissor, capaz de resolver ou, no mínimo, melhorar problemas atinentes à celeridade e razoável duração do processo e se trará a possibilidade de desobstrução dos tribunais no que se refere à massificação das atuais demandas levadas ao Judiciário.

Cumprir informar que, por ser tema recente, existe certa escassez de ordem bibliográfica sobre o tema, uma vez que são ainda pouco numerosas as manifestações sobre o assunto. A maioria dos livros propõe-se a tratar do projeto do Novo CPC como um todo, tecendo apenas algumas considerações sobre o tema específico. Por essa razão, as principais fontes de pesquisa para o presente trabalho se tornaram artigos publicados em revistas jurídicas, bem como o trabalho engendrado por colaboradores do grupo de pesquisa de estudantes do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, coordenado pelo processualista Luiz Fux.

1 A GÊNESE DO INCIDENTE

A preocupação com o aumento exponencial de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário não é recente, nem mesmo localizada. Poder-se-ia dizer que seu alcance é universal, em razão de ser possível encontrar na organização de um número considerável de países que já buscam formas de se adaptar a mencionada realidade. Sendo assim, percebe-se que os sistemas judiciários se sentem impelidos a buscar mecanismos com a finalidade de dar respostas céleres, uma vez que, do contrário, há o risco de perecimento do direito.

Cite-se, como exemplo, Alemanha, Suíça, Portugal, Inglaterra, Itália, Japão, Argentina, Canadá, Austrália¹, países que avançaram no desenvolvimento de mecanismos para o processamento de demandas massificadas, seja por meio de filtros de acesso, seja por meio de procedimento de resolução coletiva de demandas. Destacam-se, porém, os modelos estadunidense, inglês e alemão. O presente trabalho pretende apresentá-los em maiores detalhes, uma vez que os outros deles não diferem substancialmente.

1.1 Influências do Direito Comparado

O incidente de resolução de demandas repetitivas busca declaradamente sua inspiração no procedimento denominado *Musterverfahren* do direito alemão. Entretanto, segue uma tendência mundial de resolução de demandas em massa nos principais países, onde o direito é observado pela doutrina brasileira. Importa, portanto, apresentar as principais.

1.1.1 Os Estados Unidos e as “Class Actions”

A alternativa encontrada pela jurisprudência norte americana consiste nas chamadas ações de classe ou *class actions*, que se apresentam nas Regras Federais de Procedimento Civil (tradução nossa de *Federal Rules of Civil Procedure*) e representam uma revolução jurídica da tutela de interesses coletivos.

A Regra número 23 do referido diploma, no item (a), apresenta os pré-requisitos para que seja suscitada a *class action*. Estabelece que “um ou mais membros de

¹ Destacam-se os modelos da Alemanha, Suíça, Portugal, Inglaterra, Itália na tratativa coletiva de demandas (cf. OTHARAN, 2011; ROSA, 2010) e da Argentina, Canadá, Austrália, Japão na criação de filtros de acesso às Cortes Superiores (cf. NASCIMENTO, 2009).

uma classe podem processar ou ser processados como partes representativas de todos os membros apenas se: (1) a classe é tão numerosa que juntar todos os membros seja impraticável; (2) existam questões de direito ou de fato comuns a classe; (3) os pedidos ou defesas das partes representativas sejam típicas dos pedidos e defesas da classe; e (4) as partes representativas protejam justa e adequadamente os interesses da classe” (tradução nossa)².

Poder-se-ia dizer que quatro são os requisitos para se instaurar uma *class action*: inviolabilidade litisconsorcial, matérias comuns de fato ou de direito, nexo fático-jurídico entre representantes e representados, e representatividade adequada.

Inviabilidade litisconsorcial significa ser impraticável trazer à lide todas as pessoas envolvidas na qualidade de litisconsortes. Trata-se de requisito quantitativo, que, de certa forma, deixa de reconhecer as peculiaridades individuais de cada envolvido particular. Segundo Neil Andrews (2001 apud OTHARAN, 2011, p. 17), “uma dessas dificuldades seria a falha na particularização de distinções relevantes, que consiste no perigo de um julgamento superficial, sem que sejam asseguradas as particularidades de cada indivíduo”.

O segundo requisito refere-se a matéria discutida no contexto da *class action* poderá ser tanto de fato como de direito. Deve-se atentar para a conjunção “ou”, que indica a necessidade da presença de pelo menos uma das duas espécies, não se exigindo, portanto, a presença obrigatória de ambas.

O terceiro requisito, *nexo fático-jurídico*, consiste na necessidade de estarem todos os envolvidos ligados por uma relação fática e jurídica comum, ou seja, os pedidos ou defesas do(s) representante(s) devem corresponder aos pedidos ou defesas dos representados. Tal requisito parece um tanto óbvio, entretanto, nem sempre é fácil de ser aferido na prática.

O quarto requisito, representatividade adequada, refere-se à demonstração de que o representante efetivamente representa todos os afetados pela demanda. Para tanto, o juiz considerará a honestidade e o caráter do representante, sua motivação para o feito, sua capacidade financeira, disponibilidade de tempo, conhecimento da causa, comprometimento e, em especial, a ausência de conflito de interesse. A legitimidade opera-se *ope iudicis*, ou seja, depende de avaliação do juiz. Não se trata de um rol taxativo definido em lei (*ope legis*).

² Cf. Cornell University law School, Legal Information Institute (LII). Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 03/07/2012.

Especial atenção deve ser dada ao último requisito. De acordo com Renato Xavier da Silveira Rosa (2010, p. 27-28), a jurisprudência estadunidense entende que o representante deve possuir *personal stake*, ou seja, interesse pessoal na causa. Ele necessariamente deverá ter algo a ganhar ou perder, evitando-se, assim, que a defesa apenas a partir de uma perspectiva abstrata. Assim, faz necessário que aquele que defende o direito, para ser representante adequado, tenha sofrido prejuízo real ou iminente (*injury-in-fact*) em razão da causa que defende, ou seja, ele tem que fazer parte da classe que representa.

Na multiplicidade de danos envolvidos na lide, o representante adequado deverá ser aquele que tenha sofrido todos eles, ou, pelo menos, a maioria. Dessa forma, garante-se que ele assuma a posição paradigmática em relação aos demais membros que representa. Significa que o juiz, ao olhar para o representante, possa enxergar nele os interesses de cada um dos que representa. Literalmente:

O representante adequado é aquele que satisfatoriamente representa a classe, aquele que é um modelo dos demais membros da classe. Se, por exemplo, a demanda coletiva versar sobre danos ambientais trabalhistas, o representante será adequado se tiver sofrido todos eles, ou o maior número possível (ROSA, 2010, p. 28).

Outro aspecto relevante para se discutir diz respeito aos efeitos da coisa julgada. Os efeitos nas *class actions* operam-se *pro et contra*, ou seja, independente do resultado do julgamento, sua abrangência será *erga omnes*. Diferentemente, nas ações coletivas brasileiras, a regra para direitos individuais homogêneos é dos efeitos *secundum eventum litis*, que se opera para todos somente em caso de procedência do pedido. Do contrário, não se opera a coisa julgada, abrindo-se oportunidade de serem ajuizadas ações individuais sobre aquela lide específica. Vale citar o art. 103, § 3º do Código Consumerista:

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99³

Cumpre ainda, informar que, segundo a regra 23(c)(3)(B), os conflitos individuais são todos abrangidos pela *class action* e os efeitos do seu julgamento,

³ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

independentemente de seu resultado, se estenderão a todos os envolvidos, a menos que o seu autor solicite ser excluído da demanda coletiva (*opt-out*).

1.1.2 A Inglaterra e o “Group Litigation Order”

A par do estudo realizado por Francisco Xavier da Silveira Rosa (2010, p. 31-33) e do artigo de Luiz Felipe Otharan (2011, p. 25-27), sabe-se que a Inglaterra adota, em seu sistema jurídico, o modelo da lei costumeira (*Common Law*), no qual os costumes prevalecem sobre o código escrito. Contrariando, entretanto, a tradição, em 1998, aquele país editou um Código de Processo Civil, o qual denominou de *Civil Procedure Rules*⁴ (Regras de Procedimento Civil, tradução nossa), que vige desde 1999.

Em maio de 2000, entrou em vigor o instituto denominado “*Group Litigation Order*”, integrando a *Civil Procedure Rules*, uma espécie de ação-teste. Encontra-se nas normas 19.10 a 19.14 do mencionado diploma. Em uma tradução aproximada, um *Group Litigation Order* (GLO) é uma ordem criada nos termos da regra 19.11 para dar ao caso administração das demandas que suscitem questões comuns de fato ou direito.

O procedimento baseia-se no modelo de acesso *opt-in*, que define um tipo de banco de dados no qual as demandas repetitivas são registradas, e aqueles que possuem ações em andamento, sobrevivendo uma GLO, possam a ela aderir. Para tanto, exige-se que um advogado consulte o *Law Society’s Multi-Party Action Information Service*, quando verificará a existência ou não de outros casos com questões comuns ao mérito da ação.

O procedimento poderá ser suscitado de ofício pela corte ou por iniciativa da parte. A regra número 19.11(1) preceitua que “A corte poderá suscitar uma GLO quando existir, ou haja a probabilidade de existir, um número de demandas que façam surgir uma questão GLO” (tradução nossa). Em outras palavras, o procedimento poderá ser suscitado sempre que houver, ainda que potencialmente, questões de fato ou de direito capazes de gerar ações repetitivas. Uma GLO, segundo a regra 19.11(2), deverá:

- (a) conter instruções que estabeleçam o registro na qual as demandas gerenciadas pela GLO serão inseridas; (b) especificar as questões que identificarão as demandas a serem gerenciadas como um grupo pela GLO; e (c) especificar a corte de administração que cuidará das demandas no registro de grupo (tradução nossa).

⁴ CPR – Rules and Directions. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

Explicando, o procedimento dará instruções a respeito do registro para inserção das demandas, identificará as questões que serão tratadas coletivamente pelo procedimento e especificará o juízo para julgamento da lide.

Segundo preceito da regra 19.11(3), a GLO poderá ainda transferir as demandas para o juízo eleito para resolução da lide em conjunto; determinar a suspensão dos processos até segunda ordem; e orientar a entrada das demandas no registro de grupo. Especificará ainda a data a partir da qual as questões GLO deverão ser ajuizadas na corte de administração e inseridas no registro de grupo, dando-lhe ampla publicidade.

Com relação aos efeitos, o julgamento da causa pela corte de administração se estenderá àquelas demandas inseridas no *group register* à data da decisão, a menos que a corte decida de maneira diversa. Ou seja, há a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão pela corte, que poderá ainda, se assim julgar pertinente, estender o julgado para as demandas que sejam posteriormente inseridas no registro de grupo.

1.1.3 A Corte Europeia de Direitos Humanos e o “Pilot-Judgment Procedure”

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor em novembro de 1950, tem por finalidade a defesa dos direitos humanos e as liberdades fundamentais. Faz referência expressa à Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em dezembro de 1948, pelas nações Unidas.

Conforme discorrem Andrea Barbosa e Diego Cantoário (In: FUX, 2011, p. 475-476), diversos protocolos de direitos humanos ratificados e inseridos no texto da Convenção ensejaram significativo aumento das contendas de natureza humanitária levadas à Corte Europeia de Direitos Humanos, estimulando-a a desenvolver mecanismos hábeis a solucionar tais conflitos. Em razão de sua competência, as demandas abrangidas pelo procedimento limitam-se exclusivamente às disfunções dos países signatários que possam afrontar em massa os direitos humanos de seus jurisdicionados.

Complementam que o procedimento não é regulado pela Convenção dos Direitos do Homem, nem seus protocolos adicionais, possuindo base legal frágil, com fundamento na força vinculativa das sentenças, conforme texto do art. 46 da Convenção:

Artigo 46.º (Força vinculativa e execução das sentenças)

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

2. A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comité de Ministros, o qual velará pela sua execução⁵.

O procedimento funciona basicamente por meio de seleção de um ou alguns processos, em que se verifique questão comum capaz de gerar massificação de demandas. Esses processos, escolhidos como processos “pilotos”, passam a tramitar com prioridade no âmbito da Corte, e a conseqüente decisão por ela proferida se estende aos demais processos que deram causa ao surgimento do procedimento com força vinculante.

Em 2004, deu-se a primeira aplicação do procedimento no âmbito do caso Broniowski contra a Polônia⁶. Na situação, o requerente, em sua petição dirigida à Corte de Estrasburgo, alegava violação de seu direito de propriedade por dispositivos constantes da legislação polonesa. Estimou-se que cerca de 80.000 (oitenta mil) pessoas teriam sofrido danos em razão dos mencionados dispositivos, o que poderia gerar uma massificação de demandas perante a Corte Europeia. Desta feita, em razão da intervenção da Corte no caso, alcançou-se a satisfatividade do direito pleiteado pelo indivíduo particular, bem como de toda a coletividade envolvida.

Com relação aos objetivos que fundamentam o procedimento, explicam:

De modo geral, os objetivos deste novo instituto são identificados como os seguintes: (a) determinar se houve violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos em um caso particular; (b) identificar o epicentro da questão na legislação dos país signatário requerido; (c) dar ao Governo requerido indicações claras de como eliminar essa disfunção; (d) suscitar a criação de instrumentos, na legislação do país requerido, aptos a serem aplicados a questões similares, inclusive com relação às pendentes, ou induzir à conciliação (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 476).

O procedimento é direcionado àquelas situações em que o país signatário viola disposição relativa a direitos fundamentais da Convenção, ensejando, dessa forma, manifestação em massa dos indivíduos afetados. Sendo assim, o procedimento revela certa fragilidade em sua base legal, uma vez que exige a cooperação das autoridades nacionais.

As principais características que podem ser extraídas dos casos em que o *Pilot-Judgment Procedure* já foi aplicado são:

⁵ Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em <www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁶ Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Bronowski contra Polônia. Relator: P. J. Mahoney. Petição n. 31.443/96. Estrasburgo, 22 de junho de 2004.

(a) a explícita aplicação pela Corte Europeia de Direitos Humanos do *Pilot-Judgement Procedure*; (b) a identificação pela Corte de uma sistêmica violação da Corte Europeia de Direitos Humanos pela legislação do país requerido; (c) a estipulação de medidas gerais na parte dispositiva do julgamento, de modo que o Estado requerido resolva a disfunção sistêmica em determinado lapso temporal. (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 477).

Com a seleção do caso piloto, os demais processos semelhantes ficam suspensos até segunda ordem. A intenção é estimular, nesse tempo, uma atuação das autoridades da nação envolvida, dando soluções eficientes ao caso no âmbito interno de seu país. Entretanto, para que a solução proposta pela Corte encontre efetivação, o julgamento depende de o Estado acatar e implementar as recomendações decorrentes do caso piloto.

Suspensos os processos, os demandantes serão imediatamente notificados. O exame do processo individual pode ser retomado, quando houver legítima ameaça de perecimento do direito material, em decorrência da espera pela resolução do julgamento piloto. Vale mencionar que, em alguns casos, tem-se optado por não suspender o processo individual. De toda forma, o julgamento piloto tem a vantagem de descongestionar a pauta da Corte, além de eliminar problemas de origem comum.

Das críticas feitas ao instituto, destaca-se o fato de a suspensão dos processos semelhantes pela instauração do procedimento provocaria uma situação de desamparo do requerente, deixando-o vulnerável. Em resposta, a Corte argumenta que se não fosse pelo procedimento, as soluções demorariam muito mais em razão da massificação das demandas. Ademais, em casos específicos, a Corte tem deixado de suspender o processo diante do risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o requerente.

De acordo com Barbosa e Cantoário (In: FUX, 2011, p. 478), pondera-se sobre a possibilidade de o procedimento ocasionar um aumento da demanda do judiciário, em razão de as autoridades nacionais não conseguirem implantar soluções efetivas para a situação conflituosa em sua nação. Dessa forma, o procedimento teria efeito contrário ao desejado, congestionando a corte internacional humanitária, em vez de desafogá-la. Essa situação já ocorreu, por exemplo, na Rússia, que ainda não realizou reforma alguma no sentido de dar efetividade a decisão⁷.

⁷ De acordo com Barbosa e Cantoário (In FUX, 2011, p. 478), “foi o que ocorreu com o caso Burdov contra Rússia. Após o julgamento do caso, as medidas tomadas pelas autoridades de Moscou não foram suficientes

1.1.4 A Alemanha e o “*Musterverfahren*”

Existe na Alemanha um mecanismo de resolução de demandas repetitivas, denominado *Musterverfahren*, que significa processos-modelo (“*muster*” = modelo ou padrão; “*verfahren*” = processo). Trata-se de procedimento que entrou em vigor em 2005, no âmbito da bolsa de investidores de Frankfurt, com prazo de vigência até 1º de novembro de 2010. Nasceu sob o receio de congestionamento das ações no judiciário e parece ter sido o grande inspirador do incidente do projeto do novo Código de Processo Civil.

Como se pode perceber, o instituto já está com seu prazo de vigência vencido. Entretanto, uma lei publicada em 24 de julho de 2010 estendeu sua vigência para 31 de outubro de 2012, por meio da lei que instituiu o procedimento (KapMuG)⁸. Por fim, em 2012, o Ministério da Justiça Alemão reeditou lei implantando o *Musterverfahren* até novembro de 2020⁹, entretanto, utilizar-se-á o texto antigo, visto que foi a fonte de inspiração para o incidente em estudo.

O instituto alemão caracteriza-se principalmente pela fragmentação da cognição, o que significa que a fase de conhecimento é dividida, não se restringindo a instância na qual é proposta. A fragmentação da cognição consiste, portanto, em uma “pausa” na fase de conhecimento para que outro órgão jurisdicional se manifeste sobre a matéria. Francisco Xavier da Silveira Rosa chega a sugerir que ocorre uma inversão de instâncias, uma vez que o tribunal manifesta-se antes da primeira instância:

Poder-se-ia até mesmo cogitar de uma inversão de instâncias, pois se a questão comum é julgada primeiro pelo tribunal, e depois imposta ao primeiro grau de jurisdição, então há na verdade a inversão da ordem, primeiro se afirma qual o entendimento do revisor, e depois se impõe ao julgador esse resultado, evitando a necessidade de revisão posterior pelo duplo grau de jurisdição. É uma revisão *a priori* das decisões dos magistrados de primeiro grau, com o objetivo de evitar julgamentos dissonantes, jurisprudência excessivamente divergente (ROSA, 2010, p. 12).

O procedimento-modelo segue sinteticamente os seguintes passos: 1º) a ação é proposta na 1ª instância perante o juiz singular; 2º) o autor ou o réu suscitam o

no sentido de eliminar a falha sistêmica que resultou em sua condenação pela Corte. Até a presente data nenhuma reforma legislativa foi realizada na Rússia de modo a permitir a efetividade das decisões judiciais”.

⁸ Verificar texto oficial da KapMuG de 2005. Disponível em <http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalmarktrecht&type=artikelgesetze&c=17&q=KapMuG&d=kapmug_bgbl_2005_2437.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

⁹ Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kapmug_2012/gesamt.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

incidente como representativo de outras demandas¹⁰ apontando os pontos comuns e demonstrando que as questões indicadas são relevantes; 3º) O juiz certifica e em seguida remete os autos para o Tribunal, que decidirá sobre as questões comuns, enquanto os demais processos em julgamento na 1ª instância ficam suspensos; 4º) o Tribunal profere decisão com força vinculativa para as demais instâncias; 5º) o juiz de 1º grau aprecia os processos que ficaram suspensos, observando a decisão do Tribunal.

Vale salientar que, nesse procedimento, podem ser suscitadas tanto questões de fato como de direito. Conforme Antônio do Passo Cabral (2007, p. 132), esse detalhe é de suma importância, visto que se evita, assim, uma quebra das relações necessárias entre os dois vértices do processo, o que poderia levar a decisões artificiais e excessivamente abstratas. Um procedimento que analisa apenas questões de direito corre sério risco de ignorar variáveis relevantes da equação fático-jurídica.

No procedimento, é também exigida a demonstração de repercussão geral, em moldes semelhantes ao que ocorre no Brasil com os recursos extraordinários e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Novo CPC, com juízo de admissibilidade realizado, nos dois casos, também pelo magistrado de primeira instância.

Nesse sentido, a lei que institui o procedimento, na parte que discorre sobre a submissão do processo ao tribunal (§ 4º da KapMuG), prevê a necessidade de que no lapso de quatro meses, sejam requeridas no mínimo outras nove instaurações de *Musterverfahren*, ou seja, são precisos pelo menos dez pedidos concernentes à mesma questão, que pode ser de fato ou de direito para a instauração do procedimento.

Não existe, como nas *class actions*, a substituição processual na figura do representante adequado. Após instauração do procedimento, o Tribunal elege líderes para os polos ativo e passivo da demanda, respectivamente denominados *Musterkläger* e *Musterbeklagte* (CABRAL, 2007, p. 135), sendo que os demais sujeitos possuem legitimidade para interagir, embora em papel secundário, durante as fases processuais. Esse aspecto diferencia o procedimento alemão das *class actions* estadunidenses, visto que, nestas, não é permitida a participação dos substituídos, cabendo ao representante adequado proeminência absoluta sobre os atos processuais de seu interesse. Vale citar:

¹⁰ Somente ao autor e ao réu é conferida prerrogativa de suscitar o incidente alemão, sendo vedado ao magistrado suscitá-lo de ofício.

Esse é um dos aspectos que diferencia o *Musterverfahren* das *class actions*, pois, nestas, o legitimado coletivo assume uma proeminência absoluta, não deixando nenhum espaço de atuação aos substituídos, o que não ocorre no procedimento ora examinado (BARBOSA; CANTOÁRIO. In FUX, 2011, p. 473-474).

Segundo Andrea Barbosa e Diego Cantoário (In: FUX, 2011, p. 473-474), o ingresso no procedimento *Musterverfahren* é automático, não sendo permitido às partes a faculdade de retirar seu processo individual da apreciação conjunta, ou seja, não há previsão da faculdade *opt out* para parte interessada. A única forma conferida à parte de não ver seu processo analisado conjuntamente com os demais é pela desistência da ação individual. Do contrário, a parte que possui processo ajuizado terá sua demanda automaticamente submetida à estratégia que o líder (*Musterkläger*) seguirá durante o trâmite, que não poderá ser substituído, exceto em casos extremos como o de insolvência sobre os bens dos requerentes ou sua própria morte (§ 11 (2) da KapMuG). Assim leciona Cabral:

A suspensão ocorrerá independentemente de ter havido requerimento de procedimento-padrão no processo de origem. Vale dizer, o *Musterverfahren* poderá atingir processos individuais cujas partes não requereram a tratativa coletiva de nenhuma questão fática ou jurídica (CABRAL, 2007, p. 136).

