

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS CONTRATOS STANDARD: ANÁLISE HERMENÊUTICA

INCIDENT CLAIMS RESOLUTION OF REPETITIVE IN PROJECT NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND STANDARD CONTRACTS: ANALYSIS HERMENEUTICS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹

Kelly Cardoso Mendes de Moraes²

RESUMO: A sociedade consumerista transformou as relações negociais. O fornecimento de bens, produtos e serviços em grande escala fez surgir contratos padrões – *standard* – tendo como consequência o aumento de litígios e sobrecarga para o Poder Judiciário, servindo o acúmulo de processos com direitos comuns e réus. As ações de interesses individuais homogêneos não abrangidas por completo pelos procedimentos difusos e coletivos exigem do legislador uma adequada regulamentação. O incidente de demandas repetitivas incluso nos artigos do projeto do Novo Código de Processo Civil tenta suprir as lacunas da lei, mas, possivelmente, não da forma desejada pelos litigantes. Em meio a procedimentos insatisfatórios, o legislador procura uma forma de adequar as modificações das relações negociais ao processo civil.

Palavras chaves: demandas repetitivas; interesses individuais homogêneos; contratos standard

ABSTRACT: The consumerist society has transformed the business relationships. The supply of goods, products and services on a large scale contracts has raised standards - standard - resulting in the increase litigation and burden of the judiciary, with accumulation of processes with common rights and same defendants. The actions of homogeneous individual interests not covered completely by the diffuse and collective procedures of the legislature requires a proper regulation. The incident demands repetitive design items included in the New Code of Civil Procedure attempts to fill gaps in the law, but possibly not as desired by litigants. In the midst of unsatisfactory procedures, legislators find a way to adapt the changes of business relations to the civil procedure.

Keywords: repetitive demands; homogeneous individual interests; standard contracts

1 INTRODUÇÃO

Após o marco da Revolução Industrial, as relações interpessoais deixaram de ser únicas, exclusivas, individuais, passando a ser massificadas, coletivas e padronizadas. Os

¹Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (1993). Advogada.

²Discente do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. Especialista em Direito Constitucional pela UNIPAR-PR. Advogada.

bens, produtos e serviços são produzidos e fornecidos em grande escala para atender a um contingente elevado – por meio de contratos *standard*, sejam eles formalizados ou eletrônicos – existindo uma relação sem “rostos” entre fornecedor/fabricante e consumidor. Aos adquirentes não é permitido modificar cláusulas, cabendo apenas consentir, mesmo que aquele bem seja essencial a sua existência – por exemplo, moradia, plano de saúde – deve aceitar as condições impostas.

Consequentemente, maior número de contratos, maior o número de litígios. Nesse sentido, pontua Sosa (2005, p. 453):

La sociedad moderna plantea a los juristas nuevos desafíos. Ella nos obliga a repensar instrumentos procesales de que disponemos, para que se adecuen a esas nuevas realidades, de manera tal que faciliten el acceso a la justicia y posibiliten la efectividad de los derechos sustanciales em juego

No Brasil, em proteção à tutela dos interesses difusos e coletivos, a legislação dispõe da Lei n. 7.347/85, de Ação Civil Pública, da Lei n. 12.016/09; do Mandado de Segurança Individual e Coletivo; da Lei n.4.714/65, da Ação Popular; da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor e Das Ações Coletivas para a Defesa dos Interesses Individuais Homogêneos, previstas nos artigos 91 a 100. Portanto:

[...] a tutela jurisdicional coletiva aos consumidores como massa de pessoas não individualizadas – mas sempre ligadas por algum interesse comum – sobreveio em 1990 com a lei n. 8.078, de 11 de setembro desse ano, que é o Código de Defesa do Consumidor. São admitidas a demandar em juízo na defesa dos consumidores as mesmas entidades legitimadas às ações civis públicas ambientais, exigindo-se sempre que, além do requisito da preconstituição, as associações tenham tal defesa como objetivo estatutário. Expressamente, a lei institui a ação civil pública para a defesa da massa de consumidores em seus direitos difusos (propaganda enganosa dirigida a um público indeterminado), coletivos (como os dos consumidores de determinado produto) e individuais homogêneos (massa de consumidores lesados por determinado produto ou serviço). A tutela que por essa via se concede também será preventiva, reparatória específica ou ressarcitória, conforme o caso – com a peculiaridade de que a última poderá beneficiar indivíduos lesados ou destinar-se a um fundo destinado à proteção da massa de consumidores (art. 100). [...] A sentença genérica que reconhece a existência de direitos individuais homogêneos favorece a todos os possíveis lesados – a quem compete comparecer depois em juízo, individualmente, com a demonstração do dano sofrido (art. 98); se a demanda tiver sido julgada improcedente, cada um daqueles que se afirmam lesados continuam autorizado a demandar individualmente em juízo, sem que a autoridade da coisa julgada incida sobre a sentença que assim julgou (art. 103, inc. III) (DINAMARCO, 2003, p. 157-158) (sem grifo no original).

Os interesses e direitos difusos - também nominados como direitos transindividuais -, caracterizam-se quando *não há uma determinação absoluta* dos titulares (aspecto subjetivo),

que estão ligados a circunstâncias de *fato*. São considerados materialmente indivisíveis “não podem ser satisfeitos nem lesados senão a todos os possíveis titulares” (ZAVASCKI, 2011, p. 36). Por via processual haverá a substituição do titular do direito, “razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado em Lei” (CPC, 333, parágrafo único, I) (ZAVASCKI, 2011, p. 37).

Os direitos coletivos também são denominados transindividuais e indivisíveis. Diferenciam-se dos direitos difusos no que se refere à determinação dos titulares, havendo nos direitos coletivos uma determinação *relativa* (aspecto subjetivos)³. Zavascki (2011, p. 34), afirma ainda, que direito coletivo:

[...] é designação genérica para duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo.

Portanto, nos direitos difusos, os titulares são indetermináveis, nos direitos coletivos *stricto sensu* podem ser determinados, porém, sem se ter um número exato. Ambos se diferenciam dos direitos individuais homogêneos, que identificam os titulares individualmente, conseqüentemente divisíveis, pois, “podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada” (ZAVASCKI, 2011, p. 36). Os titulares individuais estão interligados por possuírem direitos com origem comum. Segundo Zavascki (2011, p. 146):

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles, é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, *elementos característicos e peculiares que os individualiza*, distinguindo-se uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem

³ “É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é sua titularidade, e daí a sua transindividualidade” (ZAVASCKI, 2011, p. 34).

de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular.⁴ (sem grifo no original)

Percebe-se a característica de “base jurídica comum” e “peculiaridades fáticas”, desencadeando um direito supraindividual. Zavascki (2011, p. 35) afirma serem os direitos individuais homogêneos “aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV)”.