Acerca da decisão do procedimento (denominada *Musterentscheid*) e os efeitos da coisa julgada, a força vinculante do *Musterverfahren* atinge os juízos de primeiro grau para os demais processos envolvidos (§ 16 (1) da KapMuG), só não atingindo, entretanto, o interveniente que tenha logrado êxito em demonstrar que o momento em que ingressou no procedimento não lhe permitiu praticar atos relevantes, produzir provas ou trazer argumentos que poderiam ter interferido na decisão do juiz (§ 16 (2) da KapMuG). Nesse caso, sua contenda será apreciada em separado, não sendo ele acobertado pela coisa julgada do procedimento. Nas exatas palavras de Cabral:

o interveniente também é vinculado, mas pode se opor à formação da coisa julgada, apresentando objeção no sentido de que a parte principal conduziu de forma negligente o processo, demonstrando que, pelo momento em que ingressou no processo-padrão, não pôde praticar atos processuais ou trazer esclarecimentos eficazmente, nem utilizar meios processuais de ataque ou defesa que desconhecia e que a parte principal por culpa grave não utilizou. [...]. Se o interveniente deliberadamente não tomou posturas ativas no incidente coletivo, embora pudesse, será ele atingido pela vinculação (CABRAL, 2007, p. 139).

No que se refere à natureza dos institutos que permitem a extensão dos efeitos e a vinculação do procedimento para as demandas individuais, Antônio do Passo Cabral (2007, p. 137-142), revela haver grande controvérsia entre os doutrinadores

processualísticos alemães. Segundo ele, parte da doutrina nega o atributo vinculativo, propriamente dito, das decisões, uma vez que a coisa julgada não se estenderia para casos futuros, apenas para os processos ajuizados ao tempo da instauração do procedimento. Fala-se, portanto, sobre uma espécie de efeito da intervenção, ou seja, a parte só não se vincula a decisão se comprovar a impossibilidade não deliberada de participação ativa no procedimento, de forma que pudesse resultar-lhe em decisão diversa.

Apesar de discussão doutrinária alemã, o que importa registrar para o presente trabalho é a possibilidade de participação ativa dos demais legitimados processuais, que possuem suas demandas incluídas na forma coletiva de resolução processual. A grande diferença que se apresenta entre o *Musterverfahren* em relação às *class actions* estadunidenses é que nesta parece ocorrer certa limitação do acesso à Justiça quando o instituto é suscitado, o que não ocorre naquele.

1.2 Origens e evolução histórica no ordenamento jurídico brasileiro

A preocupação com as demandas em massa, bem como a instituição de formas para a resolução também não é nova. No Brasil e no mundo, mecanismos têm sido idealizados a fim de encontrar formas alternativas e eficientes que aperfeiçoem o atendimento àqueles que buscam a Justiça para ter seus direitos reconhecidos. Passa-se a analisar, por conseguinte, as ações repetitivas no ordenamento nacional, bem como, em um segundo momento, o desenvolvimento das ações coletivas brasileiras.

1.2.1 O ordenamento jurídico brasileiro e as demandas repetitivas

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, consagrou, no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da razoável duração processual como Direito e Garantia Fundamental. Nesses termos:

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**¹¹. (grifo nosso)

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

A mesma emenda já incorpora ao ordenamento dispositivo inovador pela inclusão do art. 103-A, *caput* e seus parágrafos, que tratam da possibilidade de o STF, em razão de reiteradas decisões sobre matéria constitucional controvertida, editar súmula com efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário, bem como da administração pública direta e indireta de todas as esferas do Governo.

Em razão dessa preocupação – e consequente alteração constitucional –, o ordenamento jurídico promulgou em 2006 e 2008 três lei ordinárias acrescentando dispositivos no CPC, dando soluções a diferentes casos em uma clara tentativa a dar maior vazão e celeridade às demandas repetitivas.

O art. 285-A, incluído pela Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, trata do Julgamento *Prima Facie*, que permite ao juiz sentenciar processo sem a citação do réu, quando a ação versar sobre matéria unicamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência da matéria controvertida em julgamentos anteriores, apenas reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. A finalidade deste instituto é bem esclarecida pelas palavras dos doutrinadores Marinoni e Arenhart:

Tal instituto busca eliminar a possibilidade da propositura de ações que objetivam pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais, tomadas em “casos idênticos” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 98).

O art. 543-A, incluído pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, trata da repercussão geral como requisito para admissibilidade de Recursos Extraordinários para o STF. Assim define-se repercussão geral:

[...] repercussão geral é o pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lho terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico (NASCIMENTO, 2008, p. 247-248).

O artigo seguinte, 543-B, incluído pela mesma lei, versa sobre a multiplicidade de recursos em demandas idênticas (repetitivas) para o STF. Quase dois anos depois, o art. 543-C, incluído pela Lei 11.672, de 8 de maio de 2008, o mecanismo previsto para o STF inspirou mecanismo semelhante para o STJ. Difere, entretanto, que no âmbito

deste tribunal, a lei se encarrega de regular a matéria com maior nível de detalhamento, se comparado ao que se refere à Corte Constitucional, caso em que parte da regulamentação é atribuída ao seu Regimento Interno¹².

1.2.2 As ações coletivas no direito brasileiro

Tartuce e Neves (2012, p. 538-542) demonstram que, em 2004, as Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, aprovaram um Código Modelo de Processos Coletivos, com a contribuição de ilustres juristas brasileiros, a citar, Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover. O diploma, servindo como modelo, influenciou o surgimento de um movimento em favor da elaboração no Brasil, de um Código de Processo Civil coletivo, que pretendia reunir em um só diploma legal todas as normas processuais que versassem sobre direitos coletivos. Entretanto, os esforços nesse sentido não lograram êxito, deixando a tutela coletiva pulverizada pelas diversas leis que regem, ainda que parcialmente, a matéria, formando, na expressão utilizada pelo STJ, o denominado microsistema coletivo¹³.

Das diversas leis a que se refere, cedo é que duas parecem formar a base do sistema ou, pelo menos, representar relevância notável. São elas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

No estudo dos interesses coletivos e das ações repetitivas, estas devem ser colocadas ao lado daquelas a fim de se demonstrar a mudança de paradigma na forma de tratar os interesses jurídicos. A realidade globalizada e a proliferação dos direitos coletivos gerou a necessidade de se ver o direito também de forma coletiva e, com ele, solucionar conflitos também de maneira correspondente.

Dessa forma, pode-se encontrar no CDC, mais precisamente, no parágrafo único do art. 81, a definição para os interesses coletivos, considerados em sentido amplo:

Art. 81. [...]

¹² Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

¹³ Como exemplo, podem ser citadas a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), a Lei das pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/89), Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.492/92), o Estatuto do Idoso (Lei 10.471/2003), a Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), entre outras.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum¹⁴.

Os interesses repetitivos de que trata o incidente de resolução de demandas repetitivas aproxima-se dos interesses ou direitos individuais homogêneos do inciso III do referido dispositivo, pois, para os outros dois tipos, o interesse tutelado deverá apresentar natureza indivisível. Os requisitos, portanto, para que um direito seja considerado individual e homogêneo são a *homogeneidade* e a *origem comum*. Na lição de Kazuo Watanabe (2011 apud TARTUCE; NEVES, 2012, p. 551), a origem comum poderá ser tanto de fato como de direito. Já quanto à homogeneidade entende-se que será aferida mais por aspectos objetivos que subjetivos. Caso a dimensão individual se sobreponha à coletiva, os direitos serão avaliados como heterogêneos, não podendo ser tratados pelo microsistema coletivo.

A multiplicação dos processos que trazem mesmas questões fáticas resultantes do emergir da sociedade de massa, da produção transnacional e das novas formas de relações econômicas demonstrou que os tradicionais instrumentos processuais não conseguiam acompanhar a evolução. Nesse contexto, verifica-se o exemplo das *class actions* nos EUA, como tentativa de solucionar as questões enfrentadas pelo novo contexto mundial.

A alternativa representou resposta satisfatória para o modelo jurídico norte americano, entretanto, segundo estudo de Barbosa e Cantoário (In FUX, 2011, p. 469-470) esbarrou em duras críticas do direito europeu, em especial, do alemão, decorrentes de dois aspectos principais: a representação dos interesses e a participação dos interessados.

O primeiro aspecto suscitado pelos referidos doutrinadores resulta da dificuldade em precisar a relação entre o legitimado e demais membros da classe. Nos EUA, a legitimidade para as *class actions* opera-se *ope iudicis* e, nas ações coletivas brasileiras, se dá pelo sistema *ope legis*. A primeira significa que cabe ao magistrado decidir se a pessoa

¹⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

escolhida para representar os demais possui representatividade adequada. Trata-se de juízo subjetivo do juiz. A segunda significa que a representatividade adequada restringe-se à análise abstrata de legitimados prescritos na lei, sem que o magistrado realize um juízo subjetivo.

Por essa razão, no âmbito das *class actions*, é dado ao magistrado o poder de verificar a representatividade adequada e o nível de comprometimento, disponibilidade e capacidade do legitimado para representar a classe. Tanto que, para eles, é condição imprescindível que o legitimado integre a classe que representa.

(...) é preciso que o legitimado que vem a juízo seja integrante da classe prejudicada, o que em certa medida evita alguns inconvenientes decorrentes da representação por um legitimado que não tem contato direto com a comunidade, como ocorre no Brasil, em razão da adoção de um sistema de legitimidade baseado em normas legais abstratas (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 470).

Com relação a esse aspecto particular, cumpre citar esclarecedor estudo orientado por Ada Pellegrini Grinover e realizado por Flávia Hellmeister Clito Fornaciari, à época doutoranda, a qual afirma:

Os critérios subjetivos de aferição da representatividade adequada, nos quais repousa a maior preocupação doutrinária, [...] deveriam ser analisadas no caso concreto pelo magistrado, ou seja, mediante a persecução quanto à vida daquela pessoa ou daquela associação, não só individualmente, mas também em face da situação jurídica de direito material trazida ao Judiciário. Ou seja, não basta o representante ser sério e honesto, mas efetivamente ele deve ter aptidão para a defesa dos interesses do grupo. [...] o critério objetivo, individualmente considerado, pode provocar distorções do instituto, pois ele não analisará, de fato, a relação jurídica de direito material, mas apenas observará o preenchimento formal de uma exigência legal. [...] Mediante sua observância, e aqui se evidencia ser o critério subjetivo muito importante, pois a lei não consegue abarcar todos os critérios necessários – e mutáveis, conforme o caso e a evolução social – para sua aferição, estarão asseguradas a qualidade, a seriedade e a idoneidade desse legitimado (FORNACIARI, 2010, p. 52-53).

A segunda crítica empreendida pelos doutrinadores supracitados versa sobre a extensão da eficácia da decisão resultante do julgamento que atingirá terceiros que sequer participaram do processo, o que poderia significar desrespeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório. Ocorre que uma série de atos processuais – tais como nomeação do advogado, definição da estratégia processual, produção de provas, interposição de recursos – seria vedada aos substituídos. Nas exatas palavras de Mauro Cappelletti:

A criação norte-americana da *class action* [...] permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada

classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo (CAPPELLETI, 1978, p. 50).

Diante disso, é possível enumerar algumas diferenças entre as *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras. As *class actions* ocorrem somente quando, nos termos da regra “23(a)(1)” do *Federal Rules of Civil Procedure*, já existe uma inviabilidade litisconsorcial aferida no caso concreto, enquanto que as ações coletivas brasileiras só ocorrem nos casos definidos na lei. Tartuce e Neves (2012, p. 583) lecionam que a legitimidade adequada nas *class actions* resulta de juízo abstrato do juiz (*ope judicis*), enquanto nas ações coletivas é resultado de análise dos requisitos previstos em lei (*ope legis*).

O efeito da coisa julgada, nas *class actions*, de acordo com a regra “23 (c)(3)” do *Federal Rules of Civil Procedure*, estende-se a todos pertencentes à classe, ainda que o resultado do julgamento lhes seja desfavorável (*pro et contra*). Já nas ações coletivas, conforme o disposto no art. 103, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, a extensão *erga omnes* só ocorrerá se favorecer ao grupo requerente, do contrário preserva-se a possibilidade de serem ajuizadas novas ações pelas partes individuais (*secundum eventus litis*).

2 O INCIDENTE NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O presente trabalho divide o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas proposto no projeto do Novo CPC em dois momentos. Primeiro, analisa-se a relação do projeto com a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, tecer-se-á alguns comentários sobre a exposição de motivos presente no projeto, no que se refere ao incidente.

2.1 A Constituição e o projeto do Novo Código de Processo Civil

A comissão de juristas responsável pelo projeto do Novo CPC deixa transparecer de plano no primeiro parágrafo da exposição de motivos claro intento de fundamentar o novo diploma na Constituição Federal.

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (A COMISSÃO, 2010, p. 11).

Vale citar a nomenclatura atribuída ao título I do projeto, qual seja, “princípios e garantias, normas processuais, jurisdição e ação”. Ainda, o capítulo I, que corresponde aos arts. 1º ao 11, ostenta o nome “dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”. Clara está a intenção do legislador de relacionar o novo processo civil brasileiro aos parâmetros de base constitucional.

Na sequência, o capítulo II traz a denominação “das normas processuais e da sua aplicação” e apresenta os artigos de 12 a 14. Somente o capítulo III, que trata da jurisdição, começa a expor normas que encontram reflexo no atual CPC. O art. 15 do projeto traz redação muito similar ao art. 1º do Código atual, diferindo-se apenas por um aposto explicativo. Dispõe o art. 1º do atual CPC que “A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece”. O texto do art. 15 do projeto apenas exclui do dispositivo a expressão “contenciosa e voluntária”, de onde se infere que toda a jurisdição civil, qualquer que seja, será exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme o estabelecido no código.

O art. 1º do projeto estabelece explicitamente a ligação que se pretende dar ao Novo CPC e a Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código¹⁵.

Verifica-se positivada a pretensão do legislador em evidenciar os valores e princípios jurídicos da Constituição Federal como vetores hermenêuticos que perpassam por todo o código processual que está por vir. Analisando os dispositivos, é possível encontrar referências claras à Carta Magna nos primeiros artigos do projeto. Entretanto, questionável é o fato de se inserirem, em um diploma de Direito Processual Civil, referências a normas e princípios norteadores constitucionais. A sede normativa não parece ser a apropriada.

O art. 2º diz respeito à inércia do juiz, sobre a qual a atividade jurisdicional se inicia pelas partes, salvo exceções legais, mas continua por impulso oficial, ou seja, de ofício pelo órgão jurisdicional. O art. 3º traz positivado o princípio da indisponibilidade da prestação jurisdicional, que, segundo o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O art. 4º expõe a razoável duração do processo, princípio que parece ter sido a principal preocupação para a elaboração do projeto, e já fora anteriormente incluído na Constituição Federal no inciso LXXVIII pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O art. 8º reforça a celeridade atribuindo às partes o dever de contribuir para a rápida solução da lide, evitando manifestações desnecessárias e procrastinatórias.

O art. 6º (re)apresenta os princípios da indisponibilidade do interesse público e função social da justiça, a dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e os consagrados princípios da Administração Pública. O contraditório e a ampla defesa são apresentados nos arts. 7º, 9º e 10º, e, por fim, a publicidade é sacramentada no art. 11.

Dessa forma, percebe-se que o projeto pretende inserir, como uma espécie de preâmbulo no projeto do Novo Código Civil, dispositivos que deixem explícita a ligação do novo diploma com matéria constitucional, apesar de não parecer ser a sede própria.

¹⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

2.1.1 O acesso à justiça em duas perspectivas

Renato Xavier da Silveira Rosa (2010, p. 9) explica que a doutrina processual contemporânea tem tratado da necessidade de atendimento das demandas massificadas utilizando-se de analogia com termos das ciências biológicas. Fala-se em *molecularizar* as demandas *atomizadas*. A expressão, inovada por Kazuo Watanabe (1988, p. 131), significa dar tratamento coletivizado a demandas individuais massificadas ou repetitivas. Não se trata necessariamente de uma ação coletiva. O significado é mais amplo e abrange tanto as ações coletivas quanto àquelas individuais semelhantes e que demandam tratamento e soluções análogas.

Na perspectiva individualista, *atomizada*, do processo, duas questões surgem como óbice ao acesso à justiça. A morosidade da justiça e as diferenças de julgamentos desestimulam aquele que possui causa de menor valor, tendo em vista que os honorários e as custas, por vezes, absorvem a indenização ou deixam um *quantum* restante pelo qual não compensa o desgaste de se enfrentar um processo judicial.

Os custos – muito elevados do processo, comparativamente aos ganhos, diminutos, que se poderia obter ao final, somados à delonga processual excessiva e à incerteza a respeito da vitória, representa(va)m freios poderosos à provocação jurisdicional. Economicamente, não valia a pena litigar. E, assim, lesões repetidas, habituais, quedavam sem punição (BARBOSA; CANTOÁRIO. In FUX, 2011, p. 465).

Preocupa também o fato de haver muitos processos idênticos com soluções díspares nas decisões judiciais, principalmente em primeira instância. Diante de tamanhas incertezas de julgamentos surgem por consequência incertezas quanto ao direito que se busca tutelar. Decisões divergentes por parte dos magistrados parecem ser corriqueiras na prática. Assim, o titular do direito sente-se desestimulado a litigar, vez que há pouca garantia de que seu pedido será julgado procedente e, assim, muitas infrações quedam-se impunes.

Mauro Cappelletti (1978, p. 15-21), enumera esses obstáculos, cuja transposição para um acesso efetivo à Justiça se faz necessária. Lembra que a parte sucumbente não é obrigada a ressarcir ao vencedor os valores dos honorários contratuais pagos ao seu procurador. Ainda os altos valores dos próprios honorários sucumbenciais constituem barreira ao ajuizamento de ação pela parte diante das incertezas processuais inerentes ao processo quanto ao êxito da ação, situação que pode ser amenizada se a uniformização de jurisprudência desenvolvesse sua efetividade, contribuindo com a segurança jurídica. Outro problema apresentado versa sobre as pequenas causas, que, por vezes excedem

o valor da controvérsia e o tempo da demanda que força os economicamente mais fracos a desistirem da ação ou aceitarem valores inferiores ao que têm direito.

Assim, o sistema judiciário que pretende agir com igualdade e promover uma justiça equânime termina por desenvolver-se dentro de uma realidade onde ainda impera a “lei do mais forte”, uma vez que “as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 28). Dessa forma, o novo processo civil evolui buscando formas coletivas de lidar com as contendas, a fim de amenizar as referidas desigualdades.

Ao invés de uma disputa covarde entre desiguais, o que se viabiliza, com a junção de várias demandas em uma só, coletiva, é um equilíbrio real de forças entre os dois lados da contenda (BARBOSA; CANTOÁRIO. In FUX, 2011, p. 466).

A coletivização das demandas pretende melhorar esse cenário, pois nesse tipo de mecanismo, as demandas ganham volume e atraem advogados interessados nos consideráveis honorários resultantes da demanda massificada. A dedução de demandas em conjunto promove ainda igualdade de julgamentos, trazendo maior garantia e segurança jurídica nas relações, uma vez que se aperfeiçoa a previsibilidade do resultado dos julgamentos e a coerência das condutas exigidas dos jurisdicionados. Promove a celeridade e economiza-se na atividade judiciária, tanto do ponto de vista financeiro quanto do esforço despendido. Se a morosidade testemunha contra o estímulo à defesa dos próprios direitos, a celeridade servirá como solução para este problema específico. Sendo assim, demonstra-se que, em oposição à *atomização* das demandas, a *molecularização* viabiliza o acesso à Justiça e, conseqüentemente, ao processo.

Sob um segundo aspecto, é o processo que viabiliza o acesso à justiça, pois é por meio dele que se tutela o direito. Mas para que o processo atenda aos ideais e valores de uma democracia, é preciso que seja justo, entendido como respeitoso de fundamentos processuais, tais como contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz, características do *due process of law*, que se presta a solucionar os conflitos com justiça. A partir desses fundamentos, consoma-se chamar **tutela efetiva** aquele conjunto de procedimento que visam não somente construir uma mera sentença, mas que tutele quem realmente possua razão no direito pretendido. “De nada adianta positivar direitos em ritmo crescente se, simultaneamente, não são também disponibilizados meios para sua adequada proteção” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 442).

Em razão da preocupação com a tutela efetiva, reconhece-se a importância da ponderação de princípios aparentemente díspares como o contraditório e a ampla defesa e a urgência na tutela dos direitos. Os princípios não são excludentes, mas dependem de concessões recíprocas, que demandam adaptação dos procedimentos à realidade do direito material em questão, sem que se sacrifiquem por completo uns em detrimento de outros.

A nova realidade de direitos que o atual mundo jurídico exige extrapola, muitas vezes, o universo individual e se estende ao coletivo. Torna-se, assim, necessário o desenvolvimento de novas técnicas de resolução de conflitos que atendam aos princípios de segurança jurídica e isonomia, uma vez que a “concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 49).

Neste contexto, o incidente se propõe a promover efetividade aos processos dessa natureza, possibilitando que, por meio de um processo-piloto, seja proferida decisão única e uniforme para os que partilham da mesma situação. Demandas de idêntica natureza exigem soluções também de idêntica natureza. Dessa forma, embora não se possa confundir o incidente com as ações coletivas, ambos partilham do ideário comum de resolução efetiva das demandas transindividuais com eficácia *erga omnes*.

A uniformidade de decisões promove a segurança jurídica na medida em que deixa transparecer previsibilidade do comportamento esperado do cidadão. Promove, destarte, justiça, uma vez que aplicará a lei de forma igual para todos. Dessa forma, pretende-se afastar a descrença e estimular a confiança no Judiciário, abrindo as portas do sistema jurídico a quem dele precisar. “A igualdade perante a lei, pressupõe, evidentemente, também a igualdade na sua aplicação” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 447).

2.1.2 Igualdade no processo

O princípio da igualdade possui, em especial, duas dimensões que devem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. A igualdade perante a lei deve ser entendida como igualdade quanto ao direito material e igualdade quanto ao direito processual. A primeira dimensão em referência, considerada externa ou extraprocessual diz respeito ao próprio direito material e o ideal de justiça, qual seja assegurar a cada parte o que lhe pertence, prestando-lhe a tutela que efetivamente mereça. Corresponde, por assim dizer, à consagrada expressão filosófica “justiça é dar a cada um o que é seu”.

A outra dimensão, interna ou endoprocessual, que trata da oportunidade isonômica de manifestação igualitária durante o desenvolvimento do processo. Este é um fator primordial e efetivo na igualdade quando do acesso à justiça e se efetiva pela paridade de armas, ou seja, equilíbrio no uso do contraditório e da ampla defesa pelas duas partes. Quanto a esse último aspecto, tem-se:

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15).

Dessa forma, o processo deverá respeitar o princípio da igualdade sob os seus dois aspectos a fim de que seja justo. Assim, embora não eista uma única e universal definição para o que seja justo, patente é o fato de que tratamento desigual àqueles que são iguais afasta-se desse valor. Decisões díspares para processos semelhantes se tornam problemáticas na prática, uma vez que violam a isonomia e atentam contra a segurança jurídica. Sendo todos iguais perante a lei, não poderiam ser admitidas decisões divergentes para casos similares. É nesse sentido que se manifesta doutrina processual consagrada:

Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação (MARINONI, MITIDIERO, 2010, p. 16).

Entretanto, a interpretação do juiz sofre influência de aspectos sociais, culturais, religiosos, bem como das mutações dos valores presentes na sociedade, exigindo do magistrado uma atuação sensível à realidade fática. Dessa forma, permite-se o surgimento de infinidade de interpretações, inclusive divergentes, prejudicando a segurança e equidade jurídicas. Diante da impossibilidade de uma jurisprudência uniforme, o magistrado se socorre do campo dos princípios gerais do direito, permissionárias de margem valorativa que homenageia o ideário do razoável em detrimento do dogmaticamente certo e errado.

Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e as espécies semelhantes se apliquem teses

jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional (MOREIRA, 2009, p. 4-5).

Por essa razão, a evolução da discussão sobre direitos metaindividuais, a unidade de aplicação da lei e a coerência da justiça prestada exige que se desenvolvam técnicas de uniformização de jurisprudência, a fim de que seja respeitada a isonomia tanto no ambiente extraprocessual como no trâmite do processo.

2.1.3 Razoável duração do processo

O devido processo legal e o respeito aos princípios que o fundamentam, em especial o contraditório e a ampla defesa, demandam, indubitavelmente, certo tempo até que se esgotem os procedimentos, que visam à formação da cognição adequada do juiz. O direito ao processo justo e devidamente instruído só é possível com a devida manifestação das partes em juízo, produção de provas e argumentação pertinente ao direito pretendido. O procedimento se realiza até a formação do convencimento do juiz, que o torna capaz de prolatar sua decisão por meio de sentença. “A sentença é sempre (ou deve ser) o produto de um devido processo” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 452).

O projeto não passa alheio a essa realidade, uma vez que, em seu art. 10, proíbe ao juiz decidir sem oportunizar as partes que se manifestem sobre a contenda:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício¹⁶.

Desta feita, inegável o fato de ser o tempo inerente ao processo, o que não representa, por si só, maiores problemas para o direito processual ou material. A realidade começa a se tornar problemática em razão da morosidade da justiça. Entenda-se morosidade como a situação na qual o processo se estende para além do necessário ou do minimamente razoável para a solução da lide.

A “lentidão” da Justiça constitui um grave problema social, pois “provoca danos econômicos, imobilizando bens e capitais, favorece a especulação e a

¹⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder” (...). Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar as condições da rendição (TROCKER apud BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011 p. 453).

Por vezes, a tutela do direito não pode esperar o término do processo, sob pena de perecer ou ter sua efetividade mitigada ou anulada, tornando inócua a tutela jurisdicional, razão porque reformas processuais efetivam-se no sentido de promover as medidas cautelares e a antecipação dos efeitos da tutela. Nesse sentido, a EC 45 introduz no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988, princípios atinentes à razoável duração do processo e celeridade. Na verdade, esta significa, de certa forma, aquela, uma vez que celeridade não significa necessariamente rápido, mas dentro do necessário e razoável.

A morosidade da Justiça torna inócua a proclamada eficácia concreta dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e hipócrita a afirmada prevalência dos direitos humanos (art. 1º). Justiça que tarda fala, sim, ao contrário do que faz supor a sabedoria popular (GRECO apud BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011 p. 453).

Nesse sentido, reformas realizadas nas últimas décadas apontam essa direção. Podem-se citar, como exemplo, a sumarização da cognição do juiz em causas sujeitas a ritos compactos (Juizados Especiais e procedimento sumário); o processo sincrético, do qual se extraem a tutela cognitiva e executiva em um só procedimento; a limitação do número de litisconsortes no processo (art. 46, parágrafo único do CPC); a possibilidade de segmentação com julgamento antecipado da lide na parte incontroversa da pretensão (art. 273, §6º do CPC); a promoção do princípio da instrumentalidade das formas, fungibilidade do procedimento; a possibilidade de julgamento *prima facie* (art. 285-A do CPC), no qual, em razão de sentenças de total improcedência em casos idênticos, quando versar exclusivamente sobre matéria de direito, poderá ser dispensada citação e proferida, de plano, sentença com o teor das anteriores; a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a súmula ou jurisprudência do tribunal em que atue ou dos tribunais superiores (art. 557 do CPC); e a possibilidade de elaboração de súmulas vinculantes (art. 103-A da CF88);

Este é o cenário no qual surge a proposta do incidente de resolução de demandas repetitivas, com a finalidade de contribuir para a celeridade e razoável duração processual, além de servir como instrumento de formação de jurisprudência apta a vincular casos semelhantes.

2.2 Exposição de motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil

A exposição de motivos que embasa o projeto do Novo CPC inicia-se com algumas palavras do Senador José Sarney, à época presidente do Senado Federal. Em seu discurso, clara é a preocupação com a celeridade da Justiça:

A Comissão de Juristas [...] trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil 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 de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal (SARNEY, 2010, p. 3).

A despeito de qualquer juízo valorativo, o discurso do presidente do Senado Federal sacramenta um depósito de princípios processuais que devem ser ponderados tanto quando da edição do novo código quanto no momento da sua aplicação.

Em seguida, nas palavras do coordenador da comissão, o Ministro Luiz Fux, ressalta-se a preocupação com a celeridade processual, uma vez que dela depende a satisfação da população. Afirma ele:

É que, aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo (FUX, 2010, p. 7).

Assim, de todos os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, o projeto do Novo CPC parece dar especial atenção para a celeridade processual.

A exposição de motivos descreve os cinco objetivos que orientaram a Comissão na confecção do projeto do Novo Código: a) sintonizar o processo civil com a Constituição Federal. A título de ilustração, observa-se que os primeiros artigos guardam pertinência com os princípios consagrados da Carta Magna; b) criar condições para que o juiz tenha maior oportunidade de se familiarizar com a realidade fática sobre a qual versam as demandas. c) reduzir a complexidade dos sistemas processuais; d) privilegiar rendimento a cada processo; e) melhorar a coesão e organicidade do sistema processual.

No que diz respeito ao incidente de resolução de demandas repetitivas, especificamente, o primeiro objetivo se debruça mais atentamente sobre o assunto, uma vez que trata da harmonização dos princípios constitucionais com as regras processuais do processo civil, como o contraditório e a ampla defesa, a publicidade e, em especial, a razoável duração do processo. A ideia fundamental é que a eficiência e a efetividade de um processo

passam necessariamente por uma aproximação de seus procedimentos das raízes constitucionais. E, tendo em mente, que a celeridade fora inserida como direito e garantia fundamental da Constituição, pretende-se dar a ela especial atenção. “Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça” (A COMISSÃO, 2010, p. 16).

Pouco depois, a comissão procura homenagear o princípio máximo do direito, qual seja, a isonomia. Considera inaceitável a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis, no âmbito dos tribunais, sobre a mesma situação jurídica, o que provoca a estranha situação de existirem pessoas em idêntica situação fática e jurídica submetidas a imposições de conduta divergentes, até antagônicas, gerando perplexidade e intranquilidade para os jurisdicionados.

Além do exposto, entende-se necessário que a jurisprudência se mantenha no tempo, a fim de que haja segurança jurídica para os jurisdicionados. Uma jurisprudência que muda subitamente e com frequência gera instabilidade. A nota de rodapé nº 13 do anteprojeto comenta, nas palavras dos ingleses, que os jurisdicionados não podem ser tratados “como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos”. Por essa razão, a jurisprudência firmada deverá, como regra, ser mantida, a menos que surjam razões suficientemente relevantes para alterá-la. Por essa razão, dispõe o art. 847, § 1º:

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, **considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas**¹⁷. (grifo nosso)

Dessa forma, no que diz respeito ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a exposição de motivos demonstra preocupação clara de criar um mecanismo capaz de aperfeiçoar a uniformização da jurisprudência e elevar, com a inovação, a razoável duração processual, isonomia dos julgamentos e consequente segurança jurídica.

2.3 Compreensão sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas

Antes de iniciar a presente discussão, cumpre informar que a práxis costuma discutir assuntos jurídicos enquadrando o estudo de sua natureza jurídica em âmbito propedêutico, ou seja, inicial. Entretanto, por escolha didática, preferiu-se tratar do assunto

¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

em momento posterior, por duas razões. A primeira relaciona-se ao fato de os doutrinadores que já refletiram sobre o assunto não tratarem dele com clareza e, por essa razão, não estar ele assentado conclusivamente. A segunda razão decorre da necessidade de se esclarecer aspectos importantes a respeito do incidente e seu funcionamento no ordenamento brasileiro para a compreensão de sua natureza jurídica, o que não fora realizado até o presente momento.

2.3.1 Da denominação do instituto

Nos debates engendrados pela Comissão de Juristas, discutia-se a respeito da denominação do novo instituto. Assim, propôs-se que se denominasse, por exemplo, *processo teste*, *ações repetitivas*, *processo piloto*, *incidente de processos representativos da controvérsia*, *ações representativas da controvérsia*, *incidente de coletivização*¹⁸.

Ao longo dos debates, discutia-se a existência de coletivização pelo instituto, quando então ficou decidido que a expressão “coletivo” não deveria fazer parte da denominação do que se propunha. O incidente não se presta a coletivizar as demandas, não há agrupamento de ações em uma só. O que ocorre é o tratamento conjunto de uma multiplicidade de ações com semelhante ou mesmo teor jurídico. Em outras palavras, as questões comuns às ações individuais são julgadas por meio de um processo paradigmático e a *ratio decidendi* é imposta às demais ações, vinculando-se a decisão do magistrado aos fundamentos do julgamento do incidente. Sendo assim, o incidente produz, na realidade, um precedente vinculativo para as demais ações individuais. “Assim compreendido, o incidente de resolução de demandas repetitivas bem se poderia denominar incidente de aceleração de formação de precedente” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 452).

Na verdade, a própria denominação “incidente de resolução de demandas repetitivas” não parece ser adequada, uma vez que não há, decerto, a resolução das demandas. As únicas demandas que são efetivamente resolvidas são aquelas escolhidas como paradigmáticas. O que ocorre, na verdade, é a formação de um precedente com natureza vinculativa para os demais processos que deverão observar as razões de decidir daquela ação piloto. Assemelha-se bastante à súmula vinculante, ou, dito de outra forma, seria uma espécie

¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Ata da primeira reunião da Comissão de Juristas. *Diário do Senado Federal*, Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2010, p. 566-568.

de súmula vinculante em forma de precedente. Uma denominação que parece adequada seria incidente de formação de precedente vinculante.

2.3.2 Da natureza material das questões do incidente

Com relação à natureza da questão submetida ao órgão superior, entende-se que deverá ser apenas de direito, nunca fática. Assim sendo, a atividade cognitiva do juiz lança-se sobre os fundamentos do litígio, tanto da parte autora em sua causa de pedir quanto da parte ré em sua contestação. Do confronto de ponderações a respeito desses fundamentos, o magistrado decidirá e fará coisa julgada material quanto àquela lide específica. Entretanto, a razão de decidir não fará coisa julgada sobre demais casos, ficando estes na dependência de julgamento pela instância *a quo*.

Relevante é diferenciar resumidamente questões de fato e de direito. A primeira versa sobre ocorrência ou não de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos da lide. A outra se refere à ponderação na aplicação das normas jurídicas ao caso concreto e à reflexão sobre o correto significado de tais normas.

O incidente se instaura a partir de um processo já em curso. A partir dele, a demanda, por meio da ação piloto, segue para apreciação do juízo *ad quem* para que este se pronuncie sobre o caso. Essa lide principal será julgada tanto nas questões de fato quanto nas de direito, e a decisão fará coisa julgada material. Entretanto, apenas a decisão sobre as questões de direito que fundamentaram a decisão iluminarão a instância *a quo* de maneira vinculante, pois a coisa julgada é consequência da resolução da lide, e o que se pretende projetar com o incidente são as demais questões de direito correlatas.

Por óbvio, haverá forte tendência a que se repita a decisão superior nas demais lides, entretanto, isso não decorrerá de vinculação à coisa julgada do caso representativo da controvérsia, mas apenas de vinculação aos seus fundamentos, visto que o “incidente restringe-se a questões de direito (art. 895)” (TESHEINER, 2010, p. 27).

Nas ações coletivas, ao contrário, desde que o titular solicite a suspensão de sua ação individual (*opt in*) para que ela seja representada pela ação coletiva e que a decisão lhe seja favorável, decorrerá a projeção da própria coisa julgada material sobre os demais processos, ou seja, a própria lide se projeta para além das fronteiras do processo, e não apenas as questões jurídicas.

Da interpretação que se extrai do art. 104 do Código de Direito do Consumidor, para que o titular do direito tenha sua ação individual suspensa a fim de que seja ela abrangida pelo julgamento da ação coletiva, ele deverá solicitar a suspensão da ação individual no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Ou seja, a suspensão não ocorre de ofício, devendo ser requerida pela parte. Entretanto, não é esse o entendimento do STJ:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- **Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.** 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido¹⁹.

Assim, apesar da tensão entre a interpretação da lei e o entendimento do STJ, o julgamento da ação coletiva projeta-se, caso procedente, para as demais ações ajuizadas. Já, no incidente, há, na verdade, um destaque da questão jurídica dos pedidos referentes aos processos suspensos para apreciação do tribunal, e não um julgamento da lide. Julgamento, propriamente dito, será apenas do processo piloto, representativo da controvérsia. Posteriormente, cada juízo julgará as ações suspensas com base na *ratio decidendi* da ação modelo. Há, então, como no modelo *Musterverfahren* alemão, cisão da atividade cognitiva em um momento em que se trata coletivamente das questões de direito e outro momento em que se trata individualmente das questões fáticas e da aplicação do entendimento egrégio ao caso específico (CABRAL, 2007, p. 132-133).

A denominação incidente reflete diretamente em sua natureza jurídica. O incidente tem natureza de incidente, ou seja, acontecimento processual capaz de interromper a marcha natural dos demais processos para que a instância *ad quem* se pronuncie sobre a melhor interpretação a ser dada sobre a questão jurídica controvertida.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1110549&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

Como se para toda essas ações, por intermédio daquela que é a concentradora, polarizadora da controvérsia, se produzisse de fato bipartição ritual: a questão jurídica é resolvida lá em cima e, à luz do que lá ficar assentado, retoma-se o curso do processo cá embaixo, perante o juiz natural, para resolução, se houver, de outras questões e consequente julgamento do pedido (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 506).

Entretanto, essa interpretação decorre da própria manifestação da comissão de juristas responsável do novo Código, não sendo clara nos dispositivos do projeto. Quer parecer necessária, portanto, maior clareza a fim de evitar futuras discussões técnicas que possam desviar o foco do verdadeiro propósito do instituto a ser criado.

2.3.3 Critérios para a seleção da demanda representativa da controvérsia

O projeto do Novo CPC não apresenta dispositivo específico que verse sobre os critérios de seleção da demanda-piloto, deixando a tarefa para a interpretação. O art. 895, §1º, define os legitimados para suscitar o incidente:

§ 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 ou pela Defensoria Pública, por petição²⁰.

Da leitura do dispositivo, entende-se pela possibilidade de instauração do incidente tanto na fase cognitiva quanto recursal do processo, visto que permite ao juiz (de 1ª instância) ou ao relator (de 2ª instância) suscitar o procedimento. Interpretação teleológica valoriza a finalidade do instituto, que é a de reunir em si a maior quantidade possível de argumentos em torno do tema jurídico controvertido. Assim, é de bom alvitre que seja permitido aos demais litigantes complementarem as alegações do processo piloto com suas próprias razões, a fim de que seja ele o mais plural possível. Nesse diapasão, o art. 897, *caput* do projeto permite ao relator “requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário”, que passa a atuar como *amicus curiae*, e o art. 901 atribui também ao relator a função de ouvir “as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”. Dessa forma, o projeto parece cercar-se de

²⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

inúmeros mecanismos a fim de que a instrução do procedimento seja a mais robusta possível e a melhor interpretação seja adotada na resolução da contenda.

Andrea Barbosa e Diego Cantoário (2011, p. 507-508) recomendam, como critério para a seleção da ação piloto, o art. 1º da Resolução 08/2008 do STJ, o qual dispõe que diante da multiplicidade de recursos especiais fundados em idêntica questão de direito, o presidente ou o vice-presidente do tribunal admitirá um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará para o STJ, suspendendo os demais, até pronunciamento definitivo do tribunal. Cada relator selecionará ao menos um processo entre os seus e, dentre esses, aqueles com maior diversidade de fundamentos e argumentos sobre o tema a pacificar.

A diferença, entretanto, é que no recurso especial, o procedimento é instaurado de ofício pelo presidente, vice-presidente ou relator no STJ. Já o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado de ofício pelo juiz ou relator, ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou até mesmo pelas partes.

Diante disso, a escolha não parece ser tão problemática quando se trata do juiz ou do relator, que podem selecionar entre os seus processos aquele ou aqueles que melhor representem a controvérsia. Entretanto, quando as partes desejarem suscitar o incidente, só poderão fazê-lo a partir do próprio processo do qual são parte, o que poderá ocasionar a seleção daquele que não é o mais indicado para representar a controvérsia.

O projeto propõe prazo de quinze dias para apresentação por qualquer interessado de memoriais com suas próprias razões, suprimindo eventual deficiência de argumentos. Poderá, ainda, ser requerido ao relator que solicite informações ou cópias de peças processuais dos autos na instância em que se originou a demanda, que melhor esclareçam ou representem a controvérsia. Pretende-se resolver assim o problema da carência de representatividade, funcionando o juízo onde se originou o incidente como *amicus curiae*.

Vale ressaltar que, conforme Barbosa e Cantoário (In: FUX 2011, p. 493) nada impede que possíveis ações coletivas que estejam concomitantemente tramitando nas instâncias inferiores sejam as eleitas como representativas da controvérsia, uma vez que se presume serem elas as que, além de abrangerem todos os envolvidos, possuem legitimados mais fortes e preparados do ponto de vista econômico, técnico, organizacional e jurídico. Tal presunção, entretanto, é relativa, admitindo prova em contrário e abrindo-se a possibilidade para que outras ações, inclusive individuais, sejam também eleitas como representativas.

2.3.4 Da extensão das decisões proferidas no âmbito do incidente

Para que o instituto tenha sentido para existir, a decisão resultante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas deverá possuir natureza irradiante, ou seja, produzirá efeitos externos, para além dos limites da ação piloto. O que se decide pelo incidente não se limita ao âmbito das ações representativas da controvérsia, mas atingirá todas as demais ações com mesma causa de pedir.

Lendo-se o *caput* do art. 895 do PLS 166²¹, verifica-se:

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas 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 conflitantes²².

Destarte, dois são os requisitos que ensejam a instauração do incidente: a) potencial reprodução da causa de pedir em outras ações; b) risco de prolação de decisões conflitantes. Assim, pode-se igualmente inferir que o incidente também se desdobra em duas questões igualmente fundamentais: a) diminuição do congestionamento do sistema Judiciário; b) redução do descrédito e da insegurança jurídica na Justiça decorrente de prolação de decisões divergentes para casos idênticos.

O incidente, portanto, é motivado pelo intuito de isonomia de decisões judiciais, atribuindo-lhes força mais que sugestiva, por assim dizer, vinculante de decisões posteriores. Quanto a esse aspecto, tenta-se, então, resolver dilema enfrentado pelas ações coletivas, as quais não se demonstraram bem sucedidas, uma vez que nelas, o titular do direito material conserva, caso o resultado da ação coletiva lhe seja desfavorável e ele não tenha requerido suspensão do seu processo particular, sua legitimidade para propor ação individual.

Além disso, como já visto, na solução resultante do julgamento das ações coletivas, a ação individual só será acobertada pela decisão coletiva caso esta lhe fosse favorável. Do contrário, a ação individual segue seu trâmite normal, permitindo inclusive a prolação de decisão divergente. Doutrinariamente, fala-se em coisa julgada *secundum*

²¹ Corresponde ao *caput* do art. 930 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

²² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

eventum litis in utilibus, “porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material” (TARTUCE; NEVES, 2012, p. 620).

Apesar do exposto, a jurisprudência da Segunda Turma do STJ reitera o entendimento pacificado no acórdão proferido no REsp nº 1.110.549/RS²³, o qual decide pela suspensão automática e obrigatória da ação individual quando da interposição da ação coletiva, apesar do expressamente disposto no art. 104 do CDC. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. PISO SALARIAL NACIONAL DO MAGISTÉRIO. LEI 11.738/2008. PROFESSORES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.110.549/RS, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. **"Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva".**
2. In casu, o Tribunal de origem, ao apreciar demanda sobre o cumprimento da Lei 11.738/2008 (piso salarial do magistério da educação pública), **determinou a suspensão de ações individuais até o julgamento da Ação Civil coletiva** sobre a mesma controvérsia ajuizada pelo Ministério Público.
3. Orientação reafirmada pela Segunda Seção, no julgamento do Resp 1.110.549/RS, sob o rito dos recursos repetitivos.
4. Agravo Regimental não provido²⁴. (grifo nosso)

Entretanto, a referida suspensão, ainda que de ofício, não é capaz de, por si só, desafogar o Judiciário das demandas que lhe são requeridas, pois, em razão da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, os efeitos gerados pela ação coletiva só impedirão o ajuizamento da ação individual caso aquela seja julgada procedente. No incidente, por outro lado, a decisão egrégia, qualquer que seja, possuirá força de vincular os demais processos. Ou seja, os efeitos não se darão *secundum eventum litis*, mas *pro et contra*.

Ressalte-se que a decisão vinculante restringe-se à fundamentação (*ratio decidendi*) e não fará coisa julgada para as demais. Assim sendo, a razão de ser do incidente é dar ao Judiciário a possibilidade de pronunciar-se de uma só vez sobre questão de direito

²³ Adotado como paradigma nos seguintes julgados: AgRg nos EDcl no AREsp 206851/RS; AgRg nos EDcl no AREsp 207660/RS; EDcl no AREsp 214440/RS, AgRg nos EDcl no AREsp 201385/RS; REsp 1189679/RS; AgRg no Ag 1057643/RS; AgRg no REsp 1111011/RS.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp 207.660/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 19/12/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

comum a inúmeras demandas existentes ou potenciais, proferindo, portanto, decisão capaz de orientar com força vinculante a fundamentação das demais decisões similares.

Não se pretende confundir o incidente com as ações coletivas, apesar de ele também possuir efeitos para além do seu julgamento. Embora atinja diversas demandas que giram em torno de questão de direito comum, o incidente não reúne em si inúmeras ações, o que o transformaria em uma ação coletiva, mas propõe-se a formar um precedente dotado de força vinculante, no que tange, especificamente, ao seu fundamento, sua razão de decidir. As demais ações afetadas por ele permanecem autônomas.