Assim, o direito coletivo não abrangeria interesses não individuais homogêneos (heterogêneos) de origem comum, que nada mais são, por exemplo, que várias ações de diferentes pessoas contra o banco da Caixa Econômica Federal, cada uma com seu processo individualmente interposto (fatos diferenciados). Essas ações são quantitativamente significativas ao Poder Judiciário gerando acúmulos de processos e conseqüentemente abarrotamento do judiciário. Rodrigues (2010, p. 97) apresenta um exemplo:

[...] de cláusula em contrato padrão de seguro-saúde autorizando a seguradora a aumentar mensalidades para além dos padrões autorizados, na hipótese de insuficiência atuarial superveniente no curso do contrato. Imagine-se, ademais, que se entenda anulável a cláusula no contexto das normas que regem o segmento econômico da saúde privada. Como se trata de impasse que atinge o grupo todo dos segurados, sua solução sinaliza a via da ação coletiva. Mas não aquela destinada pelo CDC para a proteção dos interesses individuais homogêneos (arts. 91 e 100), porque a pretensão, antes que o segurador aplique a cláusula, é no sentido da sua pura desconstituição, pois não se operou, ainda, nenhum prejuízo individual.

Portanto, por não haver dano que permita a Ação Coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos, a liquidação ou a execução, estar-se-ia diante de um interesse coletivo *stricto sensu* descaracterizado o interesse individual homogêneo. Como afirma Rodrigues (2010, p. 98), porém a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, “e se algum dos indivíduos, compreendendo a viabilidade do sistema de seguro que contratou depende do equilíbrio atuarial, pretender que a cláusula seja mantida” será atingido. Todavia, seria o

⁴ Ainda, segundo Zavascki: [...] los *derechos individuales homogéneos* son, simplemente, derechos subjetivos individuales (= con titular determinado) y, por tanto, materialmente *divisibles* (= pueden ser lesionados o satisfechos tanto con relación a todo el grupo de manera universal, como relativamente a cada miembro del grupo aisladamente). Las consecuencias en el plano procesal son muy significativas. Así, por estar conformados por unidades materialmente autónomas y con titulares individuales, permitiendo que su satisfacción o su lesión puedan ocurrir en forma universal y conforme o en forma individual y diferenciada, los derechos homogéneos permiten, en el plano procesal, que su tutela se realice mediante dos modos distintos: (a) por la vía usual de tutela de los derechos subjetivos individuales, por iniciativa del propio titular, en régimen de legitimación ordinaria y mediante procedimiento individual; y (b), alternativamente, por la vía de la acción colectiva, en régimen de substitución procesal y mediante procedimiento especial con características peculiares [...] (2008, p.232).

incidente de demandas repetitivas realmente a solução plausível? Isso será observado posteriormente.

Devido à preocupação com essas relações negociais que desencadeiam ações massificadas ou repetitivas (individuais homogêneas), são delineadas técnicas altamente discutíveis como a do julgamento liminar das ações repetitivas (art. 285-A do CPC), das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/1988 e Lei 11.417/2006), entre outras, que se preocupam mais com uma padronização superficial das decisões do que com a sua solução legítima e constitucional, uma vez que, para uma solução adequada, exigir-se-ia uma percepção dos aspectos peculiares de cada caso, além dos aspectos idênticos que as pretensões isomórficas implementam (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2010, p. 11). Ademais, o novo Código de Processo Civil acrescenta o incidente de resolução de demandas repetitivas, analisado no presente estudo na perspectiva das ações individuais homogêneas, decorrentes dos contratos standartizados e massificados que o mercado consumerista exige.

2 INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROJETO DO NOVO CPC

Objetivando facilitar a decisão das ações judiciais decorrentes da massificação dos contratos que se repetem em números expressivos, o Projeto do novo CPC apresenta algumas das características dos modelos estrangeiros, visando proteger a tutela de direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, o incidente de demandas repetitivas constitui-se de um momento nas ações interpostas em primeiro grau que ocorrerá ao se identificar controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica *questão de direito* e de causar grave insegurança jurídica, decorrente de risco de coexistência de decisões conflitantes conforme disposto no art. 930 do Novo CPC (MEDINA, 2011, p. 1206)⁵.

O anteprojeto redigido pela Comissão de Juristas em 2009, presidida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, previa o incidente de demandas repetitivas nos arts. 895 a 906 (projeto original nº 166); após realização de várias audiências públicas e alterações realizadas na Câmara do Senado houve a respectiva aprovação, em dezembro de 2010 figurando o incidente nos arts. 930 a 941. O texto final do novo CPC, aprovado em 16 de

⁵ Segundo projeto nº 166 do Senado: “Art. 930. 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”.

julho de 2013 pela Comissão Especial (presidente o deputado Fabio Trad PMDB-ES), na Câmara de Deputados, realizou alterações significativas ao incidente de resolução de demandas repetitivas expresso nos arts. 988 à 1.000, considerado um dos destaques do projeto.

Desde logo deve ser destacado que o incidente, devido aos requisitos para sua admissibilidade, visa apenas tutelar direitos individuais homogêneos, não sendo possível a tutela de direitos coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos) – procedimento compelido à Ação Civil Pública. Da mesma forma, por uma interpretação literal, o projeto aprovado inicialmente pelo Senado previa, em seu art. 930, à análise apenas de questões de direito no incidente. Ou seja, não seria admitido que o Tribunal se pronunciasse sobre matéria de fato. “Nesse ponto, o projeto se afasta tanto do GLO quanto do KapMuG⁶, pois, como referido anteriormente, em ambos é possível o pronunciamento tanto sobre questões de fato, quanto de direito” (ROSSONI, 2001, p. 27).

Portanto, a primeira crítica contundente refere-se ao tratamento dado às *idênticas questões de direito* no projeto original do Senado (art. 930 do novo CPC), tratativa abordada igualmente com a publicação das Leis 11.277/06 e 11.418/06, que introduziram no Código de Processo Civil os arts. 285-A (repercussão geral), 543-B e 543-C (recursos extraordinário e especial repetitivos). Para isso, salienta-se o questionamento proposto por Streck e Oliveira, quando das publicações legislativas referidas em 2006:

[...] que são hermeneuticamente ‘casos idênticos’? Pois, do ponto de vista jurídico-processual, caso idêntico só ocorreria se as partes fossem as mesmas, o pedido e a causa de pedir fossem os mesmos. Ou seja, se estivéssemos diante do mesmo caso já submetido à apreciação do Judiciário e não somente daquele juízo. Então, estaríamos diante de litispendência ou de coisa julgada! (STRECK; OLIVEIRA, 2006).