A ideia é evitar que, como nas ações coletivas, possam tramitar concomitante duas ações, uma coletiva e outra individual, discutindo mesma questão de direito, abrindo possibilidade de prolação de decisões divergentes. Dessa forma, nada impede, mas ao contrário, melhor seria que uma ação coletiva se transformasse na ação piloto, uma vez que “há uma presunção (relativa!) de que os extraordinariamente legitimados à sua propositura possuem melhor preparo técnico, jurídico e econômico para a disputa e, portanto, melhores condições de defender ponto de vista que é do interesse de muitos” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In FUX, 2011, p. 493).

Assim sendo, alterar-se-ia entendimento das disposições do Código de Defesa do Consumidor, que prevê efeitos *erga omnes* somente em caso de procedência do pedido, pois, pelo menos quanto a *ratio decidendi*, haverá uma vinculação de todas as ações idênticas a ação piloto, ainda que o julgamento lhes seja contrário.

2.3.5 Dos efeitos prospectivos

Ao se refletir sobre a possibilidade de ter o incidente efeitos prospectivos, cabe caracterizar o que seja precedente judicial:

O precedente judicial se caracteriza por ser uma decisão tomada por órgão jurisdicional frente a um ou mais casos concretos deduzidos em juízo, cujo núcleo essencial tem o potencial de servir como paradigma para julgamentos posteriores em causas análogas (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 481).

Na lição de Cruz e Tucci (2004, p. 12), todo precedente é constituído de duas partes fundamentais: a) as circunstâncias de fato que envolvem a controvérsia; e b) o fundamento jurídico (*ratio decidendi*). No incidente, é o fundamento jurídico do julgado que

definirá o conteúdo decisório da coisa julgada que terá sua eficácia expandida para atingir os demais casos semelhantes.

O efeito vinculante, portanto, será produzido de duas formas: a) *inter partes*, quando vinculará pela coisa julgada, e; b) *erga omnes*, quando vinculará pela fundamentação (*ratio decidendi*). No caso de produção de eventual decisão viciada, se o vício macular a parte dispositiva, ter-se-á decisão inexistente. Já se macular a fundamentação, ter-se-á decisão existente, porém nula. Os juízos acessórios (*obter dicta*)²⁵ não possuirão efeito vinculante.

Na mesma linha de raciocínio da norma relativa às súmulas vinculantes, a não observância pelo juízo *a quo* dos fundamentos da decisão abrirá ao jurisdicionado a possibilidade de reclamação para o juízo *ad quem*.

O novo instrumento prestigia, na mesma linha do *Musterverfahren* alemão, a participação dos demais envolvidos na qualidade de *amicus curiae*, por força do art. 901 do projeto²⁶. Nesse sentido, o incidente proporcionará a formação de precedentes vinculantes com a natureza preconizada pela família do *Common Law*. Vale transcrever:

Poder-se-ia inclusive dizer que este novo instrumento processual tem a natureza de um incidente de formação de precedentes vinculantes, tendo em vista que seu rito de funcionamento preconiza a suspensão (imprópria) de todos os processos em curso com vistas à produção de uma única decisão judicial passível de ter sua *ratio decidendi* estendida aos demais casos análogos. Vale dizer, ao invés de se prolongar por anos a indefinição a respeito do melhor entendimento a ser adotado para resolução de certos conflitos, precipuamente aqueles que são reiteradamente deduzidos em juízo, abre-se caminho à obtenção de uma solução célere, equânime, e razoavelmente aceita pela sociedade. Catalisa-se, então, a sedimentação da jurisprudência (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 484).

Dessa forma, cumpre analisar as formas de controle quanto ao alcance dos efeitos gerados pelo incidente, tendo em vista que o sistema jurídico muda com as condições temporais e “atmosféricas” em que se insere.

O disposto no art. 901 legitima a participação de quaisquer interessados nos debates suscitados pelo incidente a fim de que seja amadurecida e refinada a sua instrução. Nesse contexto, relevante é diferenciar as participações dos interessados. Haverá aqueles que

²⁵ Como acessórios, entenda-se argumentos laterais, de reforço ou representativos do raciocínio lógico elaborado pelo magistrado, mas que não influenciam diretamente a sua decisão.

²⁶ Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

atuarão como *amicus curiae*, que agem por interesse institucional, contribuindo para decisão mais apurada. Outros poderão ser ouvidos na posição de *assistentes litisconsorciais*, quando possuírem interesse pessoal na causa, exatamente pelo fato de a questão jurídica demandada lhes dizer respeito.

Enfim, é possível a qualquer interessado, seja ele portador de um interesse *institucional* (caso do *amicus curiae*), ou *jurídico* (caso das partes das demandas repetitivas), intervir e participar efetivamente do processamento e julgamento do referido incidente (CUNHA, 2011, p. 270).

Sendo assim, verificam-se duas formas de controle dos efeitos da decisão do precedente. Poder-se-ia falar em controle preventivo (anterior), que se dará por intervenção do *amicus curiae* antes da formação do precedente, com possibilidade de participação ainda dos interessados na lide na qualidade de assistentes litisconsorciais. Com isso, tenta-se afastar possível violação ao contraditório e à ampla defesa, dando maior legitimidade a decisão prolatada. A outra forma seria o controle repressivo (posterior), que se dará por substituição total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) do precedente-piloto.

A substituição total ocorre em razão de mudança de entendimento do tribunal, que abandona o precedente pregresso, mas sem que a decisão, em razão da segurança jurídica, retroaja para prejudicar a coisa julgada. Para tanto, importa que os efeitos sejam modulados, devendo o tribunal definir o marco temporal no qual se aplicará o novo precedente e a forma (*ex nunc* ou *ex tunc*) em que se dará a sua eficácia.

Já a substituição parcial ocorre de inovação legal decorrente de regra ou princípio jurídico superveniente, caso em que o precedente segue com restrição de seu âmbito de incidência. De qualquer forma, em ambos os casos, buscam-se mecanismos que permitam certa flexibilidade de atualização doutrinária e jurisprudencial, a fim de que se evite o indesejável “engessamento” eterno do ordenamento jurídico.

Todavia, em ambos os casos, o que se tem é uma técnica de abertura sistêmica, capaz de manter atualizada a doutrina dos *bidings precedents* e, por conseguinte, impedir a eternização de entendimentos equivocados ou há muito obsoletos em razão da evolução axiológica-social (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 487).

Esta preocupação não se oculta apenas na hermenêutica jurídica, mas é positivada no projeto do novo Código de Processo Civil. O art. 847, §2º propõe que o regimento dos tribunais deverão prever meios de revisão da jurisprudência. Além disso, a formação do precedente deverá ser amplamente divulgada (Art. 896 do projeto), garantindo-se a possibilidade também de realização de audiências públicas para promover debates prévios

quanto à decisão que afetará muitas pessoas. Prestigia-se, assim, o princípio democrático nos mesmos moldes do controle abstrato de constitucionalidade.

O art. 847, inciso V, prevê ainda a possibilidade de modulação temporal em razão do interesse social e da segurança jurídica, quando então o órgão julgador poderá definir o momento mais justo para que a nova interpretação possa começar a valer.

Art. 847. [...]

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica**²⁷. (grifo nosso)

Andrea Barbosa e Diego Cantoário (In FUX, 2011, p. 489) explicam que a aplicação do precedente deverá ser feita de forma crítica, cabendo ao órgão julgador levar em consideração as peculiaridades do caso particular. A doutrina norte-americana denomina esse fenômeno de *distinguishing*, ou seja, as peculiaridades que distinguem o caso concreto particular dos demais casos envolvidos. Assim, permite-se o afastamento da aplicação do processo paradigmático àquele caso específico por ele não guardar relação fundamental com aquele, dando-lhe a devida atenção especial.

Dessa forma, procura-se afastar a alegação de que o magistrado se transformaria em mero reprodutor de decisões pacificadas pelos tribunais, uma vez que ele continuará sendo protagonista na crítica aos julgados precedentes. Sua atuação continuará sendo singular, seja pela interpretação ampliativa ou restritiva dos fundamentos do julgamento-piloto, seja pelo afastamento do paradigma em razão da não coincidência de seus fundamentos jurídicos com o caso particular.

Apesar do exposto, quanto aos efeitos futuros do julgamento, o projeto não é claro. Assim sendo, quatro dispositivos merecem destaque:

Art. 898 [...]

§ 2º 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 deste Capítulo.

²⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

Art. 899. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.

Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente²⁸.

Com especial atenção ao art. 903, o dispositivo não deixa transparecer explicitamente se a projeção dos efeitos do julgado alcançará casos futuros que porventura sejam ajuizados. Portanto, duas interpretações são possíveis.

A primeira se direciona no sentido de que a aplicação dos efeitos do incidente atinja apenas os processos pendentes de julgamento e os instaurados até sua decisão de mérito. Problema equivalente é enfrentado pelo *Musterverfahren* alemão, caso em que não haverá similitude com a tutela coletiva, produzindo apenas efeitos entre as partes. Aproxima-se, contudo, neste caso, do incidente de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476). Em suma, segundo essa interpretação, o incidente não produz efeitos sobre processos futuros, limitando-se aos processos suspensos por ocasião da instauração do incidente e aos processos instaurados até a data da decisão de mérito.

A segunda interpretação possível reconhece o efeito prospectivo do incidente. É fortalecido pelo art. 317 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que permite ao juiz indeferir liminarmente a demanda quando o pedido contrariar entendimento dos Tribunais de superposição sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.

Valendo apenas para os processos pendentes e instaurados até a decisão final, o Tribunal poderia ser provocado a se manifestar sobre questões já decididas por ele, havendo desperdício de tempo e energia tanto da parte dos litigantes quanto do próprio sistema judiciário. “A cada vez que uma ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 480).

Assim sendo, a melhor interpretação parece ser a que projeta o incidente para o futuro. Afirma ainda tal entendimento o fato de o dispositivo ser aberto, não restringindo os efeitos aos processos pendentes de julgamento, o que sugere uma intenção do legislador de aplicar os fundamentos da decisão ao maior número possível de processos.

²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

Cumpra, entretanto, informar que em 19/10/2011, a emenda 181 apresentada por Bruno Araújo na comissão alterou o dispositivo excluindo sua carga preventiva e mantendo apenas o caráter repressivo do incidente. Segundo o autor, o caráter preventivo provocaria grave risco de cerceamento do necessário amadurecimento do caso para julgamento, o que poderia não resultar na melhor solução. Portanto, defende que o caso seja alimentado com decisões distintas já existentes em processos que tratem de situações homogêneas. Assim, o texto atualmente se apresenta da seguinte forma:

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas **quando houver decisões distintas em processos que versem sobre situações jurídicas homogêneas**, desde que presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica²⁹. (grifo nosso)

Sobre o assunto, assim se manifestou Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 263), tendo sua opinião acatada pela comissão:

É manifestamente alto o risco de haver sucessivas decisões afastando a aplicação do precedente, em razão de algum distinguishing, overruling ou overriding.

[...]

Daí por que não se afigura adequado considerar que o incidente seja preventivo, exigindo-se, para sua instauração, a existência de sentenças antagônicas a respeito do tema.

Portanto, verifica-se que a comissão alterou o funcionamento do incidente limitando a aplicação de seus efeitos aos processos já ajuizados, quando seja neles identificadas decisões divergentes para situações homogêneas, evitando-se, assim insegurança jurídica e ofensa à isonomia das decisões judiciais. Dito de maneira simples, a alteração subtrai o caráter preventivo do incidente, preservando apenas sua natureza repressiva. Se a alteração vingar, o incidente terá olhar apenas para trás, nunca para frente. Resta aguardar redação final do projeto, a fim de que se conclua sobre o entendimento a ser enfim adotado.

2.3.6 Do efeito suspensivo

O art. 899 do projeto refere-se a “suspensão dos processos pendentes”. O efeito suspensivo decorre fato de ficarem suspensas as ações ajuizadas ou recursos interpostos até julgamento, pelo tribunal, do mérito da causa principal, eleita como representativa.

²⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 8.046/2010. **Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 174 pp. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 26 fev. 2013.

O *Pilot-Judgement Procedure* da Corte Europeia de Direitos Humanos também possibilita a suspensão das demais causas, apesar de sua finalidade ser a de motivar as autoridades nacionais a dar uma solução para o conflito interno ao país. Possui outras semelhanças com o incidente brasileiro: proporcionar tutela mais célere do direito material.

Cabe ressaltar que a demanda principal não ficará suspensa, pois do seu prosseguimento depende a resolução das demais lides. A rigor, as demais demandas também não ficam suspensas, pois, na realidade, prosseguem conjuntamente com a questão objeto do incidente. Nas outras questões que não apresentem ligação com o incidente instaurado seguem seu trâmite normal. As ações individuais preservam sua individualidade, sua autonomia³⁰. Com isso, procura-se afastar a crítica de que a suspensão representaria ofensa ao princípio do acesso à justiça³¹.

Além disso, pedidos independentes do incidente poderão ser julgados parcialmente pelo juiz em decisão interlocutória, ficando as questões dependentes no aguardo da decisão superior. O julgamento parcial induz sentença definitiva quanto àquele ponto específico que não depende da resolução do incidente, razão pela qual está sujeita a recurso de agravo de instrumento, sob pena de preclusão. Tal agravo, em nada prejudica a marcha do processo na primeira instância. Assim, restaria ab-rogado o dogma da unidade de julgamento.

Outro aspecto a estudar é a possibilidade de ajuizamento de ações, posteriores à instauração do incidente, que versem sobre a controvérsia tratada na ação piloto. O projeto não é claro nesse ponto e, segundo Barbosa e Cantoário (In: FUX, 2011, p. 512-514), a parte que não ajuíza sua ação individual tempestivamente corre o risco de ver perecer seu direito, seja ele processual ou material. Desse modo, aqueles que não ajuizaram suas ações individuais se veriam forçados a propô-las, mesmo já tendo sido deflagrado o incidente, a fim de consumir a interrupção da prescrição ou suspensão da decadência, e não ver extinto

³⁰ Nas exatas palavras de Barbosa e Cantoário (In: FUX, 2011, p. 511): “Na verdade, bem interpretado o dispositivo, na pendência do incidente, os processos individuais não se suspendem, antes prosseguem a sua marcha. Fazem-no conjuntamente quanto à questão objeto do incidente e isoladamente quanto aos demais atos que possam ser praticados no processo e que não apresentem qualquer relação de preliminaridade ou de prejudicialidade (enfim, de subordinação) com a questão jurídica afetada à apreciação do Tribunal. É que, pelo incidente, (...) produz-se uma espécie de coletivização de demandas, mas apenas no que respeita à questão jurídica comum. As ações, de fato, não perdem sua individualidade procedimental. Sua autonomia litúrgica”.

³¹ José Maria Tesheiner (2010, p. 29) critica: “Essa suspensão ofende o princípio do acesso à justiça, porque impede a entrega da prestação jurisdicional. Viola também o princípio do juiz natural, por impedi-lo de exercer a jurisdição em casos que são de sua competência. [...] Não deve haver suspensão de ações. Pelo contrário, é desejável que, no curso do incidente, sejam proferidas muitas sentenças, de diferentes juízos, para que a matéria seja maduramente examinada e sob diferentes enfoques”.

seu direito. Restaria, assim inócua a intenção do legislador em descongestionar a Justiça, visto que as ações individuais ainda precisariam ser propostas para que direitos não perecessem.

Dessa forma, uma vez que o projeto não prevê suspensão automática dos prazos prescricional e decadencial das ações não ajuizadas ao tempo da instauração do incidente e, conseqüentemente, também não prevê sua retomada após o julgamento da lide principal, poderá ocorrer um ajuizamento em massa por aqueles que temem ver a consumação dos prazos para ajuizamento de suas ações individuais e o perecimento de suas pretensões. Acredita-se necessária, portanto, reforma no sentido de se prever suspensão automática dos prazos de prescrição e decadência, pois, desse modo, eventual decisão contrária ao interesse das partes em sede do incidente evitaria o ajuizamento das ações individuais, que estariam fadadas à sucumbência. Desse modo, sim, a intenção legislativa em descongestionar o Judiciário seria efetivada na prática.

Nesse sentido, o projeto visa promover a prospecção dos efeitos vinculantes *pro futuro*, de tal forma que uma vez decidido o incidente, ações posteriores cujo pedido contrariar entendimento dos Tribunais de Superposição, seriam rejeitadas de plano em julgamento liminar de mérito, salvo se o autor comprovar que seu caso possui especificidade que diferencie sua ação das demais ou que a fundamentação do incidente já não é pertinente. Entretanto, conforme visto ao final do item 2.3.5, emenda recente ocorrida na Câmara dos Deputados, surge para frustrar tal expectativa.

2.3.7 Desistência no incidente de resolução de demandas repetitivas

Quanto à possibilidade de desistência do processo, uma vez eleito como representativo da controvérsia, já foi enfrentada questão semelhante pelo Superior Tribunal de Justiça. Em sede recursal, tem o STJ se posicionado pela impossibilidade de desistência, uma vez que aquele recurso já extrapolou o limite subjetivo das partes e alcançou interesses de terceiros. Dessa forma, a ação representativa não mais se limita às partes envolvidas diretamente na demanda, mas assume caráter geral capaz de afetar outros. O mesmo problema acabará sendo objeto de discussão em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O julgamento pela impossibilidade de desistência da ação encontra reflexo no art. 5º, § 3º, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)³², bem como no art. 5º da Lei 9.868/99 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade)³³, que não permitem a desistência do prosseguimento do processo da ação coletiva e das ações de controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que elas ultrapassam o interesse intersubjetivo das partes envolvidas. A jurisprudência do STJ confirma esse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESISTÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, § 1º, DO CPC). AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. No julgamento do recurso representativo da controvérsia foi indeferido o pedido de desistência do recurso especial ao fundamento de que: "[...] subsiste a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual do recorrente quando em julgamento de causas submetidas ao rito do art. 543-C, do CPC [...]. Precedente: QO no REsp. n. 1.063.343-RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17.12.2008.
2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.
3. Embargos de declaração rejeitados.³⁴ (grifo nosso)

O que acontece na fase cognitiva é que, uma vez ajuizada a ação principal, ela não mais se restringe ao seu autor. Por isso, sua desistência também não se submete mais a sua vontade exclusiva, mas afeta o réu, que pode possuir interesse legítimo de que a ação seja julgada no mérito, a fim de evitar reproposição de outra ação com o mesmo teor meritório. Faz-se necessária, portanto, a aquiescência do demandado para que a parte autora possa desistir da ação ajuizada. Vale transcrever jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DESISTÊNCIA DA AÇÃO.

³² Lei 7.347/85, Art. 5º, § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

³³ Lei 9.868/1999, Art. 5º Proposta a ação direta, não se admitirá desistência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 1.111.148/SP 2009/0024291-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 12/05/2010, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 21/05/2010) Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111148&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em 26 fev. 2013.

NÃO CONSENTIMENTO DO RÉU. ART. 3º DA LEI 9.469/97. LEGITIMIDADE.

1. Segundo a dicção do art. 267, § 4º, do CPC, após o oferecimento da resposta, é defeso ao autor desistir da ação sem o consentimento do réu. Essa regra impositiva decorre da bilateralidade formada no processo, assistindo igualmente ao réu o direito de solucionar o conflito. Entretanto, a discordância da parte ré quanto à desistência postulada deverá ser fundamentada, visto que a mera oposição sem qualquer justificativa plausível importa inaceitável abuso de direito.

[...]

4. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, após o oferecimento da contestação, não pode o autor desistir da ação, sem o consentimento do réu (art. 267, § 4º, do CPC), sendo que é legítima a oposição à desistência com fundamento no art. 3º da Lei 9.469/97, razão pela qual, nesse caso, a desistência é condicionada à renúncia expressa ao direito sobre o qual se funda a ação.

5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08³⁵. (grifo nosso)

Na fase recursal, o entendimento é outro. “A desistência do recurso, por outro lado, independe da concordância do recorrido, tendo em vista que já há decisão, no processo, a ele favorável. Logo, nenhum prejuízo sofrerá com a desistência do recurso” (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 515). Ainda, o recurso, regulado pelo princípio dispositivo, não necessita, como acontece na desistência da ação, de homologação judicial para que se possa desistir eficazmente sobre seu prosseguimento.

Quanto ao incidente, entende-se que a lógica prevalente será a primeira, relativa às ações coletivas e constitucionais, pois também extrapola os limites subjetivos das partes envolvidas e, portanto, não deverá haver possibilidade de desistência, pelo menos da parte que definirá a tese geral a ser aplicada às demais ações. Nesse sentido, tem-se:

É dizer, o incidente carrega consigo questão que, por ser do interesse de muitos, haverá de ser resolvida independentemente do que venha a ocorrer com o procedimento primitivo. O incidente desprende-se do processo de que deriva e ganha autonomia. Vida própria. Logo, sobreviverá ainda que não mais se deseje prosseguir com o processo, a fim de que seja estabelecida a tese jurídica de aplicação geral e vinculante. Especificamente para aqueles que manifestaram desistência, a decisão do incidente será indiferente. Assim, nada obstará a que haja desistência do recurso ou da “ação”. O que não poderá ocorrer é a desistência do incidente em si, por tratar ele de questão

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1267995/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 03/08/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101730744&dt_publicacao=03/08/2012>. Acesso em: 28 fev. 2013.

que está fora do campo de disposição das partes (BARBOSA; CANTOÁRIO. In: FUX, 2011, p. 516-517).

Portanto, defende-se que não mais se poderá desistir do incidente, uma vez suscitado, pois ele passará a ter autonomia e ultrapassará interesses intersubjetivos, alcançando interesses de ordem pública, devendo prosseguir até seu desfecho definindo a tese que será utilizada como uniformizadora da jurisprudência.

2.3.8 Dos recursos em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas

Após suscitado o incidente, será ele distribuído ao relator, que poderá proferir decisões. Dessas decisões, caberá agravo interno. Embargos de declaração nas conhecidas situações de obscuridade, contradição ou omissão também são permitidas.

Da decisão do relator que admite intervenção de interessados, seja na condição de *amicus curiae*, seja na condição de assistente litisconsorcial, não caberá recurso, pois é desejável a mais ampla e irrestrita participação nos debates. Permitir recursos neste momento processual atentaria contra a celeridade.

Por outro lado, a decisão do relator que inadmitir a intervenção de interessado será passível de recurso, qual seja, agravo interno. Com isso, deseja-se permitir ao tribunal avaliar a conveniência e oportunidade da intervenção.

Diverge a doutrina quanto à possibilidade de interposição de recursos por parte do *amicus curiae*. Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 567) entende ser possível, uma vez que sua atuação assemelha-se ao do Ministério Público, quando age na condição de fiscal da lei. De maneira diversa, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá (2007, p. 141-142) se manifesta no sentido de permitir a atuação do *amicus curiae* apenas durante o amadurecimento da instrução processual, sem que possa intervir diretamente na decisão prolatada.

Embora a legitimidade do *amicus curiae* para recorrer pareça ser acertada, uma vez que se pressupõe dele conhecimento notável sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal tem-se posicionado por não permitir sua intervenção recursal no objeto da demanda, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Diferente é, entretanto, este caso, uma vez que não há instância superior a se manifestar. No âmbito do incidente, ainda é possível provocar-se a instância superior, situação em que recomendável é a legitimidade recursal de quaisquer interessados, inclusive do “amigo da corte”.

De acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entretanto, a menos que haja uma previsão legal expressa no Código de Processo Civil em gestação, não parece ser esperançosa a expectativa de permissão ao *amicus curiae* para que possa interpor recursos, que assim vem se posicionando, *in verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. *AMICUS CURIAE*. LEGITIMIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA. DESCABIMENTO.

I - Entidades que participam do curso processual como *amicus curiae* não possuem legitimidade ativa para interpor qualquer recurso, inclusive opor embargos de declaração, por serem estranhas à relação processual. Precedentes: STF, ADI 2359 ED-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 28/8/2009; STF, ADI 3615 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 25/4/2008; STF, ADI 3105 ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 23/2/2007; EDcl no REsp 1143677/RS, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 2/9/2010; REsp 1165845/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 23/2/2011.

[...]

Embargos de declaração da INTERFARMA não conhecidos.

Embargos de declaração de LUNDBECK A/S e outro rejeitados³⁶. (grifo nosso)

O projeto prevê, em seu art. 905, legitimidade para interpor recurso especial ou extraordinário para qualquer das partes, para o Ministério Público e para terceiro interessado. Não é compreensível o porquê de a Defensoria Pública não ter sido mencionada. Entende-se representar mera imprecisão redacional. Assim, espera-se que a legitimidade recursal seja estendida também a ela. Assim se expressa Leonardo Carneiro da Cunha:

Com, efeito qualquer das partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública podem interpor recursos no referido incidente. Quem atuou – ou quem poderia atuar – como interveniente no incidente também pode interpor recursos no mencionado incidente (CUNHA, 2011, p. 273).

Sabe-se que, nos termos do art. 543-A do atual Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal exige, para admissibilidade de recurso extraordinário, o requisito da repercussão geral, significando que a causa apresente questões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas relevantes que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (§ 1º). O incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez suscitado e admitido, já possuirá em

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg na SLS 1.425/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/05/2012, DJe 23/05/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201101844448&dt_publicacao=23/05/2012>. Acesso em: 26 fev. 2013

seu bojo o aludido requisito. Por essa razão, a parte final do art. 905 do PLS 166/2010 presume a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, sendo, portanto, dispensada a sua demonstração pela parte recorrente e o juízo de admissibilidade na origem para efeito de ajuizamento de recurso especial ou extraordinário.

2.3.9 Da coisa julgada: limites territoriais e possibilidade de revisão

Com relação à extensão dos efeitos territoriais da coisa julgada nas lides cujos direitos envolvidos extrapolam os limites intersubjetivos das partes envolvidas, há controvérsia no sentido de se definir se a decisão limita-se a circunscrição do órgão julgador ou se repercute no âmbito nacional.

O posicionamento do STJ tem sido, em regra, no sentido de limitar-se a decisão aos limites territoriais do órgão julgador. Seguem-se dois julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NOTÓRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. JANEIRO/89. COISA JULGADA. LIMITES. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA 168/STJ.

1. **A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator**, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97. Precedentes do STJ: EREsp 293407/SP, CORTE ESPECIAL, DJ 01.08.2006; REsp 838.978/MG, PRIMEIRA TURMA, DJ 14.12.2006 e REsp 422.671/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 30.11.2006.

[...]

3. Agravo regimental desprovido, mantida a inadmissibilidade dos embargos de divergência, com supedâneo na Súmula 168/STJ”.³⁷

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, **a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência do órgão prolator da decisão**, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97. Precedentes.

2 - Embargos de divergência acolhidos.³⁸ (grifo nosso)

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 253589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008, DJe 01/07/2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=253589&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15#>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

Apesar de o entendimento acima apresentado ser a regra, em certas circunstâncias, quando a limitação territorial esvazia os efeitos da decisão, o STJ tem resolvido por estender a coisa julgada para o âmbito nacional:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, **consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.**

[...]

4. **A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97.** Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, **torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP.** A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, **os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.**

6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. **A limitação do art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica.**

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.³⁹ (grifo nosso)

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 411529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=411529&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10#>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1243386&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

Assim, verifica-se que os efeitos da coisa julgada em demandas que tratam de direito transindividuais, a regra é a limitação territorial na circunscrição do órgão onde se dá a cognição processual. Entretanto, quando a limitação tornar inócua a decisão, seus efeitos deverão se estender para todo o território nacional.

Outro ponto de discussão é a possibilidade de revisão da decisão prolatada por superveniência de entendimento contrário advindo do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Dito de outro modo, pergunta-se se é possível modificar a coisa julgada em razão de decisão contrária em sede de resolução de demandas repetitivas. Tal preocupação é expressa no art. 476, II do projeto do Novo CPC:

Art. 476. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

[...]

II – para aplicar tese fixada em julgamentos de casos repetitivos⁴⁰;

Em sede recursal, não parece haver muito problema quanto à revisão do que foi decidido na primeira instância. Isso porque a ação ainda não foi afetada pela coisa julgada. Sendo assim, se o julgamento do incidente firmar tese contrária à sentença, eventual recurso será provido. De outro modo, se o julgamento do incidente firmar tese favorável à sentença, eventual recurso será improvido.

O art. 476 do projeto não se refere, portanto, a ações repetitivas em fase recursal, até mesmo porque, sob uma interpretação sistemática, localiza-se no Livro II, que trata do Processo de Conhecimento.

Por óbvio, não se poderia aceitar que decisão prolatada pelos Tribunais de Superposição – STJ e STF – fosse revogada por decisão dos tribunais de segunda instância, em razão de serem de hierarquia inferior e terem aqueles tribunais a função de zelar pela uniformização da interpretação da lei. Ainda que haja mudança de entendimento no mesmo órgão prolator da decisão, a coisa julgada não deverá ser afetada.

Ainda, o disposto no art. 476 do projeto não versa sobre correção de erros materiais ou embargos de declaração, situações em que não há alteração de conteúdo ou o efeito devolutivo permite a revisão da decisão, respectivamente. Versa, portanto, sobre sentenças proferidas no juízo de primeiro grau, para as quais, acredita-se que, pelo fato de a

⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

coisa julgada possuir proteção constitucional⁴¹, não poderia ela ser afetada, ainda que o julgamento do incidente fixe tese contrária.

Diante do exposto, patente que o efeito rescindente ocorreria apenas prospectivamente, não se estendendo a situações já afetadas pela coisa julgada. Por fim, cabe ressaltar que, caso se dê ao incidente efeito retroativo capaz de desconstituir a coisa julgada, o prazo da ação rescisória (que será de um ano se o projeto vingar) deverá ser respeitado.

⁴¹ Constituição Federal de 1988, Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

3 ANÁLISE COMPARATIVA DO INCIDENTE

Nesta terceira etapa do trabalho, cumpre-se a proposta de comparar o incidente em estudo com outros institutos já existentes tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no direito internacional. Assim, estudar-se-á primeiro o incidente proposto em face aos institutos internacionais e, posteriormente, diante dos institutos brasileiros.

3.1 O incidente e o direito comparado

O estudo do incidente proposto no projeto do Novo CPC passa pela comparação com aqueles já vigentes em países como os Estados Unidos, a Inglaterra e a Alemanha. Também se verifica elementos passíveis de análise com o procedimento da corte humanitária europeia. Assim, passa-se ao cotejo entre o incidente e os referidos institutos.

3.1.1 O incidente e as *Class Actions*

Como visto anteriormente, as *class actions* contribuíram, ao lado de outros institutos do direito estrangeiro, como inspiração para o surgimento de meios alternativos para a resolução de demandas em massa. Dessa forma, cabe comparar seu funcionamento com o do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Um dos requisitos para a instauração de uma *class action*, conforme a Regra 23(a)(1) do *Federal Rule of Civil Procedure*⁴², é a inviabilidade litisconsorcial, ou seja, que seja incabível trazer todos os envolvidos ao processo na qualidade de partes litisconsorciais. O incidente de resolução de demandas repetitivas prescinde deste pressuposto, pois visa a formar uma *ratio decidendi* com força vinculante para os demais processos que lhe deram origem, não havendo qualquer formação necessária de pluralidade de partes nos polos da demanda. Assim sendo, difere-se o incidente de resolução de demandas repetitivas das *class actions* norte americanas, uma vez que, no procedimento brasileiro, não se fará da inviabilidade litisconsorcial um requisito essencial para instauração do incidente.

Não se pode ainda confundir os dois institutos pelo fato de que nas *class actions*, conforme Regra 23(a)(2), tanto questões de fato como de direito podem ser arguidas,

⁴² Cf. **Cornell University law School, Legal Information Institute (LII)**. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 03/07/2012.

ao passo que o incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a resolver controvérsia que verse exclusivamente sobre idênticas questões de direito (art. 895, *caput* do PLS 166/2010). Assim, até o presente momento, não há previsão de se inserir questões fáticas como objetos de julgamento pelo incidente.

Vale mencionar a necessidade de haver nexo fático-jurídico nas situações abrangidas pelas *class actions*, nos termos da Regra 23(a)(3) do diploma retrocitado. Ou seja, os demandantes precisam estar ligados por uma relação fática ou jurídica comum. Os argumentos do pedido ou da defesa devem ser idênticos. Já que no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, essa ligação não se fazia necessária, até mesmo porque as ações sequer precisariam estar em curso, bastando a existência de controvérsia com potencial de gerar demandas em massa sobre idêntica questão jurídica. Entretanto, como visto ao final do item 2.3.5, após emenda apresentada na comissão, sob o argumento de não estar a demanda suficientemente madura, alterou-se o *caput* do dispositivo a fim de que ele seja somente repressivo, exigindo existência de decisões distintas em processos que tratem de situações jurídicas homogêneas. Ainda assim, não é exigida a ligação fática ou jurídica entre os demandantes. O que se exige é a homogeneidade nas situações jurídicas suscitadas.

Ainda, a Regra 23(a)(4) da lei americana exige, para a instauração de uma *class action*, a representatividade adequada, aferida pelo *personal stake*, ou seja, que o representante tenha efetivamente algo a ganhar ou perder com a causa. Tal verificação é realizada por um juízo subjetivo do juiz, ou seja, confere-se a legitimidade da representação pela perspectiva do sistema *ope judicis*. Ao contrário do que deverá ocorrer no modelo brasileiro, os legitimados para suscitar o incidente serão previstos em dispositivo da própria lei, em um rol taxativo, constante do art. 895, § 1º do PLS 166/2010. A verificação da legitimidade para instaurar o incidente, portanto, decorrerá de uma perspectiva *ope legis*.

Por último, cumpre salientar que em meio a todas as referidas diferenças, assemelham-se no que se refere aos efeitos da coisa julgada. Nos dois sistemas, americano e brasileiro, tanto se a decisão egrégia for favorável ou quanto se for contra o interesse das partes, os efeitos da coisa julgada se operam para atingir as partes e os demais casos abrangidos pelo mecanismo. Assim, tanto nas *class actions* quanto no incidente de resolução de demandas repetitivas, os efeitos da coisa julgada não se operam como nas ações coletivas brasileiras, as quais a coisa julgada só produz efeitos no caso de procedibilidade do pedido

(*secundum eventum litis*), mas ocorrem tanto se a decisão for favorável quanto se contrária o pedido da parte (*pro et contra*)⁴³.

3.1.2 O incidente e o *Group Litigation Order*

Cotejando-se agora o incidente de resolução de demandas repetitivas com o sistema inglês denominado *Group Litigation Order*. Em termos de matérias abrangidas, reitera-se que o art. 895 do PLS 166/2010 não admite o incidente para resolver questões de fato, mas o limita a julgar questões de direito. Essa limitação não encontra reflexo no *Group Litigation Order*, que fora instituído, segundo a própria definição (*regra 19.10 da Civil Procedure Rules*⁴⁴) para resolver tanto para questões fáticas quanto questões jurídicas.

Uma sutil diferença que merece análise versa sobre os efeitos da coisa julgada. Em sede de *Group Litigation Order*, em regra, a coisa julgada opera-se apenas sobre aquelas demandas inseridas no *group register*. Conforme dispositivo 19.12(b) da regra civil inglesa, para que os efeitos possam se estender a outras demandas ainda não inseridas no *group register*, faz-se necessária a manifestação da corte de administração do incidente no sentido de modular os efeitos da decisão para atingi-las. De forma diferente, a decisão resultante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas produzirá, em regra, efeitos *erga omnes*, abraçando qualquer caso que verse sobre a questão jurídica. Conforme art. 847, V do PLS 166/2010, somente em razão de segurança jurídica e relevante interesse social, poderá o tribunal modular os efeitos da decisão estabelecendo o termo inicial adequado para a decisão começar a valer. Em resumo, na Inglaterra, para que atinja demandas futuras, a corte deverá se manifestar, ou seja, o efeito geral depende pronunciamento da corte. No Brasil, o tribunal deverá se pronunciar somente quando não for conveniente o efeito *erga omnes*, sendo este efeito automático nos demais casos.

Quanto aos demais aspectos, os dois institutos em muito se assemelham. Ambos operam-se pelo sistema *opt in*, que se expressa em opção dada aos interessados que desejem ingressar no grupo para ter sua demanda resolvida em conjunto. No procedimento britânico, ocorre por meio do *group register*, e no procedimento brasileiro se dará por registro

⁴³ Verificar Regra 23(c)(3) do *Federal Rule of Civil Procedure* e art. 903 do PLS 166/2010.

⁴⁴ Cf. **Ministry of Justice**. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

mantido pelo Conselho Nacional de Justiça⁴⁵. Os dois mecanismos podem ser gerados quando identificada controvérsia com potencialidade de gerar processos em massa e em ambos haverá a possibilidade de modulação dos efeitos da coisa julgada para atingir demandas futuras, com a sutil diferença já mencionada. Cabe repetir a ressalva feita ao cabo do item 2.3.5, com relação à emenda que altera o *caput* do art. 895 do PLS 166/2010.

3.1.3 O incidente e o *Pilot-Judgment Procedure*

Proceder-se-á, agora, à comparação entre o *Pilot-Judgment Procedure* da Corte Internacional de Direitos Humanos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas brasileiro. Ressalte-se, conforme discorrido no item 1.1.3, que não há um regramento positivado sobre o procedimento, deixando o embasamento do instituto para os dispositivos gerais da Convenção de Direitos do Homem.

Assemelham-se pela possibilidade de serem suscitados diante da verificação de processos com questões comuns capazes de gerar demandas em massa. Diferem-se, contudo, pelo fato de, suspensos os processos com questão comum ao processo piloto, há, no procedimento da corte humanitária, possibilidade de determinação de prosseguimento do processo individual, em casos excepcionais, quando houver risco de perecimento do direito material⁴⁶. No procedimento brasileiro, até o presente momento, não há essa previsão expressa, embora seja desejável que assim ocorra.

Por sua própria natureza, o *Pilot-Judgment Procedure* possui fragilidade legal, uma vez que depende de a autoridade nacional acatar a decisão da corte. O controle realizado é de convencionalidade e sua implantação interna é regida pelo princípio da boa-fé entre os Estados. O procedimento esbarra na soberania do Estado Nacional. Infere-se, portanto, que as determinações possuem força sugestiva, não vinculando as decisões locais. Por outro lado, o procedimento brasileiro não possui tal limitação, o que dá a sua base legal maior poder coercitivo. Assim sendo, o que for decidido em sede do incidente possuirá força vinculante quanto aos seus fundamentos, irradiando-se para as decisões *a quo*.

⁴⁵ Verificar regra 19.12(b) do *Civil Procedure Rules* inglês e o art. 896 do PLS 166/2010 brasileiro.

⁴⁶ Ver BARBOSA; CANTOÁRIO (In: FUX, 2011, p. 477).

3.1.4 O incidente e o *Musterverfahren*

Na exposição de motivos do projeto do Novo CPC, é manifesta a inspiração do incidente de resolução de demandas repetitivas no procedimento modelo do direito germânico. Nesse contexto, cumpre iniciar a comparação entre o incidente brasileiro e o *Musterverfahren* alemão por suas semelhanças.

Nos dois sistemas, não ocorre substituição processual pelo representante adequado, como ocorre nas *class actions* dos países norte americanos. Os demais sujeitos que possuem interesse na decisão do processo piloto ou que tiveram seus processos suspensos poderão participar dos debates, ainda que em papel secundário, seja na qualidade de *amicus curiae* ou como parte litisconsorcial, respectivamente. Busca-se, assim, evitar possível limitação ao acesso à justiça. Ambos diferenciam-se do procedimento norte americano, uma vez que, neste último caso, o representante adequado é o único a quem é dada a possibilidade de se manifestar manifesta sobre os atos processuais.

Em ambos os sistemas, o julgamento é, por óbvio, feito pelo tribunal, nunca pelo magistrado de primeira instância, que apenas é legitimado para instaurar o incidente, sempre a pedido das partes ou outros legitimados. Ou seja, é vedado ao magistrado de primeira instância suscitar o incidente de ofício. Também existe, nos dois sistemas, previsão de publicidade das demandas abrangidas pelo processo piloto em cadastro eletrônico público e gratuito. No caso germânico, denomina-se *Klageregister* e, no Brasil, é realizado por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 896 do PLS 166/2010). Os dois mecanismos preveem suspensão dos demais processos que dependam da decisão-modelo.

Os efeitos do julgamento do procedimento, em ambos os casos, atingem os processos individuais, ainda que as partes não tenham requerido sua inserção na tratativa coletiva. Ou seja, os efeitos atingem as demandas suspensas automaticamente, diferentemente do que ocorre no sistema *opt-in*, como no caso da *Group Litigation Order* britânica.

Diferem-se, entretanto, pelo fato de o *Musterverfahren* tratar de matérias de fato e de direito, evitando a quebra lógica da relação fático-jurídica que constitui a lide. O incidente brasileiro trata apenas de matéria de direito. O procedimento alemão pode ser instaurado pelo juízo de primeiro grau, enquanto que no Brasil, a legitimidade pertence ao presidente do tribunal. Entretanto, o pedido pode vir das partes, do juiz ou relator de ofício, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, enquanto que na Alemanha, não se encontra previsão de pedido vindo de entidade outra que não seja parte diretamente interessada.

Outra diferença refere-se à extensão da coisa julgada. Apesar de divergências na doutrina alemã, como supracitado pelo estudo de Cabral, pacífica é a ideia de que os efeitos da sentença se estendem apenas a processos já ajuizados no momento da decisão do procedimento. Quanto ao incidente brasileiro, conforme Barbosa e Cantoário (In: FUX, 2011, p. 480), plausível é a interpretação sobre a possibilidade de modulação dos efeitos do julgado para que os seus fundamentos vinculem processos futuros.

3.2 O incidente e os demais institutos do direito brasileiro

Como visto, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 inseriu como direito e garantia fundamental o princípio da razoável duração do processo, bem como a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da inserção do art. 103-A na Constituição Federal de 1988. Posteriormente, foram editadas três leis alterando o Código de Processo Civil atual, de forma a implementar na prática o referido princípio da celeridade, que resultaria, por extensão, na segurança jurídica resultante de decisões não conflitantes. Tais leis inseriram, no corpo do diploma processual, os art. 285-A, 543-A, 543-B e 543-C, que tratam respectivamente dos institutos que buscam maior celeridade processual e vinculação dos órgãos judiciários e administrativos a uma decisão paradigmática, a fim de promover decisões convergentes. Os referidos institutos serão objeto de análise a seguir em paralelo com o incidente proposto no projeto do Novo CPC.

3.2.1 O incidente e a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal

Ao se cotejar o incidente com o instituto da súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, três aspectos relevantes foram escolhidos para o presente estudo. Analisa-se, portanto, a possibilidade de reclamação para o tribunal superior, a possibilidade de modulação, revisão e cancelamento da decisão vinculativa e, por último, discorre-se sobre os efeitos vinculantes no âmbito dos dois procedimentos.

3.2.1.1 Sobre os efeitos vinculantes

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, além de consagrar o princípio da razoável duração do processo, reformou a Carta Magna inserindo em seu corpo o art. 103-A, que trata da possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo STF. Assim dispõe:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública** direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei⁴⁷. (grifo nosso)

O PLS 166/2010, de maneira semelhante ao tratado pela Constituição Federal reformada pela Emenda nº 45 de 2004, trata do efeito vinculante em seu art. 903⁴⁸, definindo a possibilidade de aplicação da tese jurídica resultante do julgamento do incidente a todos os processos que versem sobre questão jurídica:

Art. 903. Julgado o incidente, **a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito**⁴⁹. (grifo nosso)

Observando os dispositivos supracitados, verifica-se grande semelhança entre o atual instituto da súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal e a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto do Novo Código Civil. Pode-se inferir que o projeto visa estender a possibilidade de edição de um julgado com efeitos vinculantes para a jurisdição ordinária, deixando, portanto, de ser uma prerrogativa privativa do tribunal constitucional de superposição.

O mesmo artigo da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo primeiro dispõe que o objetivo da súmula vinculante é o de dirimir controvérsias capazes de gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de demandas sobre questões idênticas, uma vez que delas poderão surgir decisões conflitantes:

Art. 103-A. [...]

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja **controvérsia** atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que **acarrete grave insegurança jurídica** e relevante **multiplicação de processos sobre questão idêntica**⁵⁰. (grifo nosso)

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁴⁸ O dispositivo corresponde ao art. 938 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

A preocupação descrita parece ter sido “exportada” para o art. 895 do Projeto do Novo CPC⁵¹ que encontra no PLS 166/2010 a seguinte redação:

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas 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 conflitantes⁵². (grifo nosso)

Destarte, fica demonstrada a preocupação do legislador constitucional e do ordinário com dois objetivos convergentes tanto na súmula vinculante editada pelo STF quanto do novel incidente proposto no Projeto do Novo CPC, quais sejam: multiplicação de processos com idêntica questão jurídica e a grave insegurança jurídica, decorrente de prolação de decisões conflitantes. Assim, ambos os institutos buscam sanar conjuntamente as falhas referentes à celeridade e à segurança jurídica no ordenamento nacional.

Saliente-se, ainda, que a segurança jurídica se fundamenta na previsibilidade da população civil sobre a conduta que de seus integrantes se espera por parte do Poder Público. Decisões conflitantes para mesmas questões jurídicas geram grave insegurança jurídica para a população, uma vez que lhe são suprimidas as referências sobre comportamentos aceitos ou não pela Justiça.

3.2.1.2 Sobre a possibilidade de modulação, revisão e cancelamento da decisão vinculativa

Outro ponto de destaque versa sobre a análise das decisões jurisprudenciais frente às mudanças culturais por que passa a nação com o decorrer do tempo, e sobre os quais o Direito é demandado a se manifestar. O costume, como fonte primária de Direito, é dinâmico e, em razão disso, surge a preocupação de o incidente provocar engessamento do ordenamento jurídico, não lhe permitindo ser alterado, nem atualizado quanto a mutante realidade fática que o circunda.