Nesse sentido é também o comentário de Nunes (2008, p. 123), em sua tese de doutorado, ao discorrer sobre o despreparo da jurisdicionalização preocupada com decisões meramente quantitativas:

Em verdade, normalmente, o juiz somente fará uma análise detida da discussão endoprocessual no momento posterior à instrução, ou seja, decisório. Julga-se com base nos elementos escritos, tal qual faziam os juízes durante o liberalismo processual. Essa constatação, reunida com as perspectivas neoliberais, começa a

⁶ Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz - lei instituidora do procedimento-modelo para o mercado de capitais no direito alemão.

idealizar técnicas processuais, como a do julgamento liminar de ações repetitivas (do art. 285 A, do CPC, introduzido pela lei 11.277/06) e o julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos (como estabelecido pela PEC45/04 e pelos arts. 543 A e B, CPC, introduzidos pela lei 11.418/06), que indicam um horizonte pouco social e inteiramente massificante e produtivo no processo brasileiro.

Compara-se à repercussão geral, pois a ideia de julgamento por “atacado” ou “a toque de caixa” é a mesma. Pretende-se escolher – eleger – um processo modelo para ser julgado pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Judiciais Estaduais, deixando de ser julgada a causa para se julgar o tema (tese) que estiver sendo abordado pelas milhares de iniciais⁷. Percebe-se a tentativa de produzir (*reproduzir*) decisões “em escala industrial (alta produtividade, como se pode ver agora como mandamento constitucional: art. 5º, LXXVIII, e art. 93, II, c, acrescentados pela Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário)” (NUNES, BAHIA, p. 85, 2008).

Julgar casos por meio de *test claim* com base apenas em questões de direito incorre na sua coisificação⁸, pois contraria - o que fôra tratado anteriormente - a constitucionalização do direito civil e processual civil. Manter-se-ia a dicotomia positivista de outrora de objeto-sujeito e a “interpretação” puramente abstrata do direito. É justamente o que a hermenêutica ontológica compreensiva rebate - e persiste no intento da hermenêutica filosófica voltada ao caso concreto - para uma adequada, correta e fundamentada decisão em respeito à integridade constitucional. Explica-se: não se preocuparia com as peculiaridades fáticas de cada caso – como no sistema alemão – correndo o risco de criar “superdecisões” simuladas caracterizadas pela interpretação abstrata.

Em relação à questão de fato e de direito⁹, a reforma do Código de Defesa do Consumidor é indubitavelmente pertinente e mais adequada que o disposto no Projeto do novo CPC, conforme apresentado anteriormente (art. 81 do CDC).

⁷ Comparativo ao texto abordado por Nunes e Bahia em “*Por um novo paradigma processual*” em 2008, ao falarem da repercussão geral.

⁸ Assevera Streck (2010, p. 96): No plano da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, [...] isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Pode-se afirmar, desse modo, que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetificação) das relações jurídicas.

⁹ Essa divisão é importante, tanto é assim, que: “[...] Os professores dizem em sala de aula que não dá mais para cindir fato e Direito (ou questão de fato e questão de Direito). Muitos chegam a referir a notável tese de Castanheira Neves sobre o assunto [...] Mas, se isso é assim, por que as petições e sentenças falam em ‘dos fatos’ e, depois, ‘do direito’? Já notaram isso? Por que será? Não seria um problema de índole (a)paradigmática? Ou é somente um *habitus* (homenageio Bourdieu)?” (STRECK, 2013(a), p. 01).

No entanto, a Comissão Especial que analisou o projeto do novo CPC na Câmara de Deputados, após várias audiências públicas, alterou o respectivo texto do projeto incluindo, adequadamente, a possibilidade de análise quando houver conflito de questões também de *fato* (§ 9º¹⁰, do art. 988, anterior art. 930), proposta pelo deputado Hugo Leal Filho. Incluiu, ainda, a possibilidade de aplicação do incidente de demandas repetitivas quando houver o “risco de ofensa à isonomia” no *caput*. Porém, a inclusão pertinente do referido parágrafo destoa do *caput*, que dispõe sobre o incidente em havendo efetiva repetição de processos “que tenham controvérsia sobre a mesma questão *unicamente* de direito”.

O pedido de instauração do incidente será suscitado perante o Tribunal de Justiça (TJ) ou Tribunal Regional Federal (TJRF) (§1º art. 988) pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado e pelas associações civis (inc. II, §3º art. 988) bem como pelo relator ou órgão colegiado de ofício (inc. I, §3º art. 988).

Ainda em relação ao anteprojeto do novo Código de Processo Civil, Lobo, em artigo, critica o incidente de demandas repetitivas apresentando alguns questionamentos como o desrespeito aos princípios da imparcialidade e do contraditório – quando da instauração do procedimento de incidente de ofício pelo relator ou colegiado -, os quais não estariam sendo respeitados no momento do pedido incidente; de fato, o direito alemão nesses termos sobressai-se em relação ao direito brasileiro quando, conforme mencionado anteriormente, permite apenas aos autores ou aos réus requerer o incidente, assim como o Projeto de Lei nº 5.139/2009 que respeita amplamente o contraditório como nos termos do §1º do art. 10.

Porém, nessa seara, Wambier (2013, p. 2) destaca que no novo CPC há preocupação e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa ao comentar os arts. 9º¹¹ e 10º¹² do projeto:

Por essa regra proposta no Projeto do NCPC, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Isso é uma boa novidade, porque até pouco tempo atrás se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa à matéria de ordem pública.

¹⁰ “O incidente pode ser instaurado quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato”.

¹¹ De acordo com esse dispositivo, *Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida*. É a garantia da audiência prévia, diante de qualquer movimento capaz de resultar em decisão que contrarie os interesses da parte (WAMBIER, 2013, p. 2).

¹² O art. 10, de sua vez, inova, assimilando aquilo que parte da doutrina e setores da jurisprudência preconizam já há algum tempo. Prevê essa regra que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate (WAMBIER, 2013, p. 2).

No incidente de demandas repetitivas as partes serão ouvidas (MP, Defensoria, e outros interessados, etc.) preservando-se o contraditório, a ampla defesa e a oralidade processual como previsto no §º1, inc. I e II, §4º do art. 990. A possibilidade de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (parágrafo único, art. 992), assim como, no momento do julgamento do incidente, o MP e as partes interessadas terão o prazo de trinta (30) minutos para manifestação oral (§1º e §2º, art. 994).

Na versão anterior (art. 895 e 930), o incidente deveria ser dirigido ao Presidente do Tribunal, porém, sem especificar expressamente para qual tribunal. Segundo Dantas (2010), o Presidente do Tribunal a que se referia o artigo seria do tribunal local (TJ ou TRF), e se houvesse matéria constitucional ou infraconstitucional em jogo, seria do Supremo e o STJ, afirmando que “esse incidente será uma espécie de preparação para o julgamento do RE ou do REsp.”. Isso quer dizer que a Repercussão Geral, criada nos Recursos Especial e Extraordinário, não foi suficiente para inibir o acúmulo de processos no Superior Tribunal Federal, devendo o incidente de demandas repetitivas servir como limitador à última instância por meio de resolução de um caso “piloto” na primeira instância. A interpretação de Dantas deixou de ser apenas interpretação ou intenção, constando expressamente que o incidente deverá ser suscitado perante o Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal (§1º, art. 988, versão aprovada pela Câmara dos Deputados).