Nesse sentido, o legislador constitucional previu a possibilidade de revisão ou até mesmo cancelamento de súmula vinculante, na forma da lei⁵³, a qual exige, entre

⁵¹ Correspondente art. 930 do PL 8046 em trâmite na Câmara dos Deputados

⁵² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁵³ Trata-se da Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de

outros requisitos, a manifestação do Procurador-Geral da República, quando não tiver sido o formulador da proposta, além de decisão proferida em plenário por maioria qualificada de 2/3 (dois terços) dos membros da casa. Além disso, os legitimados ativos para propor, revisar ou cancelar súmula vinculante são aqueles legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, que compõem o rol do art. 103 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, afirma o disposto no art. 103-A da Carta Magna:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal **poderá [...] proceder à sua revisão ou cancelamento**, na forma estabelecida em lei.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade⁵⁴. (grifo nosso)

Seguindo essa linha de raciocínio, a legislação que trata do procedimento para edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da súmula em razão de excepcional interesse público ou de segurança jurídica. Assim, dispõe o art. 4º da Lei nº 11.417/2006:

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, **poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento**, tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**⁵⁵. (grifo nosso)

Demonstrada a preocupação do legislador com a dinâmica cultural e social que o direito deve observar, cumpre apresentar os dispositivos do projeto do Novo CPC, que se manifestam de maneira semelhante. Assim, o art. 847⁵⁶ dispõe:

Art. 847. Os **tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência**, observando-se o seguinte:

[...]

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica**.

enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em 26 fev. 2013.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁵⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em 26 fev. 2013.

⁵⁶ Corresponde ao art. 882 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

§ 1º A **mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica**, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas⁵⁷. (grifo nosso)

Dessa forma, fica evidente a preocupação do legislador com o risco de engessamento do ordenamento jurídico em razão de padronização das decisões que não mais se adaptem a realidade. Dessa forma, o projeto busca expandir o pensamento que fundamenta a edição das súmulas vinculantes pelo STF para o âmbito também das instâncias ordinárias.

Apesar do exposto acima, em 22/12/2011, foi apresentada, pelo deputado Jerônimo Goergen, a Emenda 880 ao PL 8046/2010 com a finalidade de suprimir o inciso V do art. 882 (art. 847 do projeto PLS 166/2010). Justifica que a modulação de efeitos de uma decisão refere-se privativamente ao controle concentrado de constitucionalidade, que é o meio próprio no qual as decisões se estendem a todos. Eis como expõe:

A atribuição de poderes para modulação dos efeitos da decisão no caso de alteração da jurisprudência, deferida aos tribunais, configura concessão de poderes que não se coadunam com o julgamento de ações individuais, considerando que a proposta não trata das ações coletivas. A modulação dos efeitos somente se justifica no controle concentrado de constitucionalidade, cujas decisões têm efeitos *erga omnes*⁵⁸.

Entretanto, permanece aparente controvérsia entre a supressão citada e o disposto no § 3º, incluído anteriormente no mesmo artigo pela Emenda 617, que dispõe:

Art. 882. [...]

§ 3º O juiz ao julgar o caso poderá fundamentadamente deixar de aplicar Súmula de Tribunal, quando:

I – entender que o caso, diante das especificidades, não se enquadra no enunciado da Súmula ou na sua finalidade;

II – entender que a Súmula já não atende à realidade⁵⁹.

A aparente controvérsia está na possibilidade de o juiz deixar de aplicar a súmula em caso de reconhecer “*distinguishing*” na situação, mas ao tribunal não é dada a capacidade de poder modular os efeitos da decisão proveniente de casos repetitivos. Saliente-

⁵⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília-DF, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Presidência. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.025, de 2005, do Senado Federal e apensados, que tratam do “Código de Processo Civil”. **Emenda nº 880**. Brasília-DF, 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533474>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Presidência. Comissão especial do Código de Processo Civil – PL 8046/2010. **Emenda nº 617**. Brasília-DF, 2011. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=532540>>. Acesso em: 6 mar. 2013.

se que o inciso II deixa patente a preocupação com o fato de a Súmula já não atender à realidade, facultando-se ao juiz a possibilidade de afastar a súmula, o que se torna controvertido com o fato de não ser concedida ao tribunal possibilidade semelhante.

Ademais, a alegação de a modulação de efeitos só se justificar no controle concentrado de constitucionalidade contrapõe-se ao que o projeto do Novo CPC busca instituir, que é exatamente expandir a possibilidade de modulação de efeitos para as instâncias ordinárias. Assim, a modulação de efeitos vinculantes, a bem da celeridade e da segurança jurídica, deixaria de ser procedimento privativo do controle concentrado de constitucionalidade para alcançar também o controle difuso das normas superiores.

3.2.1.3 Sobre a possibilidade de reclamação para o tribunal *ad quem*:

Outra influência que se observa no instituto sugerido pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil se verifica na possibilidade de reclamação para a instância superior, quando da contrariedade ou não adequabilidade na aplicação do que fora decidido pelo tribunal. Assim, preconiza a Constituição Federal que ato administrativo ou decisão judicial que não observe a tese adotada pela súmula dará razão a reclamação a ser impetrada perante o juízo superior. Não poderia ser de outra forma, uma vez que a súmula vinculante é, por seu próprio nome, vinculante, de onde se conclui que há liberdade para se afrontá-la, devendo a decisão obrigatoriamente observar seus ditames. Assim dispõe o § 3º do art. 103-A:

Art. 103-A. [...]

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que **contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal** que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso⁶⁰.

No mesmo sentido, a nova legislação processual, se implantada, prevê o cabimento de reclamação para o tribunal competente quando a tese jurídica resultante do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas contrariar ou aplicar indevidamente o entendimento proferido. Assim dispõe o art. 906 do Projeto de Lei do Senado Federal nº 166 de 2010⁶¹.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁶¹ Corresponde ao art. 941 no PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados

Art. 906. **Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação** para o tribunal competente⁶² (grifo nosso).

Quanto a esse ponto específico, cabe uma observação. O projeto de Lei do Senado Federal atribui o procedimento e julgamento da reclamação ao regimento interno do tribunal. Já o projeto de Lei da Câmara Federal alterou o dispositivo atribuindo a referida competência a parte interessada ou ao Ministério Público seguindo as disposições previstas no próprio corpo do diploma.

Comparando-se os dois dispositivos, quais sejam, o art. 906 do PLS 166/2010 e o art. 941 do PL 8046/2010, verifica-se que, em seus parágrafos únicos, o primeiro direciona a regulação do processamento e julgamento da reclamação a para o regimento interno do tribunal, enquanto que o segundo preceitua a observação do Capítulo VIII do Livro IV daquele diploma.

Dessa forma, o legislador intenciona prever procedimento próprio para as reclamações, reivindicando para o corpo do próprio diploma processual civil o seu regramento. Assim, a reclamação ganha rito particular estabelecido nos artigos 942 a 947 do Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados.

3.2.2 *O incidente e o Julgamento Prima Facie*

É possível perceber influência do procedimento previsto para o denominado Julgamento *Prima Facie*, previsto no art. 285-A, incluído pela Lei no 11.277, de 2006, do atual CPC, que permite ao juiz, diante de petição inicial a ele distribuída, dispensar a citação do réu e proferir sentença com mesmo teor de sentenças prolatadas anteriormente:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for **unicamente de direito** e no juízo **já houver sido proferida sentença de total improcedência** em outros **casos idênticos**, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada⁶³. (grifo nosso)

O dispositivo deixa claro que o indeferimento *prima facie* só pode ser utilizado quando a questão controvertida for unicamente de direitos e as sentenças anteriores

⁶² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁶³ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

manifestaram-se pela total improcedência do pedido. Logo, o procedimento não se presta a decidir questões fáticas, nem pode ser utilizado quando as decisões anteriores houverem julgado pela procedência do pedido.

Repetindo-se o art. 895 do projeto do Novo CPC⁶⁴, hialino que o incidente previsto no projeto, de forma semelhante, não pretende debruçar-se sobre questões fáticas, limitando sua atividade cognitiva a matéria meramente jurídica:

Art. 895. É admissível o incidente de demandas repetitivas 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.⁶⁵ (grifo nosso)

O julgamento *prima facie* se revela como um dos instrumentos hábeis a descongestionar o judiciário, em particular, quanto à parcela de processos cuja controvertida questão versar sobre matéria jurídica que já tenha sido resolvida anteriormente em outras demandas similares. Hialina a preocupação com a celeridade processual e a tentativa de barrar aquelas demandas já pacificadas que atrasam o trâmite das demais. Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas revela-se como uma evolução do dispositivo, condensando em seu procedimento questões unicamente de direito que possam provocar congestionamento do sistema judiciário, prejudicando, assim, a celeridade processual.

Vale observar que o atual procedimento difere do incidente previsto, visto que o julgamento *prima facie* se limita a manifestar-se apenas sobre matérias decididas pela total improcedência, enquanto que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, não há essa restrição, pois se vislumbra a possibilidade de a atividade cognitiva judicial manifestar-se também pela procedência do pedido.

3.2.3 *O incidente e a repercussão geral no recurso extraordinário*

A redação do atual CPC, em seu art. 543-A, incluído pela Lei nº 11.418, de 2006, trouxe como requisito de admissibilidade para o conhecimento do recurso extraordinário o instituto da repercussão geral que verse sobre inerente questão constitucional. Não somente prevê como define o que seja repercussão geral, conforme se apresenta a seguir:

⁶⁴ Corresponde ao art. 930 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁶⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa⁶⁶.

O projeto do Novo CPC não deixa literal a necessidade de repercussão geral para que seja suscitado o incidente de resolução de demandas repetitivas. Entretanto, prevê o art. 895, § 2º, que a petição ou ofício de instauração do incidente deverá ser acompanhado de documentos necessários para se demonstrar sua necessidade, não deixando claro de quais documentos se refere. Porém, de outros dispositivos é possível deduzir que os documentos deverão tratar da repercussão geral.

Merece destaque o disposto no art. 905 do PLS 166/2010⁶⁷:

Art. 905. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, **presumindo-se a repercussão geral** de questão constitucional eventualmente discutida.⁶⁸ (grifo nosso)

O dispositivo é passível da seguinte análise. Se a repercussão geral é presumida no recurso extraordinário interposto em sede do incidente, conclui-se que o incidente já carrega em seu bojo a repercussão geral, requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário. Não poderia ser diferente, uma vez que o incidente se orienta a resolver multiplicidade de demandas repetitivas, que possuem origem em inúmeros processos com demandantes diversos e questões jurídicas convergentes. Desta feita, fica evidente que a questão suscitada no incidente ultrapassou os interesses subjetivos de uma única causa particular e que a questão jurídica é afeta a interesses transindividuais. Portanto, é possível concluir que a repercussão geral, seja de questão constitucional ou infraconstitucional, é um requisito de admissibilidade para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, pois, do contrário, não poderia ser presumida em sede de recurso extraordinário, devendo ser demonstrada, nos termos do § 2º do art. 543-A, em preliminar do recurso.

⁶⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁶⁷ Corresponde ao art. 904 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁶⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

Da análise sobre a repercussão geral, a fim de não obstar o acesso à justiça, é ainda permitido ao Relator que autorize a manifestação de outros interessados na causa por meio de seus respectivos procuradores, conforme dispõe o § 6º do mesmo artigo:

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a **manifestação de terceiros**, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁶⁹. (grifo nosso)

De maneira semelhante, o art. 901 do PLS 166/2010⁷⁰ permite a participação de outros interessados na demanda, seja na qualidade de *amicus curiae*, seja na qualidade de parte litisconsorcial:

Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os **demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia**, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público⁷¹. (grifo nosso)

Dessa forma, o incidente de resolução de demandas repetitivas absorve o princípio que promove o acesso à justiça, respeitando-o nos mesmos moldes da análise sobre a repercussão geral em sede de recursos extraordinários para o STF.

3.2.4 O incidente e os recursos repetitivos

Quer parecer que o incidente previsto para novo código processual busca estender o procedimento referente às ações repetitivas no âmbito dos tribunais de superposição viabilizando-o também para as instâncias ordinárias. Assim, os próximos parágrafos apresentam análise comparativa entre os recursos repetitivos atualmente vigentes no ordenamento brasileiro e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Novo CPC.

Os artigos 543-B e 543-C do atual CPC, com redação semelhante, definem regras básicas para o julgamento de uma “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. O art. 543-B não deixa evidente que o julgamento de recurso

⁶⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁷⁰ Corresponde ao art. 935 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁷¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

extraordinário pelo STF se limitará a questões de direito, fazendo menção apenas a “recursos com fundamento em idêntica controvérsia”. Entretanto, a jurisprudência expressa o entendimento de que os tribunais de superposição julgam apenas questões de direito, nunca fáticas. Em particular, o enunciado nº 279 da súmula do STF dispõe que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Aliada a súmula e a título de exemplo, vale citar jurisprudência do egrégio tribunal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. PRÊMIO-DESLIGAMENTO, LICENÇA-PRÊMIO E FÉRIAS INDENIZADAS. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279 DESTA CORTE.

1. A Súmula 279/STF dispõe: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” 2. **É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.** [...] ⁷² (grifo nosso)

Já o art. 543-C deixa claro que o recurso especial versa apenas sobre matéria jurídica, nunca tratando de exame de elementos fáticos. Seu texto deixa transparecer que o procedimento previsto para o recurso especial exige “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”. Aliado ao texto legal, dispõe o enunciado nº 7 do tribunal que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Nesse sentido, colaciona-se, a título de exemplo, jurisprudência pacífica do tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. VERIFICAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A eg. Corte Estadual entendeu pela exoneração da obrigação alimentar, com esteio nos elementos de prova constantes dos autos, enfatizando a observância do binômio necessidade/possibilidade. Nesse contexto, **a alteração desse entendimento, tal como pretendida, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ**, que dispõe: “A pretensão de simples

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 701377 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/11/2012, Processo Eletrônico DJe-236 Divulg 30-11-2012 PUBLIC 03-12-2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28701377%29&base=baseAcordao s&url=http://tinyurl.com/bfbgrhq>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

reexame de prova não enseja recurso especial.” 2. Agravo regimental não provido⁷³. (grifo nosso)

Dessa forma, fica demonstrado que não é conferido aos tribunais de superposição, em sede de recurso extraordinário ou especial, o reexame de matéria fática, mas determina-se que sejam procedimentos adotados única e exclusivamente para decidir sobre questões de direito.

No mesmo sentido, o art. 895 do PLS 166/2010⁷⁴, com redação muito parecida à conferida ao recurso especial, dispõe sobre a admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas quando “identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito”. Desta feita, conclui-se que o novo procedimento pretende adotar o pensamento que embasa o julgamento dos recursos repetitivos nas instâncias extraordinárias.

Em sequência, vale notar a semelhança entre a redação do art. 901 do PLS 166/2010⁷⁵ e o parágrafo 6º do art. 543-A, que trata da possibilidade de o relator admitir a manifestação de terceiros representados por procurador em análise de repercussão geral para o STF, bem como o parágrafo 4º do art. 543-C, que confere também ao relator do recurso repetitivo do STJ a mesma faculdade.

Portanto, em respeito ao princípio do acesso à justiça, o projeto do Novo CPC propõe dar ao relator, em sede de processos repetitivos, seja em jurisdição extraordinária ou em jurisdição ordinária, a possibilidade de terceiros interessados serem ouvidos, a fim de que a demanda seja instruída com o maior número de informações e fundamentos.

Ainda quanto ao tema, o art. 897 do PLS 166/2010⁷⁶ parece ter resumido em um único dispositivo os §§ 3º e 5º do art. 543-C do atual CPC:

Art. 897. Após a distribuição, o **relator poderá requisitar informações** ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, **que as prestará em**

⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 124.064/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, 23/10/2012, DJe 19/11/2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=124064&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁷⁴ Corresponde ao art. 930 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁷⁵ Corresponde ao art. 935 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁷⁶ Corresponde ao art. 932 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

quinze dias; findo esse prazo improrrogável, **será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público**⁷⁷. (grifo nosso)

Já os parágrafos 3º e 5º do Código de Processo Civil escrevem:

Art. 543-C. [...]

§ 3º O **relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias**, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, **terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias**⁷⁸. (grifo nosso)

A incrível semelhança é observada inclusive no prazo para que sejam prestadas as informações: 15 (quinze) dias. Ou seja, é possível vislumbrar que, tanto nos recursos repetitivos quanto no incidente, será dada ao relator a faculdade de solicitar informações à instância de origem do processo pelo prazo de quinze dias, ao final do qual se intimará o Ministério Público para análise e manifestação sobre a demanda.

Vale ressaltar que, conforme já observado pelo art. 903 do PLS 166/2010⁷⁹, conclui-se que o resultado do julgamento do incidente não fere o princípio do juiz natural, nem resulta em supressão de instância, uma vez que a demanda será retomada pelo juízo de origem, apenas com a necessidade de que este deverá observar a tese fixada ao fim do julgamento do incidente. Assim, retomar-se-á o trâmite dos processos sobrestados na origem, com respectivo julgamento individual.

A lógica do dispositivo não é inovação, uma vez que o atual CPC, em seu art. 543-C, § 7º, prevê a retomada dos recursos sobrestados na origem (inciso II) e vislumbra o efeito vinculante do acórdão prolatado pelo STJ (inciso I). Nestes termos, segue-se a redação do dispositivo em questão:

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁷⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁷⁹ Corresponde ao art. 938 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados, com a referência à jurisdição na qual se aplicará o julgado, com a seguinte redação: “*Art. 938. 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*”.

- I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou
- II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça⁸⁰.

Interessante notar que o dispositivo previsto nos projetos do Novo CPC, tanto do Senado quanto da Câmara, condensam os dois aspectos dos acórdãos resultantes de recursos repetitivos prolatados pelo STJ. Tratam-se do efeito vinculante do acórdão e da retomada do trâmite processual para os processos sobrestados na origem.

Diante do exposto acima, é hialina a semelhança entre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Novo CPC e o procedimento previsto para os recursos repetitivos vigentes no atual ordenamento processual brasileiro.

3.2.5 O incidente e as ações coletivas

Nas discussões da comissão, conforme já apresentado no item 2.3.1, o incidente não pretende se aproximar de uma ação coletiva, tendo inclusive o termo “coletivo” sido rechaçado de sua nomenclatura. A essa altura do presente estudo, já é possível perceber que o incidente limita-se a dar um tratamento coletivo às demandas individuais, sem contudo que haja uma coletivização das demandas.

Assim, é possível enumerar algumas diferenças entre os dois institutos a fim de provar que o incidente não pretende funcionar como sucedâneo das ações coletivas. Ações coletivas refletem direitos essencialmente coletivos, os quais não podem ser tratados individualmente. Portanto, não se podem ajuizar ações repetidas quando o direito em si for coletivo. Não há que se falar em multiplicidade de ações, pois a ação coletiva induz litispendência das demais. Ações coletivas tutelam direitos coletivos, indivisíveis, mas que afetam múltiplos indivíduos. Ações repetitivas tutelam direitos individuais, divisíveis, portanto, ainda que homogêneos, podem ser processados pela via individual.

Vale ressaltar que de um mesmo ilícito podem decorrer pretensões coletivas, individuais puras e individuais homogêneas, situação em que a ação coletiva não induzirá litispendência para as ações individuais conforme preceitua o art. 104 do CPC. A coexistência

⁸⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

de demandas baseadas em idêntica controvérsia, entretanto, só se aplica a direitos individuais homogêneos, uma vez que os direitos coletivos são indivisíveis e, por essa razão, tutelados por ação única, capaz de induzir litispendência das demais.

Ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos decidem questões de fato e de direito, enquanto o incidente debate apenas questões de direito. Ações coletivas reúnem múltiplas ações em uma única ação substituta, enquanto o incidente preserva a autonomia das ações individuais. A ação coletiva produz efeito *erga omnes* apenas quando decidida pela procedência do pedido, enquanto que no incidente a coisa julgada se dá *pro et contra*. Por fim, nas ações coletivas, a suspensão dos processos singulares depende de requerimento da parte, que poderá optar por dar prosseguimento à sua ação individual, não se submetendo aos efeitos do julgamento da ação coletiva. No incidente, a suspensão é automática, não abrindo possibilidade para a parte optar pelo trâmite processual individual. Segue, assim, a tendência jurisprudencial atual.

Entretanto, alguns dispositivos do projeto de lei parecem ter buscado inspiração em procedimentos concernentes às ações coletivas. O primeiro deles refere-se à forma de intervenção do Ministério Público na demanda instaurada. O art. 895, §3º, do PLS 166/2010⁸¹ possui a seguinte redação:

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono⁸².

Semelhantemente, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), no art. 5º, §§ 1º e 3º, trata da intervenção do Ministério Público no processo de forma muito semelhante:

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

[...]

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa⁸³.

⁸¹ Corresponde ao art. 930, §3º do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁸² BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁸³ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

Observa-se que o dispositivo relativo ao incidente pretende condensar os dois dispositivos referentes à Ação Civil Pública, no que se refere à atuação do Ministério Público como fiscal da lei, bem como sucedâneo na ação em caso de desistência da parte interessada. A última parte se justifica pelo fato de que, uma vez instaurado, tanto o incidente como a Ação Civil deixam de representar apenas interesse de uma parte e passa a abranger um grupo plural de representados, extrapolando, assim, o limite intersubjetivo das partes.

De maneira muito semelhante, o Código de Defesa de Consumidor dispõe sucintamente no art. 92 que “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

Dessa forma, a atuação do Ministério Público no incidente repetitivo não se apresenta como novidade, uma vez que sua atuação, como fiscal da lei e em caso de desistência, muito se assemelha ao procedimento previsto para as ações coletivas. O *novel* incidente, portanto, embora novo, busca seus fundamentos em institutos já existentes no ordenamento brasileiro.

Ainda com relação ao procedimento previsto para a ação civil pública, a Lei 7.347/85 prevê, em seu art. 8º, § 1º, a possibilidade de requisição de informações a fim de se instruir o processo com grande quantidade de informações para a formação de convicção do órgão julgador, nos seguintes termos:

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis⁸⁴.

No mesmo diapasão, o PLS 166/2010⁸⁵, no art. 897 dispõe:

Art. 897. 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 Público⁸⁶.

⁸⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁸⁵ Corresponde ao art. 932 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁸⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

É possível perceber grande similitude entre os dispositivos apresentados, com a diferença que a titularidade para requerer as informações na Ação Civil Pública pertence ao Ministério Público, por ser ele o instaurador do inquérito civil, e também o titular da ação. Já no caso do incidente, é possível que o Ministério Público não seja o autor, embora sua intimação se faça necessária, ficando, assim, a requisição de informações a cargo do relator do processo. Em qualquer caso, as informações são requisitadas ainda no juízo onde tem origem a ação, seja para instruir a inicial, no primeiro caso, seja para instruir o processo já instaurado, no segundo.

Por fim, cabe apresentar a semelhança entre o art. 94 do CDC e o art. 896 do PLS 166/2010⁸⁷, que tratam da publicidade da ação para fins de participação dos interessados no processo. Assim dispõe o art. 94 da Lei 8.078/1990:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor⁸⁸.