Nesse sentido, percebe-se que a intenção do legislador e do próprio Poder Judiciário é tornar o Supremo Tribunal Federal órgão exclusivo de julgamentos ímpares, deixando a cargo dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais a incumbência de última instância recursal e, além disso, retirar a sobrecarga do Supremo e transferi-la aos Tribunais Estaduais e Regionais.

Na sequência da análise do incidente, após envio do pedido ao tribunal, o colegiado competente reunir-se-á para julgar a admissibilidade do incidente quando presente os seguintes pressupostos: 1) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; 2) houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; ou, 3) quando houver decisões conflitantes sobre mesma questão de fato. Em caso de ausência de algum dos pressupostos, haverá inadmissão do incidente, o que não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado nos termos do §7º do art. 988. Na ausência de algum dos pressupostos o incidente

não será admitido, podendo, porém, ser novamente suscitado quando comprovado a existência do pressuposto que à época não existia (§7º, art. 988).

Caso instaurado o incidente por algumas das partes legitimadas no §3º do art. 988 (I - pelo relator ou órgão colegiado de ofício; II - pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil, por petição), a desistência ou abandono pelas partes não impedirá o exame do mérito do incidente (§5º, art. 988). Nesse caso, o Ministério Público substituirá a parte desistente (§6º, art. 988).

Presentes os pressupostos, em caso de admissão do incidente, o relator do tribunal competente determinará, na própria sessão que julgará o incidente, a suspensão dos processos pendentes, *individuais ou coletivos*, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso (art. 990)¹³, ou seja, se um processo individual, interposto em uma cidade do Estado do Paraná, tiver idêntica questão de direito com outros processos individuais, causando grave insegurança jurídica - se identificada a controvérsia - determinar-se-á a suspensão de todos os processos pendentes em homogeneidade de direito, reforçado ainda, pelo inc. IV do art. 314, Título II da versão final do novo CPC. Tendo como base o texto do anteprojeto do novo CPC, Almeida e Gomes Júnior (2011, p. 224) fizeram questionamentos importantes, apontando as lacunas existentes na proposta, afirmando:

O incidente de resolução de demandas repetitivas também tem força para suspender ou impedir a propositura de ações coletivas? Em caso positivo, haveria benefícios para a sociedade? Em caso negativo, não seria possível ponto de conflito entre a decisão do incidente e a proferida na ação coletiva sobre as questões repetitivas?

Tal questionamento, conforme observado, quando da aprovação do projeto reformulado pela Câmara de Deputados, mesmo incluindo expressamente a suspensão dos processos individuais ou coletivos, permanece pendente de dúvida, o uso em “processos individuais *ou* coletivos” da conjunção “*ou*”. Portanto, acredita-se ser mais adequado a inclusão da conjunção “*e*” ou invés de “*ou*”, visto que esta pode significar exclusão mas também adição.

Em análise comparativa entre projeto aprovado pela Câmara do Senado e o projeto aprovado pela Câmara de Deputados, há uma diferença nos efeitos relativos à decisão do incidente. No projeto inicial, aprovado pelo Senado, em nenhum momento, a legislação referia-se aos processos – de idêntica questão de direito - que seriam interpostos após admitir

¹³ No projeto apresentado pelo Senado não mencionava a suspensão de processos individuais e coletivos, apenas consta no art. 934 que em primeiro e segundo graus de jurisdição art. 934 NCPC).

o incidente. Para tanto, questionava-se nesses processos, de que forma o juiz deveria proceder? O mesmo questionamento foi feito por Almeida e Gomes Júnior (2011, p. 225): “[...] há dúvida ainda sobre o efeito da decisão do incidente. Seria somente efeito vinculante que poderá ser alterado? Ou, ao contrário, haverá coisa julgada material coletiva produzida em um incidente?”. Ainda, uma vez decidida a questão comum de direito pelo órgão do Tribunal, o teor do acórdão será vinculante para os demais juízes e órgãos fracionários do Tribunal? Tratar-se de verdadeiro efeito vinculante e não de extensão da coisa julgada como no KapMuG. A reforçar essa ideia vêm o art. 938¹⁴ referir que a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e o art. 941¹⁵, *caput*, ao possibilitar reclamação caso não adotada a “tese”. Com isso, surgiria, no direito brasileiro, problema há muito enfrentado na *Common Law*, e até hoje não resolvido, de saber o que é vinculante em um precedente (ROSSONI, 2011, p. 29).

No que tange ao art. 938 – em substituição ao projeto do Novo CPC apresentado pelo IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) - a redação passaria a prever expressamente o efeito vinculante ao julgamento da tese jurídica definida no procedimento de incidente de demandas repetitivas, suprindo eventuais e futuras dúvidas sobre os efeitos. Além disso, incluiu-se, no projeto substituto, em complemento ao art. 938:

Art. 938-A: A tese jurídica será aplicada também aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal até que o Tribunal revise-a. *Parágrafo único*. O Tribunal, de ofício, e os legitimados para exercer o controle concentrado de constitucionalidade poderão pleitear ao Tribunal a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 882, § 2º.

A inclusão do art. 938-A prevê a aplicação da tese a processos futuros e destina-se processos com idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional – parágrafo este incluído na revisão ao anteprojeto do Novo CPC. Outro ponto interessante no art. 938-A é a tentativa de resolver a dúvida em relação à competência para apreciação do incidente, principalmente a previsão expressa de observância ao art.882, § 2º. A sugestão do IBPC em relação ao texto contido no art. 938-A foi aceita pela Comissão Especial da Câmara de Deputados e passou a prever:

¹⁴ 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.

¹⁵ Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

§ 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.

Portanto, reformulou-se o projeto aprovado pelo Senado acrescentando-se o §1º ao art. 995, conforme proposta apresentada pelo IBPC, após aprovação pela Comissão Especial da Câmara de Deputados.