Com orientação similar, o PLS 166/2010, determina que a publicidade seja registrada eletronicamente pelo CNJ. Assim sendo, trata em seu art. 896⁸⁹:

Art. 896. 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 Justiça⁹⁰.

Os institutos diferem-se pela forma em que lhes é dada publicidade. Enquanto as ações coletivas buscam publicidade pelos meios de comunicação social e órgãos de defesa do consumidor, o incidente será divulgado pelo registro eletrônico a cargo do CNJ.

Dessa forma, cumpre-se o objetivo de apresentar as semelhanças significativas entre os processos coletivos já existentes no ordenamento brasileiro e o incidente de resolução de demandas repetitivas, que, embora novo, busca inspiração e fundamento em fontes processuais já conhecidas pelos órgãos judiciários.

⁸⁷ Corresponde ao art. 931 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁸⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Presidência. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 fev. 2013.

⁸⁹ Corresponde ao art. 931 do PL 8046/2010 da Câmara dos Deputados.

⁹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

3.3 Da natureza jurídica do incidente

Amadurecida a compreensão sobre o incidente, retorna-se para refletir sobre a sua natureza jurídica. A bibliografia pesquisada não se digna a tratar do tema com profundidade, o que tornou esse ponto particular do presente trabalho mais dificultoso. Dessa forma, a discussão aqui engendrada será substancialmente fruto de reflexões particulares e análise crítica sobre os institutos tratados.

Conforme dito anteriormente no item 2.3.2, o incidente possui de fato natureza de incidente, ou seja, um acontecimento processual eivado de capacidade para interromper o trâmite processual até que se ultime entendimento do tribunal sobre a controvérsia advinda dos processos que lhe deram causa. Contudo, pouco é dito sobre a natureza da decisão que surgirá do julgamento do incidente. Sabe-se apenas que será uma decisão colegiada capaz de vincular os fundamentos jurídicos das decisões *a quo*.

A denominação do incidente com a menção “resolução de demandas repetitivas” sugere que as ações que haviam sido suspensas quando da instauração do incidente serão decididas ao término do trâmite processual. Entretanto, como demonstrado, isso não ocorre. O único processo que será resolvido ao cabo do julgamento será o piloto. O incidente possui a prerrogativa de formar um precedente com capacidade de vincular a *ratio decidendi* para os demais processos, que deverão, contudo, ser analisados individualmente pelo juízo de origem. Nessa seara, torna-se também questionável a validade do novo instituto quanto ao aspecto da celeridade, uma vez que os processos suspensos terão de esperar o resultado do julgamento da ação piloto para serem julgados. Ou seja, o incidente que surge para acelerar o processo pode terminar por atrasá-lo.

Assim sendo, o incidente, na verdade, não resolve o mérito das demandas repetitivas e não põe fim ao seu trâmite. Resolve apenas o processo piloto. Portanto, a falsa impressão de que emergiria do processo uma espécie de sentença ou acórdão deve ser afastada. O incidente não possui natureza jurídica de sentença, até mesmo porque esta se propõe a resolver tanto questões jurídicas quanto questões fáticas e, conforme já abordado, o incidente se limita a tratar apenas das primeiras.

Em análise cuidadosa, é possível perceber que o incidente se aproxima da elaboração de uma súmula vinculante, estendo sua lógica às instâncias ordinárias. Entretanto, o projeto não descreve a formação de uma súmula, apenas de uma decisão em um determinado processo piloto com poder de vincular as demais decisões no que se refere aos

seus fundamentos jurídicos, ou sua *ratio decidendi*. Assim, seria possível aproximar a compreensão da natureza jurídica do incidente a uma espécie de súmula vinculante com uma “roupagem” diferente. Renato Xavier da Silveira Rosa (2010, p. 51) ousou pronunciar-se sobre o tema, concluindo que a “decisão proferida no incidente tem a natureza de uma *súmula vinculante* em tribunal local”, valendo-se, para tanto, de doutrina que afirma serem as súmulas vinculantes “verdadeiros ‘precedentes normativos’ a serem emitidos pelo STF” (DINAMARCO, 2005 apud ROSA, 2010, p. 46), de onde conclui que “As *súmulas vinculantes* são, portanto, precedentes judiciais vinculantes” (ROSA, 2010, p. 47).

Com a devida vênia, acredita-se não ser apropriado tratar a decisão proferida em sede do incidente e a súmula vinculante como eivadas de natureza jurídica equivalente, por dois motivos. O primeiro é o fato de ter a súmula vinculante capacidade de vincular decisões futuras, o que ainda é discutível no caso do instituto que se estuda e, caso o projeto seja aprovado sem alteração dos dispositivos que se referem ao tema, isso realmente não ocorrerá. O segundo motivo é que, em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, pelo menos uma demanda é resolvida no mérito, qual seja a demanda piloto, o que não acontece no âmbito do processo de formação de súmula vinculante, que se fundamenta em precedentes judiciais, mas não surgem de uma sentença ou acórdão proferido em uma demanda propriamente dita.

A natureza jurídica que mais parece se adequar ao incidente de resolução de demandas repetitivas seria o de precedente judicial com o “bônus” de vincular as decisões dos processos que foram suspensos na origem em sua *ratio decidendi*. Entretanto, não se sabe ao certo se a vinculação também se estenderá a processos instaurados posteriormente. O mais provável é que não (e se o projeto for aprovado como está, certo será) não vinculará processos posteriores. Assim, como o procedimento do incidente se aproxima consideravelmente do procedimento da súmula vinculante expedida pelo STF, acredita-se que a melhor forma de descrever o resultado de seu julgamento seria como um precedente judicial vinculante limitado aos processos suspensos. Caso o projeto seja aprovado com a redação anterior, conforme o PLS 166/2010, que permite a prospecção dos efeitos para o futuro, poder-se-ia simplificar a descrição da natureza jurídica da decisão proveniente do seu julgamento como sendo simplesmente um precedente vinculante.

CONCLUSÕES

A justiça lenta e incapaz de atender às demandas que lhe são trazidas provoca sentimentos de injustiça, indignação e revoltas declaradas ou sublimadas. Assim sendo, a Justiça que se presta a ser de fato justa depende de sua eficiência, e para tanto, precisa tornar-se, tanto quanto possível, célere a fim de evitar perecimento de direitos.

A preocupação com as demandas repetitivas surge na realidade jurídica brasileira, que se revela exigente por respostas céleres aos problemas que se apresentam. O mundo contemporâneo, pautado no estressante estilo de vida profissional, traz desafio também ao Poder Judiciário, que busca formas de se adaptar a nova realidade. Sendo assim, como é da natureza de seu propósito também de pacificação social, não poderia ser ele indiferente ao incômodo trazido pela delonga processual. Dessa forma, o julgamento das ações repetitivas bem como a proposição de criação do incidente em estudo, se apresentam como importantes propostas de instrumentos para atender a esse intento.

Nesse contexto, surgem críticas advindas da preocupação dos juristas em defender princípios consagrados pelo ordenamento e que não raras vezes entram em conflito. Nesse sentido, a celeridade se revela também como importante princípio entre os demais, e não escapa à discussão engendrada, visto que dela emergem dilemas na ponderação valorativa entre eles. O incidente tem ainda sofrido outras críticas em razão da existência dos já estabelecidos institutos de resolução de demandas em massa no ordenamento, como as ações coletivas, razão pela qual se avalia a qualidade dos referidos institutos, bem como a necessidade de criação de um novo.

O presente estudo buscou analisar especificamente o procedimento previsto no projeto do Novo CPC em trâmite no Congresso Nacional, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Tal incidente gera grande expectativa de solução para a massificação de ações levadas ao Poder Judiciário, principalmente sob os aspectos da segurança jurídica e celeridade. Ao compulsar o texto da nova lei, destaca-se a parte que se refere ao incidente, o qual é apresentado como novidade e avanço para o processo civil brasileiro.

Diante disso, algumas conclusões se fazem pertinentes, as quais se apresentam sucintamente nos próximos parágrafos. Primeiramente, no que se refere ao incidente e os demais institutos do direito comparado, foi possível concluir o seguinte:

1. Um dos pontos que difere o incidente das *class actions* norte-americanas é o fato de não exigir ligação fática ou jurídica entre os demandantes, o que poderia significar relativo obstáculo ao acesso à justiça, uma vez que tal exigência poderia servir como desestímulo, ou mesmo impedimento, à parte de pleitear seu direito em juízo. Assim, merece reconhecimento positivo de tal característica como valor absorvido pelo incidente.

2. Por outro lado, a possibilidade de se aplicar os efeitos da coisa julgada à parte que sequer se manifestou no processo e não teve oportunidade direta de ser ouvida provoca incômodo, quando se preza pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. As *class actions* estadunidenses buscam solução para esse problema por meio do instituto da representatividade adequada, a qual dota determinado demandante de legitimidade positiva para defender os interesses da classe. Acredita-se, assim, pertinente prever semelhante figura para o incidente brasileiro, conferindo aos demandantes a oportunidade de eleger seu representante adequado ou retirar seu processo da tratativa coletiva, caso verifique dissidências nos processos que lhe possam prejudicar.

3. O procedimento inglês, denominado *Group Litigation Order*, possui notáveis semelhanças com o incidente, o que leva a dedução que também lhe serviu de inspiração, ainda que implicitamente. A existência de um registro de grupo, ao qual deverá ser dada ampla publicidade serve como modelo a ser seguido pelo procedimento brasileiro. Dessa forma, seria possível o ingresso ou egresso da parte que desejasse ou não ter seu processo abrangido pelos efeitos da coisa julgada proveniente da decisão colegiada.

4. Quanto ao procedimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, destaca-se a possibilidade de um demandante individual pleitear a análise de seu processo quando houver risco emergente de perecimento do seu direito material. Verifica-se não haver semelhante previsão para o incidente brasileiro. Assim, advoga-se pela previsão de dispositivo no projeto a fim de que seja oportunizado ao particular demonstrar sua necessidade emergencial em juízo e verificar a retomada da tramitação de ação individual.

5. Com relação ao procedimento-piloto alemão, *Musterverfahren*, explícita é a motivação da comissão de juristas brasileiros de absorver seus fundamentos para o incidente. Em ambos, ocorre a fragmentação da fase cognitiva processual em duas instâncias distintas, podendo-se cogitar verdadeira inversão de instâncias, uma vez que a manifestação do órgão colegiado precede a do juízo singular. Destaca-se, portanto, o procedimento alemão como sendo, pela característica apresentada, o principal inspirador do incidente proposto.

6. Como se verificou, o *Musterverfahren* trata tanto de questões fáticas quanto jurídicas. Manifesta-se a doutrina consultada sobre a importância de tal característica a fim de não se quebrar a necessária relação processual entre os fatos e sua tutela jurídica. Assim, concorda-se com tal posição, defendendo-se que o incidente trate também de questões fáticas nas instâncias ordinárias, deixando a limitação de se analisar apenas questões de direito para as Cortes de Superposição, o STF e o STJ, tal qual ocorre no ordenamento atual.

Feitas as considerações referentes ao cotejamento do incidente com os institutos do direito comparado, passa-se a realizar sua análise em face dos demais institutos já presentes no direito brasileiro, diante do qual é possível concluir o que se segue:

1. O incidente, embora novo, não reflete uma inovação propriamente dita. Seus fundamentos e dispositivos são reflexos de institutos já existentes no ordenamento brasileiro e que vêm sendo aprimorados nas ações coletivas, nas súmulas vinculantes, no requisito da repercussão geral do STF e nos recursos repetitivos no âmbito dos tribunais de superposição. Assim, conclui-se que o incidente absorve características e fundamentos dos principais mecanismos brasileiros de resolução de demandas massificadas.

2. Absorve a força obrigatória própria das súmulas vinculantes editadas no âmbito do STF, bem como sua abrangência sobre controvérsias capazes de gerar multiplicação de processos com idêntica questão jurídica, estabelecendo situação de grave insegurança jurídica. Assimila das súmulas vinculantes a possibilidade de modulação, revisão e cancelamento, a fim de evitar engessamento do ordenamento brasileiro e prestigiar a evolução da realidade social, econômica e cultural e, ainda, prevê cabimento de reclamação para o tribunal competente, caso o julgamento do caso concreto oponha-se à tese vinculativa definida na instância superior.

3. Limita-se a debater questões jurídicas, semelhantemente ao que ocorre ao indeferimento *Prima Facie*, revelando a diferença, contudo, de se poder suscitá-lo tanto para a tese de deferimento quanto de indeferimento.

4. Assimila o caráter *ultra partes* ou *erga omnes* exigido como requisito de admissibilidade para interposição de Recurso Extraordinário, em sede de repercussão geral, que, no bojo do incidente proposto, faz-se presumido. Possui também a semelhança de possibilitar a participação de quaisquer terceiros interessados na qualidade de *amicus curiae*.

5. Assemelha-se aos recursos repetitivos no âmbito das cortes de superposição, quanto a impossibilidade de examinar elementos fáticos e probatórios,

conforme respectivas enunciados sumulares 279 do STF e 7 do STJ. Acolhe ainda o mecanismo de retomada da tramitação dos processos sobrestados na origem.

6. Por fim, inspira-se nas ações coletivas brasileiras no que tange à obrigatoriedade de intimação do Ministério Público na condição de fiscal da lei e sua possibilidade de assumir a titularidade da ação em caso de desistência da parte interessada. O incidente também prevê ampla publicação em órgão oficial, qual seja o Conselho Nacional de Justiça, à semelhança do que ocorre nas ações coletivas, possibilitando a intervenção daqueles que possuem interesse na demanda, a bem da formação da convicção dos magistrados.

O ordenamento brasileiro, em determinadas situações, como a da súmula vinculante, elabora leis específicas para tratar com profundidade do procedimento que apresenta certa complexidade. No mesmo diapasão, defende-se a elaboração posterior de uma norma legal que discorra em detalhes sobre os procedimentos envolvidos e características peculiares do incidente, absorvendo e adaptando aspectos pontuais e princípios particulares dos demais institutos do direito comparado e da legislação sedimentada brasileira. Assim sendo, cumpre, neste momento, tecer algumas considerações a respeito do incidente proposto em face dos princípios gerais de direito, tanto pelos aspectos constitucionais quanto pelos processuais.

1. O incidente parece ser uma eficiente solução, no que se refere à uniformização de jurisprudência, uma vez que se espera que um Estado Constitucional zele pela segurança jurídica daqueles que a ele se submetem. Dessa forma, decisões díspares para situações idênticas não podem persistir. Para esse fim, o poder vinculativo do incidente para as demandas repetitivas se apresenta como resposta satisfatória para a referida necessidade, trazendo maior exigência sobre a uniformidade de julgamentos, bem como prestigiando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões jurídicas.

2. Entretanto, discute-se a pretensão de o incidente revelar-se como evolução para a celeridade dos processos levados a juízo. Isso porque, uma vez suspensos os processos, estes deverão ficar esperando uma decisão por parte da instância *ad quem*, o que poderá (e deverá) atrasar o julgamento das causas individuais. Esperava-se que, talvez o incidente pudesse trazer maior celeridade para as decisões em longo prazo, se o seu resultado pudesse ser propagado para ações futuras, as quais certamente seriam resolvidas mais rapidamente. Contudo, as reformas apresentadas na Câmara dos Deputados, ao zelar pela prudência no julgamento, parecem frustrar essa expectativa, limitando a abrangência do

incidente apenas aos processos pendentes de julgamento, já ajuizados e suspensos por ocasião de sua instauração, o que não significa necessariamente que o julgamento do incidente não possa ser utilizado como instrumento de retórica argumentativa nas peças levadas a conhecimento do judiciário posteriormente. Entretanto, seu poder vinculante não estará ali presente. Dessa forma, não parece ser o incidente uma razoável solução para o problema da celeridade processual. Ao contrário, da forma como se apresenta hoje, espera-se que resulte em maior morosidade para que o caso individual obtenha uma solução. Cumpre verificar se o texto alterado vingará ou serão apresentadas alternativas para o problema.

3. Como discutido, a alteração realizada pela emenda 181 na Câmara dos Deputados altera o texto original, orientando o incidente apenas para os processos já instaurados. Zela, assim, pelo amadurecimento do julgamento do incidente a fim de que resulte em decisão justa para os envolvidos e observa dispositivos criticáveis do texto do projeto. Cite-se o art. 936, § 1º, do PL 8046/2010, que confere prazo de trinta minutos para que o autor, réu e o Ministério Público sustentem suas razões. Em seguida, o § 2º do mesmo artigo confere o mesmo prazo para os demais interessados, sendo este comum para todos. Não parece razoável o tempo de debates, pois muito pouco pode ser amadurecido nesse ínterim. Processos de julgamento de agentes públicos por crime de responsabilidade e casos levados a júri popular chegam a durar dias a fim de se evitar injustiças. Não há razão aparente para que uma discussão com potencial de gerar demandas repetitivas não mereça semelhante atenção, até mesmo porque se espera que o incidente seja utilizado excepcionalmente.

4. Percebe-se que a proposta do incidente deve ponderar, com maior zelo, sobre o equilíbrio de princípios constitucionais, quais sejam, a uniformidade de decisões e a celeridade. Como o projeto se apresenta atualmente, o incidente significa evolução no quesito de decisões equânimes, porém, no ímpeto de decidir rapidamente, corre um grande risco de não encontrar a de solução mais justa para as demandas.

Por fim, acredita-se que o incidente possui potencial para ser instituído no ordenamento jurídico brasileiro como promessa de significar aprimoramento dos mecanismos de resolução das demandas massificadas que se apresentam como situação problema para o Poder Judiciário. Entretanto, sua previsão parece exigir melhoramentos que podem ser realizadas de imediato por alterações no atual texto ou posteriormente por meio de novos processos legislativos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 196, p. 237-275, jun. 2011.
- BARBOSA, Andrea Carla; CANTOÁRIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa (Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil)**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Diário do Senado Federal, Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2010.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. José Sarney. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Diário do Senado Federal, Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2010.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Luiz Fux. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília-DF, 2010. 381 pp. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Diário do Senado Federal, Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2010.
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Presidência. **Projeto de Lei nº 8.046 de 2010. Código de Processo Civil**. Brasília-DF. 174 pp. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 4 mar. 2013.
- BUENO, Cassio Scarinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006
- CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 147, ano 32, p. 123-146, mai. 2007;
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (*trad.*). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 193, p. 255-279, mar. 2011.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese de doutorado. 2010. 189 f. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/pt-br.php>>. Acesso em: 28 fev. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.
- _____, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, v. II.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 199, p. 247-256, set. 2011.
- LOBO, Arthur Mendes. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 185, p. 233-244, jul. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, Volume 2: O Processo de Conhecimento**. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: Crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V: arts. 476 a565.
- NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Repercussão Geral: Perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2011.
- OTHARAN, Luiz Felipe. Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado. **Revista Jurídica**, São Paulo, nº. 402, p. 11-27, abr. 2011.

- PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. ***Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional***. Curitiba: Juruá, 2007.
- RIBEIRO, Cristiana Hamdar. **Revista eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. V, ano 4, p. 614-681, jan./jun. 2010.
- ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010**. 73 f. Trabalho (Pós-graduação *stricto sensu*)-Temas Centrais do Processo Civil – DPC 5851-1/1, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em: 28 fev. 2013.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012.
- TESHEINER, José Maria. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto de código de processo civil (artigos 895 a 906). **Revista Jurídica**, São Paulo, nº. 393, p. 27-34, jul. 2010.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

ANEXOS

ANEXO A: “FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE”, N. 23⁹¹

RULE 23. CLASS ACTIONS

(A) PREREQUISITES.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(B) TYPES OF CLASS ACTIONS.

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
 - (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
 - (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
 - (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
 - (D) the likely difficulties in managing a class action.

⁹¹ Cf. **Cornell University law School, Legal Information Institute (LII)**. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>. Acesso em: 03/07/2012.

(C) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.

(1) Certification Order.

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

- (i) the nature of the action;
- (ii) the definition of the class certified;
- (iii) the class claims, issues, or defenses;
- (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
- (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
- (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(D) CONDUCTING THE ACTION.

(1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

- (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
- (B) require—to protect class members and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all class members of:
 - (i) any step in the action;
 - (ii) the proposed extent of the judgment; or
 - (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;
- (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;
- (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or
- (E) deal with similar procedural matters.

(2) **Combining and Amending Orders.** An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(E) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE.

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

- (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.
- (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.
- (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.
- (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.
- (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(F) APPEALS.

A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(G) CLASS COUNSEL.

- (1) **Appointing Class Counsel.** Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:
 - (A) must consider:
 - (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(H) ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS.

In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

ANEXO B: “CIVIL PROCEDURE RULES”, 19.10 A 19.14⁹²

III GROUP LITIGATION

19.10 Definition

A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’).

19.11 Group Litigation Order

(1) The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues.

(Practice Direction 19B provides the procedure for applying for a GLO)

(2) A GLO must –

(a) contain directions about the establishment of a register (the ‘group register’) on which the claims managed under the GLO will be entered;

(b) specify the GLO issues which will identify the claims to be managed as a group under the GLO; and

(c) specify the court (the ‘management court’) which will manage the claims on the group register.

(3) A GLO may –

(a) in relation to claims which raise one or more of the GLO issues –

(i) direct their transfer to the management court;

(ii) order their stay(GL) until further order; and

(iii) direct their entry on the group register;

(b) direct that from a specified date claims which raise one or more of the GLO issues should be started in the management court and entered on the group register; and

(c) give directions for publicising the GLO.

19.12 Effect of the GLO

(1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues –

(a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and

(b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register.

(2) Unless paragraph (3) applies, any party who is adversely affected by a judgment or order which is binding on him may seek permission to appeal the order.

⁹² Cf. **Ministry of Justice**. Disponível em <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

(3) A party to a claim which was entered on the group register after a judgment or order which is binding on him was given or made may not –

(a) apply for the judgment or order to be set aside(GL), varied or stayed(GL); or

(b) appeal the judgment or order, but may apply to the court for an order that the judgment or order is not binding on him.

(4) Unless the court orders otherwise, disclosure of any document relating to the GLO issues by a party to a claim on the group register is disclosure of that document to all parties to claims –

(a) on the group register; and

(b) which are subsequently entered on the group register.

19.13 Case management

Directions given by the management court may include directions –

(a) varying the GLO issues;

(b) providing for one or more claims on the group register to proceed as test claims;

(c) appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants;

(d) specifying the details to be included in a statement of case in order to show that the criteria for entry of the claim on the group register have been met;

(e) specifying a date after which no claim may be added to the group register unless the court gives permission; and

(f) for the entry of any particular claim which meets one or more of the GLO issues on the group register.

(Part 3 contains general provisions about the case management powers of the court)

19.14 Removal from the register

(1) A party to a claim entered on the group register may apply to the management court for the claim to be removed from the register.

(2) If the management court orders the claim to be removed from the register it may give directions about the future management of the claim.

19.15 Test claims

(1) Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim.