No que tange aos efeitos que produzirá o incidente de demandas repetitivas, evidente a semelhança com os arts. 285-A (repercussão geral), 543-B e 543-C (recursos extraordinário e especial repetitivos) do Código de Processo Civil em vigor, anteriormente mencionados. Em comentários a esses artigos, Medina explica que o efeito produzido será expansivo e não vinculante, e este dependerá de emissão de súmula vinculante por parte do Tribunal. Porém, em relação ao §2º do art. 543-B, em caso de sobrestamento dos demais processos, negada a repercussão geral, “vê-se que a decisão do STF tem caráter absolutamente vinculante quanto à inadmissibilidade do recurso em razão da ausência de repercussão geral” (MEDINA, 2012, p. 670). Tanto é assim que o projeto aprovado pela Câmara de Deputados incluiu expressamente que se aplicará o disposto no art. 989, que trata da ampla divulgação, ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Questionou-se se o incidente de demandas repetitivas seria a solução para unificar as sentenças individuais, por intermédio da sentença à *test claim*, preservando o princípio da razoável duração do processo. Responde-se ao questionamento: sim, poderia ser uma forma de resolver os litígios individuais de forma coletiva. Porém, conforme afirmado no art. 938-A e mantido no art. 995 do NCPC (última versão), haverá efeito *erga omnes* e vinculativo a todos os processos que versem idêntica questão de direito que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Portanto, percebe-se o mesmo infortúnio tratado por Rodrigues aos direitos individuais homogêneos.

Ademais, há de se convir que caracterizar efeito vinculante às decisões, inclusive com efeito futuro, é um risco hermenêutico filosófico, pois permitiria fatalmente a criação de regras pelo Poder Judiciário, o que, como exposto, é inconcebível à hermenêutica filosófica ontológica compreensiva, avessa à tese neopositivista-solipsista e discricionária.

À aplicação da súmula, Streck (2008) explica, em entrevista concedida ao Jornal Carta Forense:

[...] as súmulas não são um problema ou um ‘mal em si’. Podem ser importantes para colocar o ‘selo jurídico’ em conquistas hermenêuticas. Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito. Portanto, o problema não está no fato de o sistema jurídico ter ou não mecanismos vinculatórios. Esta é a contradição secundária do problema. [...] Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *common law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da ‘questão de fato’ (v.g., por todos, Neil McCormick). Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma ‘exigência hermenêutica’ que se traduz na frase de Gadamer: só podemos ‘compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido’”. O autor, ainda explica que: “texto e norma não são ‘colados’, nem cindidos. A questão de direito, que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos), será sempre uma questão de fato e vice-versa. Por isso - e nisso reside o equívoco de setores da doutrina - é impossível transformar uma súmula em um ‘texto universalizante’. Insisto: isso seria voltar à filosofia clássica-essencialista. É preciso entender que a ‘aplicação’ de uma súmula não pode ser feita a partir de um procedimento dedutivo. Que as súmulas são textos, não há dúvida. Só que ‘esse texto’ não é uma proposição assertórica. Portanto, não pode ser aplicada de forma irrestrita e por ‘mera subsunção’ ou por ‘dedução’. No paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução” (informação verbal).

Portanto, percebe-se a preocupação, com o advento do projeto do NCPC a respeito das súmulas em tentativa aproximar à aplicabilidade dos precedentes da *common law*. Porém, ensina Streck (2011 (a), p. 395):

[...] esquece-se de que súmula não é ‘precedente’. Isso porque um precedente é um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou tribunal. Por ser *caso*, tem nome, sobrenome e individualidade. Efetivamente, as súmulas, sejam ‘comuns’ ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes *stricto sensu*, por várias razões. Talvez a principal delas seja o fato de o texto ser diferente da norma. Na verdade, não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma.

Nesse sentido, a súmula, no sistema brasileiro, não é o problema em si mesmo, mas sim, sua forma de aplicabilidade, problema observado no contexto do incidente de demandas repetitivas, em face de uma decisão servir para todos os outros processos atuais e futuros. Cria-se uma regra sobre um direito com peculiaridades fáticas que são obscurecidas pela cristalização da tese que deve ser respeitada sem a devida preocupação com esses fatos e, principalmente, sem a devida preocupação com os fundamentos expostos no momento da

decisão¹⁶. Como afirmado por Streck, isso não ocorre no procedimento de precedentes da *common law* que teóricos brasileiros tanto querem copiar¹⁷.

Assim, *mutatis, mutandis, é terrae brasilis*. O pan-principiologismo e a falta de uma teoria da decisão, aliados ao incentivo de ativismos dos mais variados, forjou um sistema jurídico absolutamente fragmentário, em que os processos se multiplicam aos milhares (ou milhões). *Veja-se que, 'darwinianamente', o próprio 'sistema' fez uma 'correção de rumo' (ou seria uma adaptação?), criando as súmulas vinculantes e a repercussão geral. E parece que isso não serviu para diminuir as demandas. Ao contrário: do que se pode perceber, vivemos a era das 'efetividades quantitativas'. Estatísticas! Números! Vivemos preocupados com o rápido despacho de processos, mesmo que milhares deles sejam embargos declaratórios provocados pela imprensa, para dizer o mínimo. Trata-se de um círculo vicioso, pois. A questão é: não estaria na hora de nos preocuparmos com efetividades qualitativas? [...] Desde já lanço a pergunta: como é possível que um Código de Processo Civil (também o de processo penal) admita que um juiz ou tribunal, agentes políticos do Estado, produzam decisões (sentenças e acórdãos) *omissas, obscuras ou contraditórias*? Ora, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e um direito igualmente fundamental do utente, de que modo se pode admitir que sejam lançadas/promulgadas sentenças com esses vícios? Só para registrar: a Corte Europeia dos Direitos Humanos declarou, de há muito, que a fundamentação, antes de um dever dos juízes e tribunais, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação frágil gera nulidade. Pois é. Lá não tem embargos (STRECK, 2012, p. 1) (sem grifo no original).*

Considerando com as objeções de Streck, há a preocupação “deturpada” com o princípio da razoável duração do processo e a tratativa do cidadão provocador da tutela jurisdicional como mero consumidor de serviços, denota a “reprodução decisional” inadequada à concretização dos fundamentos e garantias constitucionais. Essa preocupação com a razoável duração do processo fora demonstrada, inclusive, expressamente no art. 996 do projeto aprovado pela Câmara de Deputados ao prever o prazo de um ano para ser julgado o incidente. Nesse sentido, alerta Nunes (2008, p. 118):

Tal perspectiva processual, aqui denominada “neoliberal”, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com a nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de mero espectador privado (consumidor) da “prestação

¹⁶ Em artigo publicado na Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, Raatz (2012, p. 1) afirma: É paradoxal que a *doutrina dos precedentes à brasileira* vise, justamente, a combater os reflexos do subjetivismo do qual ela mesma é caudatária. Mais paradoxal ainda é pretender fazê-lo com boas doses de objetivismo relativamente à interpretação de tais precedentes. Por um lado, o sistema de precedentes obrigatórios não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras: basta que a decisão tenha sido tomada pelo Superior Tribunal de Justiça em respeito a algum procedimento capaz de conferir-lhe tal força, como, por exemplo, aquele previsto no artigo 543-C, do CPC.

¹⁷ Segundo Streck (2011 (b), p. 390): [...] as súmulas (brasileiras) [...] do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica – encarnam uma instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, através delas, *acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas* (enfim, sem as multiplicidades e as peculiaridades dos casos concretos).

jurisdicional”, como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. Essa perspectiva reduz o papel do cidadão a de mero consumidor de produtos do Estado-privado-jurisdição, e a interpretação dos princípios processuais constitucionais (que deveriam fornecer correção normativa ao sistema de aplicação de tutela, dentro de um espaço público) passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos.

Obter-se-á, portanto, a reprodução decisional e não a criação de decisões corretas, adequadas e íntegras ao Estado Democrático de Direito, fato tão rebatido por Dworkin. Em comentário sobre a “reprodução” de sentenças repetitivas, Nunes (2008, p. 124) discorre que, “[...] para a aplicação minimamente adequada (se for possível) do novo preceito legal, o juiz deveria, na sentença repetida, realizar uma demonstração analítica dos elementos identificadores entre os casos [...]”.

Outra ideia defendida pelo autor no caso de repercussão geral, e que condiz perfeitamente com o incidente de demandas repetitivas, seria a de que o Tribunal de origem as principais razões expostas pelas partes (um resumo dos pontos essenciais/argumentos centrais) para, então, enviá-las ao TJ ou TRF da respectiva região (NUNES, BAHIA, p. 83, 2008). Detalhe que poderia ser enquadrado no contexto do § 2º do art. 989 (projeto alterado pela Câmara de Deputados) que prevê que, “para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, *no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados*”.

Dessa forma, há que se ter em mente que a razoável duração do processo não significa que se deve desconsiderar a qualidade, ou seja, adequabilidade da decisão, tampouco continuar com interpretação dicotômica positivista-objetivista de outrora sem a real utilização de uma hermenêutica ontológica compreensiva voltada à normatização do caso concreto. O processo justo não é necessariamente o processo célere a qualquer custo, o processo não pode ser apenas quantitativo, mas, mais ainda, deve ser qualitativo.

[...] o que diz a doutrina sobre o projeto do novo CPC que, sob o pretexto de commonlizar o processo, institucionaliza, de vez, o julgamento sem base concreta, passando o Judiciário a julgar teses ao invés de casos (o que, inclusive,

*ferre toda a tradição da common law)?*¹⁸ (STRECK, 2013(b), p.1) (sem grifo no original).

Fere a tradição da *common law*, pois, esta não desconsidera os fatos e fundamentos utilizados na criação do precedente, diferentemente do que ocorre no Brasil. Infelizmente, no processo civil, as súmulas viram regras, ou seja, há uma dissociação dos fatos e dos fundamentos inerentes àquela súmula proferida em relação àquele caso concreto, incorrendo na subsunção reprodutiva positivista de outrora. Streck (2008) explica a diferença entre o *stare decisis* e as súmulas:

[...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; *as súmulas, ao contrário são enunciados 'gerais e abstratos'* - características presentes na lei - que são editados visando à 'solução de casos futuros'.

No que tange à correlação entre o *stare decisis* e a súmula vinculante, o prof. Medina (2013, p. 2) também coaduna com a tentativa errônea de relacionar um à outra nesse sentido afirma:

A doutrina do *stare decisis* (ou, em sua fórmula mais extensa, '*stare decisis et non quieta movere*') por outro lado, tem por pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra. [...] o Estado não respeita as decisões do Poder Judiciário, e nem os próprios órgãos do Poder Judiciário respeitam as decisões que proferem. De fato, parece não haver, entre nós, preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de *orientação*, e não de 'uma decisão judicial' qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do País (ou *stare decisis* vertical e horizontal). À época, tratando da súmula vinculante, afirmei que, com essa figura, havia a preocupação de impor um dado entendimento '*sem se ocupar de convencer*'. *A criação de mecanismos tendentes a forçar a observância de entendimentos sumulados, se não respaldada em uma prática jurisprudencial consistente, tende a fracassar.* (sem grifo no original).

Portanto, há esse liame jurisdicional que se dará no incidente de resolução de demandas repetitivas - o que já acontece com os arts. 285-A, 543 B e C do CPC - com as súmulas, por meio do enrijecimento decisional e sua reprodução subsuntiva alheia aos fundamentos, permitindo a propagação das já fadadas decisões imotivadas e mal

¹⁸ O prof. Lênio L. Streck, no XXII Encontro Nacional – CONPEDI, realizado em Curitiba, foi perguntado sobre o incidente de demandas repetitivas elencadas no projeto do NCPC. Ele atenciosamente respondeu-me que a ideia em si não é o problema, assim como as súmulas (informação verbal). Afirmou o mesmo em relação ao que já escrevera sobre as súmulas em seu livro *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: “o problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão de casos concretos” (2011 (a), p. 390), ou seja, as súmulas virariam regras dissociadas dos fatos e fundamentos que as criaram, incorrendo no discricionarismo positivista (informação verbal).

fundamentadas num “sistema” de “copia e cola”. Sem as alterações propostas pelo NCPC, alguns juízes já criam entraves ao processo judicial e à hermenêutica filosófica compreensiva embasada no Estado Democrático Constitucional, ao deixar de motivar adequadamente a decisão proferida. Sobre isso, Streck recorda, diversas vezes, em seus escritos, ao criticar os Embargos Declaratórios, recurso inconcebível à hermenêutica filosófica, pois, é dever do juiz motivar e fundamentar de forma eficaz, trata-se de um direito fundamental constitucional¹⁹.

Essa “interpretação” – não hermenêutica – abstrata “espécie de neoconceptualismo que pode ser visto na proliferação de enunciados jurisprudenciais (e até doutrinários) e súmulas (vinculantes ou não). E todos querem incidentes de demandas repetitivas” (STRECK, 2013 (a), p. 01).

Sobre a preocupação exacerbada pelo tempo de processamento e redução dos litígios com uma única decisão, Nunes (2008, p. 125) observa:

É nítido o fato de que o legislador realiza a reforma buscando a redução do tempo processual, com menos atos processuais e a diminuição do trabalho do magistrado, especialmente em *casos idênticos* (identidade genérica, e não de especificidades), recorrentemente proposto perante o Poder Judiciário, envolvendo unicamente matéria jurídica. No entanto, se o juiz, ao repetir a sentença já proferida, sem contraditório, e analisando o mérito, declarar a improcedência sem realizar uma demonstração analítica da identidade, será possível e fácil para um advogado hábil demonstrar o descumprimento do devido processo legal, contraditório e ampla defesa caso não tenha acesso aos autos dos processos originários, dos quais provêm as sentenças anteriores, e elabore razões do recurso de apelação, no qual apontará o aludido descumprimento. Ou, caso possua acesso aos autos, poderá demonstrar que existem diversidades das ações, e, assim, será possível obter o provimento (acatamento) de seu recurso no Tribunal, com reenvio para o primeiro grau. Mesmo que o juiz, nesse caso, após a intimação do réu e a contestação, renove mais uma vez a sentença, será aberta nova oportunidade recursal (ou seja, duas apelações no mesmo procedimento), com aumento considerável do tempo processual (grifo no original).