(2) Where an order is made under paragraph (1), any order made in the test claim before the date of substitution is binding on the substituted claim unless the court orders otherwise.

ANEXO C: “KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHRENSGESETZ – KAPMUG”⁹³

Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz

Abschnitt 1

Musterverfahrensanzug; Vorlageverfahren

§ 1 Musterfeststellungsanzug

(1) Durch Musterfeststellungsanzug kann in einem erstinstanzlichen Verfahren, in dem

1.ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder

2.ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht, geltend gemacht wird, die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden (Feststellungsziel), wenn die Entscheidung des Rechtsstreits hiervon abhängt. Der Musterfeststellungsanzug kann vom Kläger und vom Beklagten gestellt werden. Öffentliche Kapitalmarktinformationen sind für eine Vielzahl von Kapitalanlegern bestimmte Informationen über Tatsachen, Umstände, Kennzahlen und sonstige Unternehmensdaten, die einen Emittenten von Wertpapieren oder Anbieter von sonstigen Vermögensanlagen betreffen. Dies sind insbesondere Angaben in

1.Prospekten nach dem Wertpapierprospektgesetz,

2.Verkaufsprospekten nach dem Verkaufsprospektgesetz sowie dem Investmentgesetz,

3.Mitteilungen über Insiderinformationen im Sinne des § 15 des Wertpapierhandelsgesetzes,

4.Darstellungen, Übersichten, Vorträgen und Auskünften in der Hauptversammlung über die Verhältnisse der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu verbundenen Unternehmen im Sinne des § 400 Abs. 1 Nr. 1 des Aktiengesetzes,

5.Jahresabschlüssen, Lageberichten, Konzernabschlüssen, Konzernlageberichten sowie Halbjahresfinanzberichten des Emittenten, und in

6.Angebotsunterlagen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes.

(2) Der Musterfeststellungsanzug ist bei dem Prozessgericht unter Angabe des Feststellungsziels und der öffentlichen Kapitalmarktinformation zu stellen. Er muss Angaben zu allen, zur Begründung des Feststellungsziels dienenden tatsächlichen und rechtlichen

⁹³ Verificar texto oficial da KapMuG de 2005. Disponível em <http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.eu/file_download.php?l=de§=ov&mod=Kapitalmarktrecht&type=artikelgesetze&c=17&q=KapMuG&d=kapmug_bgbl_2005_2437.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

Umständen (Streitpunkte) enthalten und die Beweismittel bezeichnen, deren sich der Antragsteller zum Nachweis oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will. Der Antragsteller hat darzulegen, dass der Entscheidung über den Musterfeststellungsantrag Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit hinaus für andere gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten zukommen kann. Dem Antragsgegner ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(3) Ein Musterfeststellungsantrag nach Absatz 1 Satz 1 ist unzulässig, wenn

1. der dem Musterfeststellungsantrag zugrunde liegende Rechtsstreit bereits entscheidungsreif ist,
2. der Musterfeststellungsantrag zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt ist,
3. das bezeichnete Beweismittel ungeeignet ist,
4. die Darlegungen des Antragstellers den Musterfeststellungsantrag nicht rechtfertigen oder
5. eine ausschließlich gestellte Rechtsfrage nicht klärungsbedürftig erscheint.

Unzulässige Musterfeststellungsanträge weist das Prozessgericht durch Beschluss zurück.

§ 2 Bekanntmachung im Klageregister

(1) Einen zulässigen Musterfeststellungsantrag macht das Prozessgericht im elektronischen Bundesanzeiger unter der Rubrik "Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz" (Klageregister) öffentlich bekannt. Über die Bekanntmachung entscheidet das Prozessgericht durch Beschluss. Der Beschluss ist unanfechtbar. Die Bekanntmachung enthält nur die folgenden Angaben:

1. die vollständige Bezeichnung der beklagten Partei und ihres gesetzlichen Vertreters,
2. die Bezeichnung des von dem Musterfeststellungsantrag betroffenen Emittenten von Wertpapieren oder Anbieters von sonstigen Vermögensanlagen,
3. die Bezeichnung des Prozessgerichts,
4. das Aktenzeichen des Prozessgerichts,
5. das Feststellungsziel des Musterfeststellungsantrags und
6. den Zeitpunkt der Bekanntmachung im Klageregister.

Musterfeststellungsanträge, deren Feststellungsziel den gleichen zugrunde liegenden Lebenssachverhalt betrifft (gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge), werden im Klageregister in der Reihenfolge ihrer Bekanntmachung erfasst. Musterfeststellungsanträge müssen dann nicht mehr im Klageregister öffentlich bekannt gemacht werden, wenn die Voraussetzungen zur Einleitung eines Musterverfahrens nach § 4 Abs. 1 Satz 1 bereits vorliegen.

(2) Die Einsicht in das Klageregister steht jedem unentgeltlich zu.

(3) Das Prozessgericht trägt die datenschutzrechtliche Verantwortung für die von ihm im Klageregister bekannt gemachten Daten, insbesondere für die Rechtmäßigkeit ihrer Erhebung, die Zulässigkeit ihrer Veröffentlichung und die Richtigkeit der Daten.

(4) Der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers erstellt im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik ein Sicherheitskonzept für Bekanntmachungen im Klageregister, das insbesondere die nach § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen umfasst. Die Wirksamkeit der Maßnahmen ist in regelmäßigen Abständen unter Berücksichtigung der aktuellen technischen Entwicklungen zu überprüfen.

(5) Die im Klageregister gespeicherten Daten sind nach Zurückweisung des Musterfeststellungsantrags gemäß § 4 Abs. 4, anderenfalls nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens zu löschen.

(6) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über Inhalt und Aufbau des Klageregisters, insbesondere über Eintragungen, Änderungen, Löschungen, Einsichtsrechte, Datensicherheit und Datenschutz zu treffen. Dabei sind Lösungsfristen vorzusehen sowie Vorschriften, die sicherstellen, dass die Bekanntmachungen

- 1.unversehrt, vollständig und aktuell bleiben,
- 2.jederzeit ihrem Ursprung nach zugeordnet werden können.

§ 3 Unterbrechung des Verfahrens

Mit der Bekanntmachung des Musterfeststellungsantrags im Klageregister wird das Verfahren unterbrochen.

§ 4 Vorlage an das Oberlandesgericht

(1) Das Prozessgericht führt durch Beschluss eine Entscheidung des im Rechtszug übergeordneten Oberlandesgerichts über das Feststellungsziel gleichgerichteter Musterfeststellungsanträge (Musterentscheid) herbei, wenn

- 1.in dem Verfahren bei dem Prozessgericht der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde und
- 2.innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntmachung in mindestens neun weiteren Verfahren bei demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt wurden.

Der Vorlagebeschluss ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend. Die zeitliche Reihenfolge der bei den Prozessgerichten gestellten Musterfeststellungsanträge bestimmt sich nach der Bekanntmachung im Klageregister.

(2) Der Vorlagebeschluss hat zu enthalten:

- 1.das Feststellungsziel,
- 2.alle geltend gemachten Streitpunkte, soweit sie entscheidungserheblich sind,
- 3.die bezeichneten Beweismittel und

4.eine knappe Darstellung des wesentlichen Inhalts der erhobenen Ansprüche und der dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel.

(3) Das Prozessgericht macht im Klageregister den Erlass und das Datum des Vorlagebeschlusses öffentlich bekannt.

(4) Ist seit Bekanntmachung des jeweiligen Musterfeststellungsantrags innerhalb von vier Monaten nicht die für die Vorlage an das Oberlandesgericht erforderliche Anzahl gleichgerichteter Anträge bei dem Prozessgericht gestellt worden, weist das Prozessgericht den Antrag zurück und setzt das Verfahren fort.

(5) Sind in einem Land mehrere Oberlandesgerichte errichtet, so können die Musterentscheide, für die nach Absatz 1 die Oberlandesgerichte zuständig sind, von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung einem der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden, sofern dies der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienlich ist. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen. Durch Staatsverträge zwischen Ländern kann die Zuständigkeit eines Oberlandesgerichts für einzelne Bezirke oder das gesamte Gebiet mehrerer Länder begründet werden.

§ 5 Sperrwirkung des Vorlagebeschlusses

Mit Erlass des Vorlagebeschlusses ist die Einleitung eines weiteren Musterverfahrens für die gemäß § 7 auszusetzenden Verfahren unzulässig.

Abschnitt 2 Durchführung des Musterverfahrens

§ 6 Bekanntmachung des Musterverfahrens

Nach Eingang des Vorlagebeschlusses macht das Oberlandesgericht im Klageregister öffentlich bekannt:

- 1.die namentliche Bezeichnung des Musterklägers und seines gesetzlichen Vertreters (§ 8 Abs. 1 Nr. 1),
- 2.die vollständige Bezeichnung des Musterbeklagten und seines gesetzlichen Vertreters (§ 8 Abs. 1 Nr. 2),
- 3.das Feststellungsziel des Musterverfahrens,
- 4.das Aktenzeichen des Oberlandesgerichts und
- 5.den Inhalt des Vorlagebeschlusses.

Das Oberlandesgericht trägt die datenschutzrechtliche Verantwortung entsprechend § 2 Abs. 3.

§ 7 Aussetzung

(1) Nach der Bekanntmachung des Musterverfahrens im Klageregister durch das Oberlandesgericht setzt das Prozessgericht von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zum Erlass des Musterentscheids noch anhängig werdenden Verfahren aus, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Das gilt unabhängig davon, ob in dem

Verfahren ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Die Parteien sind anzuhören, es sei denn, dass sie darauf verzichtet haben. Der Aussetzungsbeschluss ist nicht anfechtbar.

(2) Das Prozessgericht hat das das Musterverfahren führende Oberlandesgericht unverzüglich über die Aussetzung unter Angabe der Höhe des Anspruchs, soweit er Gegenstand des Musterverfahrens ist, zu unterrichten.

§ 8 Beteiligte des Musterverfahrens

(1) Beteiligte des Musterverfahrens sind:

1. der Musterkläger,
2. der Musterbeklagte,
3. die Beigeladenen.

(2) Das Oberlandesgericht bestimmt nach billigem Ermessen durch Beschluss den Musterkläger aus den Klägern bei dem Gericht, das den Musterentscheid einholt. Zu berücksichtigen sind

1. die Höhe des Anspruchs, soweit er Gegenstand des Musterverfahrens ist, und
2. eine Verständigung mehrerer Kläger auf einen Musterkläger.

Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

(3) Die Kläger und Beklagten der übrigen ausgesetzten Verfahren sind zu dem Musterverfahren beizuladen. Der Aussetzungsbeschluss gilt als Beiladung im Musterverfahren. Mit dem Aussetzungsbeschluss unterrichtet das Prozessgericht die Beigeladenen darüber,

1. dass die anteiligen Kosten des Musterverfahrens zu den Kosten des Prozessverfahrens gehören, und
2. dass dies nach § 17 Satz 4 nicht gilt, wenn die Klage innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Aussetzungsbeschlusses in der Hauptsache zurückgenommen wird.

§ 9 Allgemeine Verfahrensregeln

(1) Auf das Musterverfahren sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist. Die §§ 278, 348 bis 350, 379 der Zivilprozessordnung finden keine Anwendung. In Beschlüssen müssen die Beigeladenen nicht bezeichnet werden.

(2) Die Zustellung von Terminladungen an Beigeladene kann durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. Die öffentliche Bekanntmachung wird durch Eintragung in das Klageregister bewirkt. Zwischen öffentlicher Bekanntmachung und Terminstag müssen mindestens vier Wochen liegen.

(3) Die Bundesregierung und die Landesregierungen können für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt bestimmen, von dem an im Musterverfahren elektronische Akten geführt werden, sowie die hierfür geltenden organisatorisch-technischen

Rahmenbedingungen für die Bildung, Führung und Aufbewahrung der elektronischen Akten. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(4) Die Bundesregierung und die Landesregierungen können für ihren Bereich durch Rechtsverordnung bestimmen, dass im Musterverfahren Schriftsätze als elektronische Dokumente bei Gericht einzureichen sind, Empfangsbekanntnisse als elektronische Dokumente zurückzusenden sind und dass die Beteiligten dafür Sorge zu tragen haben, dass ihnen elektronische Dokumente durch das Gericht zugestellt werden können. Die Rechtsverordnung regelt die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

§ 10 Vorbereitung des Termins

Zur Vorbereitung des Termins kann der Vorsitzende oder ein von ihm bestimmtes Mitglied des Senats den Beigeladenen die Ergänzung des Schriftsatzes des Musterklägers oder des Musterbeklagten aufgeben, insbesondere eine Frist zur Erklärung über bestimmte klärungsbedürftige Streitpunkte setzen. Die Ergänzungen der Beigeladenen in ihren vorbereitenden Schriftsätzen werden dem Musterkläger und dem Musterbeklagten mitgeteilt. Schriftsätze der Beigeladenen werden den übrigen Beigeladenen nicht mitgeteilt. Schriftsätze des Musterklägers und des Musterbeklagten werden den Beigeladenen nur mitgeteilt, wenn sie dies gegenüber dem Senat schriftlich beantragt haben.

§ 11 Wirkung von Rücknahmen

(1) Eine Rücknahme des Musterfeststellungsantrags hat auf die Stellung als Musterkläger oder Musterbeklagter keinen Einfluss.

(2) Nimmt der Musterkläger im Laufe des Musterverfahrens seine Klage in der Hauptsache zurück, so bestimmt das Gericht einen neuen Musterkläger. Das Gleiche gilt im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Musterklägers sowie in den Fällen seines Todes, des Verlustes der Prozessfähigkeit, des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters, der Anordnung einer Nachlassverwaltung oder des Eintritts der Nacherbfolge, wenn der Prozessbevollmächtigte des Musterklägers die Aussetzung des Musterverfahrens beantragt. Die Klagerücknahme von Beigeladenen hat auf den Fortgang des Musterverfahrens keinen Einfluss.

§ 12 Rechtsstellung des Beigeladenen

Der Beigeladene muss das Musterverfahren in der Lage annehmen, in der es sich zur Zeit seiner Beiladung befindet; er ist berechtigt, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, soweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen seiner Hauptpartei (Musterkläger oder Musterbeklagter) in Widerspruch stehen.

§ 13 Erweiterung des Gegenstandes des Musterverfahrens

(1) Im Rahmen des Feststellungsziels des Musterverfahrens können der Musterkläger, der Musterbeklagte und die Beigeladenen bis zum Abschluss des Musterverfahrens die Feststellung weiterer Streitpunkte begehren, wenn die Entscheidung ihres Rechtsstreits davon abhängt und das Prozessgericht dies für sachdienlich erachtet.

(2) Die Erweiterung des Vorlagebeschlusses durch das Prozessgericht ist unanfechtbar und für das Oberlandesgericht bindend.

(3) Das Oberlandesgericht macht den erweiterten Vorlagebeschluss im Kleregister öffentlich bekannt. § 6 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 14 Musterentscheid

(1) Das Oberlandesgericht erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung den Musterentscheid durch Beschluss. Die Beigeladenen müssen nicht im Rubrum des Musterentscheids bezeichnet werden. Der Musterentscheid wird dem Musterkläger und dem Musterbeklagten zugestellt; den Beigeladenen wird er formlos mitgeteilt. Die Mitteilungen einschließlich der Zustellung an den Musterkläger und den Musterbeklagten können durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. § 9 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) Die Entscheidung über die im Musterverfahren angefallenen Kosten bleibt den Prozessgerichten der ausgesetzten Verfahren vorbehalten.

(3) Die §§ 91a und 306 der Zivilprozessordnung finden auf das Musterverfahren keine Anwendung. Ein vergleichsweiser Abschluss des Musterverfahrens ist ausgeschlossen, sofern dem Vergleich nicht alle Beteiligten (§ 8 Abs. 1) zustimmen.

§ 15 Rechtsbeschwerde

(1) Gegen den Musterentscheid findet die Rechtsbeschwerde statt. Die Sache hat stets grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 574 Abs. 2 Nr. 1 der Zivilprozessordnung. Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass das Prozessgericht nach § 4 Abs. 1 zu Unrecht einen Musterentscheid eingeholt hat. Beschwerdeberechtigt sind alle Beteiligten (§ 8 Abs. 1).

(2) Das Rechtsbeschwerdegericht teilt den Beigeladenen des Musterverfahrens den Eingang einer Rechtsbeschwerde mit, wenn diese an sich statthaft ist und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt wurde. Diese können binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieser Mitteilung dem Rechtsbeschwerdeverfahren beitreten. Die Zustellung der Mitteilung kann durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden; § 9 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend. Der Beitrittschriftsatz ist binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Mitteilung über den Eingang der Rechtsbeschwerde nach Satz 1; § 551 Abs. 2 Satz 5 und 6 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. Lehnt der Beigeladene den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht innerhalb der in Satz 2 genannten Frist, so wird das Musterverfahren vor dem Rechtsbeschwerdegericht ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt. Auf die Rechtsstellung des Beigeladenen, der dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten ist, findet § 12 entsprechende Anwendung.

(3) Legt der Musterkläger Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so führt er das Musterverfahren als Musterrechtsbeschwerdeführer in der Rechtsbeschwerdeinstanz fort. Nimmt der Musterkläger seine Rechtsbeschwerde zurück, so bestimmt das Rechtsbeschwerdegericht entsprechend § 11 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 einen neuen Musterrechtsbeschwerdeführer aus dem Kreis der Beigeladenen, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten sind, es sei denn, dass diese ebenfalls auf die Fortführung der Rechtsbeschwerde verzichten.

Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so wird derjenige Beigeladene, welcher als erster das Rechtsmittel eingelegt hat, zum Musterrechtsbeschwerdeführer vom Rechtsbeschwerdegericht bestimmt. Absatz 2 Satz 1 findet in Ansehung des Musterklägers und des Musterbeklagten entsprechende Anwendung.

(5) Legt der Musterbeklagte Rechtsbeschwerde gegen den Musterentscheid ein, so ist Musterrechtsbeschwerdegegner der vom Oberlandesgericht bestimmte Musterkläger. § 574 Abs. 4 Satz 1 der Zivilprozessordnung findet auf die Beigeladenen entsprechende Anwendung.

Abschnitt 3 Wirkung des Musterentscheids; Kosten; Übergangsregelung

§ 16 Wirkung des Musterentscheids

(1) Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte, deren Entscheidung von der im Musterverfahren getroffenen Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Der Beschluss ist der Rechtskraft insoweit fähig, als über den Streitgegenstand des Musterverfahrens entschieden ist. Unbeschadet von Absatz 2 wirkt der Musterentscheid für und gegen alle Beigeladenen des Musterverfahrens unabhängig davon, ob der Beigeladene selbst alle Streitpunkte ausdrücklich geltend gemacht hat. Dies gilt auch dann, wenn der Beigeladene seine Klage in der Hauptsache zurückgenommen hat. Mit der Einreichung des rechtskräftigen Musterentscheids durch einen Beteiligten des Musterverfahrens wird das Verfahren in der Hauptsache wieder aufgenommen.

(2) Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens werden die Beigeladenen in ihren Rechtsstreiten gegenüber dem Gegner mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Musterverfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als sie durch die Lage des Musterverfahrens zur Zeit ihrer Beiladung oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden sind, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihnen unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

(3) Der Musterentscheid wirkt auch für und gegen die Beigeladenen, die dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht beigetreten sind.

§ 17 Gegenstand der Kostenentscheidung im Prozessverfahren

Die dem Musterkläger und den auf seiner Seite Beigeladenen im erstinstanzlichen Musterverfahren erwachsenen Kosten gelten als Teil der Kosten des ersten Rechtszugs des jeweiligen Prozessverfahrens. Die dem Musterbeklagten und den auf seiner Seite Beigeladenen im erstinstanzlichen Musterverfahren erwachsenen Kosten gelten anteilig als Kosten des ersten Rechtszugs des jeweiligen Prozessverfahrens. Die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnis der Höhe des von dem jeweiligen Kläger geltend gemachten Anspruchs, soweit dieser Gegenstand des Musterverfahrens ist, zu der Gesamthöhe der von dem Musterkläger und den auf seiner Seite Beigeladenen des Musterverfahrens in den Prozessverfahren geltend gemachten Ansprüche, soweit diese Gegenstand des Musterverfahrens sind. Ein Anspruch ist hierbei nicht zu berücksichtigen, wenn die Klage innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Aussetzungsbeschlusses nach § 7 in der Hauptsache zurückgenommen worden ist. § 96 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

§ 18 Verstoß gegen die Vorlagevoraussetzungen an das Oberlandesgericht

Das Urteil eines Prozessgerichts in der Hauptsache kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, dass das Oberlandesgericht zum Erlass eines Musterentscheids nicht zuständig gewesen sei oder die Vorlagevoraussetzungen für einen Musterentscheid nicht vorgelegen hätten.

§ 19 Kostenentscheidung im Rechtsbeschwerdeverfahren

(1) Die Kosten einer von dem Musterkläger oder einem auf seiner Seite Beigeladenen ohne Erfolg eingelegten Rechtsbeschwerde haben nach dem Grad ihrer Beteiligung der Musterrechtsbeschwerdeführer und diejenigen Beigeladenen zu tragen, welche dem Rechtsbeschwerdeverfahren beigetreten sind.

(2) Entscheidet das Rechtsbeschwerdegericht in der Sache selbst, haben die Kosten einer von dem Musterbeklagten oder einem auf seiner Seite Beigeladenen erfolgreich eingelegten Rechtsbeschwerde der Musterkläger und alle auf seiner Seite Beigeladenen nach dem Grad ihrer Beteiligung im erstinstanzlichen Musterverfahren zu tragen.

(3) Bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen gilt § 92 der Zivilprozessordnung entsprechend.

(4) Hebt das Rechtsbeschwerdegericht den Musterentscheid des Oberlandesgerichts auf und verweist die Sache zur erneuten Entscheidung zurück, so entscheidet das Oberlandesgericht gleichzeitig mit dem Erlass des Musterentscheids über die Kostentragung im Rechtsbeschwerdeverfahren nach billigem Ermessen. Dabei ist der Ausgang des Musterverfahrens zugrunde zu legen. § 99 Abs. 1 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

(5) Soweit dem Musterkläger und den auf seiner Seite Beigeladenen Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens auferlegt werden, haben sie die von dem Musterbeklagten oder den auf dessen Seite Beigeladenen entrichteten Gerichtsgebühren und die Gebühren eines Rechtsanwalts des Musterbeklagten oder der auf dessen Seite Beigeladenen jeweils nur nach dem Wert zu erstatten, der sich aus den von ihnen im Prozessverfahren geltend gemachten Ansprüchen, die Gegenstand des Musterverfahrens sind, ergibt.

§ 20 Übergangsregelung

Auf Verfahren, in denen vor dem 1. November 2010 ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde, finden dieses Gesetz und die durch die Artikel 2 bis 8 des Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren geänderten Rechtsvorschriften in der vor dem 1. November 2010 geltenden Fassung weiterhin Anwendung.