Em comentário ao art. 938 (anteprojeto), questionara Lobo (2010, p. 239): “Caberá recurso contra a decisão? Agravo interno?”. De acordo com o parágrafo único²⁰ do art. 938

¹⁹ Segundo Nunes: “Percebe-se em nosso país que a degeneração da busca desenfreada de rapidez procedimental fora fruto do próprio modelo estatal imposto a partir da década de noventa. Essa tendência gerou um discurso processual peculiar, no qual a aludida rapidez permitiu a defesa sub-repitição de supressão de direitos fundamentais, mediante sua leitura formal, além da criação de um ideal de julgamento de ações em larga escala, massificante, eficientes, de modo a atender às tendências do mercado e à defesa da propriedade [...]” (2008, p. 110-111).

²⁰ Art. 938. *Parágrafo único*. “Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional” (sem grifo no original).

(projeto do Senado), caberá recurso ordinário ao STJ e recurso extraordinário ao STF da decisão proferida, assim mantido com a aprovação na Câmara de Deputados, dispostos no §4º do art. 995. As partes elencadas nos incisos I e II do §3º, art. 988 poderão interpor recurso ordinário e extraordinário, inclusive, a figura do *amicus curiae* (§3º do art. 138) incluído no Título IV – das partes e procuradores na versão final aprovada pela Câmara de Deputados.

Porém, em meio às discussões, houve uma inclusão acertada pela Comissão Especial, na Câmara dos Deputados, que pode mitigar o efeito “universalizante” da tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas: a possibilidade do interessado, ou seja, pessoa com processo de mesmo conflito de direito ou de fato, requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 9º (concorde ao §4º do art. 990 também do projeto da Câmara de Deputados). O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento. De acordo com o art. 521, § 9º, aprovado no dia 16/07/2013:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: [...]
§ 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Tal utilização é similar do critério *opt out* da *common law* que “consiste em permitir que cada indivíduo membro da classe, requeira em juízo sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada” (GRINOVER, 2010, p. 239); caso terceiro interessado não requeira sua exclusão, sofrerá os efeitos da coisa julgada independente se positivos ou negativos. Assim, os efeitos do incidente não afetarão o terceiro que tiver seu requerimento atendido pelo tribunal. Esse critério é reforçado quando observado o exposto no §2º do art. 989: “*para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente*, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (sem grifo no original). Porém, de acordo com Grinover (2010, p. 239), esse critério, mesmo que utilizado em alguns países da *civil law* como Holanda e Portugal, é criticado em vários países “porque, afinal das contas, a coisa julgada atingirá (podendo prejudicá-los) pessoas que não participaram da demanda”, reafirmando o que Lobo já criticara

sobre a desobediência ao princípio do contraditório. Há, portanto, uma tentativa de estabelecer os efeitos previstos no sistema da *common law* (americano) correspondente à *Class Action* da *Rule 23(b)(3)*:

Nessa modalidade de *class action*, os membros do grupo têm direito à notificação (*notice*) e à oportunidade de auto-exclusão (*opt out*) da ação coletiva. A coisa julgada, seja negativo ou positivo o resultado da ação, será *erga omnes*, mas ela não ficam sujeitos os membros do grupo que tiverem exercido o direito de auto-exclusão da demanda (*opt out*) (WATANABE, 2010, p. 305).

Ainda, de acordo com Watanabe (2010, p. 306):

Nos países que admitem o direito ao *opt out*, a sentença coletiva não será vinculante aos membros do grupo que tiverem exercido o direito de exclusão, tendo eficácia vinculante somente em relação aos membros remanescentes.

Descaracterizar-se-ia, assim, o efeito *secundum eventum litis*, utilizado no sistema brasileiro, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada desfavorável não impedia as ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo (GRINOVER, 2010, p. 241).

O julgamento do incidente caberá ao órgão ou tribunal que o regimento interno indicar, nos termos do art. 991 (versão final do novo CPC), após ouvidas as partes e demais interessados pelo relator, e concluídas as diligências (art. 993).

Na versão aprovada pelo Senado, havia certa confusão na leitura do art. 933, *caput*, ao afirmar que a admissibilidade e o julgamento caberiam ao plenário, contradizendo o art. 934, *caput*, que dispunha que é o presidente do tribunal quem determinará a suspensão dos processos pendentes; assim, o plenário julgará e o presidente, em decisão monocrática, suspenderá (LOBO, 2010, p. 239). Confusão sanada com a nova redação dada pela Comissão Especial da Câmara de Deputados ao especificar que o incidente deverá ser *dirigido* ao presidente do tribunal competente (§3º, art. 988), sendo os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região suspensos pelo relator (inc. I, §1º, art. 990), cabendo ao órgão do tribunal que o regimento interno indicar o julgamento do incidente (art. 991). Ainda o art. 990 especifica alguns requisitos para o órgão que julgará o incidente:

§ 1º O órgão indicado deve possuir competência para uniformização de jurisprudência dentre suas atribuições.

§ 2º Sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente.

§ 3º A competência será do plenário ou do órgão especial do tribunal quando ocorrer a hipótese do art. 960 no julgamento do incidente.

Admitido o incidente o relator ouvirá as partes e demais interessados (inclui-se aqui a figura do *amicus curiae*) que deverão apresentar, ou requerer no prazo comum de 15 dias a juntada de documentos (art. 992). Haverá necessidade de juntar documentos e de diligências se a tese for “eminente de direito”? (LOBO, 2010, p. 240). Portanto, se determinado sujeito de direito contiver documentos - não existentes no caso “piloto”, que reforcem a tese tanto do autor como do réu, auxiliando o futuro julgamento do processo -, deverá apresentá-los.

Isso reporta ao problema da escolha do caso “piloto”. Um dos mais graves é justamente o critério para a escolha do *processo-piloto*. Ao contrário das ações coletivas, em que a legitimidade para defender determinada coletividade decorre de previsão legal (com presunção de capacidade para atuar) não há como verificar se o processo escolhido para representar a controvérsia é realmente o melhor, o que as teses têm corretamente desenvolvido. Ao contrário do sistema norte-americano, - em que há toda uma fase de *certificação* do autor que atua em favor da *classe* - na forma proposta não há mecanismos de controle no sentido de que o processo-piloto seja o que melhor representa o direito em discussão (ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2011, p. 222).

Faz-se, também, um comparativo da escolha do caso “piloto” ao procedimento alemão, também adepto do registro. Nesse sentido, escreve Cabral (2007, p. 134):

Interessante notar que a admissibilidade do Procedimento-Modelo é analisada e decidida pelo juízo de origem. [...] Para tanto, exige a lei que o juízo de origem seja aquele em tenha sido formulado, cronologicamente, o primeiro requerimento de tratativa coletiva. Determina ainda, como requisito para o início do procedimento coletivo, que, no período de 4 meses após a publicação no registro, tenham sido requeridos, neste ou em outros juízos, pelo menos outros 9 procedimentos-padrão paralelos, vale dizer, deve haver, no prazo fixado, 10 requerimentos do incidente-padrão que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes). Se não for observado o número mínimo de requerimentos no prazo legal, deve o juízo rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual.

Intui-se que, na tentativa de resolver esta situação, o legislador tenha incluído os arts. 935 e 936 (art. 992 da Câmara de Deputados) para manifestação das partes – autor, réu,

Ministério Público, Defensoria Pública e demais interessados (sujeitos de direito) – para não correr o risco de julgar um caso “piloto” incompleto de informações e pareceres, em que o escolhido é o adequado e que realmente causará grave insegurança jurídica. Porém, da mesma forma, não soluciona por completo o problema do caso “piloto”.

Em relação à publicação, quando da instauração do incidente, ela será sucedida da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 931, *caput*, art. 989 na última versão da Câmara de Deputados). Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. O projeto aprovado pela Câmara de Deputados incluiu, ainda, o requisito de que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela decisão do incidente (§2º, art. 989).

A expressão “mais ampla e específica” divulgação e publicidade indica que esta seria por meio de mais de um veículo de comunicação, mas, ao final, restringe-se à inserção no *site* do CNJ. Haverá obrigatoriedade de veicular as informações em outros meios de comunicação, tais como televisão, rádio, jornal impresso de grande circulação? (LOBO, 2010, p. 237).

O novo Código de Processo Civil seria o instrumento legal formalmente competente para conferir ao CNJ atribuição/competência funcional para cadastrar/registrar processos? Ou seria necessário alterar a lei infraconstitucional, ou até mesmo a Constituição Federal, que criou o CNJ e previu sua competência? Além disso, não prevê prazo quando menciona a expressão vaga “imediatamente”. Deveria, portanto, haver um prazo, e publicado – instauração e julgamento²¹ - com os respectivos documentos anexos que lhe serviram de fundamento (LOBO, 2010, p. 237).

No que tange à publicação e informação do incidente, o substituto ao Projeto do Novo CPC, apresentado pelo IBPC, incluiu um artigo importante acrescentando o Capítulo VIII-A – Do Incidente de Concentração de Demandas:

Art. 941-A. Sem prejuízo do disposto no Capítulo anterior, deparando-se com diversas ações individuais com o mesmo pedido ou causa de pedir, ou o mesmo

²¹ Em relação ao julgamento do incidente o art. 939 indica o prazo máximo de 6 (seis) meses, porém não menciona a partir de quando será contado este prazo.

fundamento jurídico, o juiz notificará o Ministério Público e a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados à ação coletiva para, querendo, ajuizá-la.²²

Felizmente a sugestão não fora aceita visto que a leitura da parte final do artigo “*na medida do possível, outros legitimados à ação coletiva para, querendo, ajuizá-la*” denota desrespeito à isonomia processual, pois não haveria meios para notificar tantas partes.

Após análise e admissão do incidente, as partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para reconhecimento de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Também é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa (art. 937, mantido no art. 997 da última versão do NCPC).

Observa-se um erro grave nesse artigo, já que o STF somente poderá suspender os processos se a matéria envolver ofensa à Constituição e o STJ somente quando houver ofensa à lei infraconstitucional. Segundo Almeida e Gomes Júnior (2011, p. 222): “poderá ser deferida pela legislação ordinária competência não prevista na Constituição Federal?”.

Ainda sobre recursos, o legislador incluiu nas alterações ao projeto do NCPC o Capítulo VIII, art. 942 (art. 1.001 da versão final da Câmara de Deputados), que trata da Reclamação interposta pela parte interessada ou pelo Ministério Público, com intuito de garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso IV). A Reclamação dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível (parágrafo único art. 942 do NCPC, mantido no §2º do art. 1.001). Qualquer parte poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 944 do NCPC, mantido no art. 1.003), devendo o Ministério Público ter vistas ao processo, pelo prazo de cinco dias, caso não tenha sido ele a parte reclamante (art. 945 do NCPC, mantido no art. 1.004).

Percebe-se a inclusão da figura do recurso de reclamação - já existente no ordenamento jurídico constitucional em seus arts. 102, inciso I, alínea “i”, e 105, inciso I, alínea “f” da Constituição Federal de 1988 - no projeto do NCPC, para que se cumpra o respeito às teses dos Tribunais Superiores. Ainda nesse sentido, expresso no Capítulo XV –

²² Substitutivo apresentado pelos diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Op.cit.

Do Precedente Judicial, integrante do Livro I –, os arts. 520 a 522, em respeito à uniformização e estabilidade da jurisprudência, podendo ser modificado entendimento sedimentado (§3º, art. 995) do incidente de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos por meio incidental, no julgamento de recurso ou na causa de competência originária do tribunal (inc. III, §1º, art. 521 – versão final do novo CPC). Tem competência para rediscutir a tese preferencialmente o órgão que firmou o entendimento e julgou a tese (§4º, art. 521). Em relação aos efeitos dessa reformulação de tese, o legislador adiantou-se em prever que os efeitos, caso reformulada a tese, serão limitados a sua retroatividade ou lhe serão prospectivos (§6º, art. 521).

Novamente observa-se o caráter vinculativo da decisão da tese do incidente pelo órgão do Tribunal; inclusive, prevê expressamente no inc. III do art. 333 do novo CPC – versão final da Câmara de Deputados – a improcedência liminar do pedido da ação inicial que contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como o inc. IV, “c”, do art. 945 - Livro III, Título I, Capítulo I Da Ordem Dos Processos Dos Tribunais – incumbindo ao relator negar provimento a recurso contrário ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas. Ainda, obterão caráter vinculativo, em todo o território nacional, todas as ações individuais ou coletivas que versem sobre idêntica questão de direito. Em havendo recurso, o STF ou o STJ apreciará a matéria, em seu mérito (§5º, art. 995) bem como ao se tratar de homogeneidade de fatos (§9º, art. 988), a solução da questão fática será aplicada a todos os processos em que essa questão seja relevante para a resolução da causa (§6º, art. 996).

Portanto, ainda há muitas dúvidas a serem respondidas sobre o novo incidente de demandas repetitivas inserido no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Concorda-se com a assertiva de Streck de que se trata de uma tentativa “boa”²³ de resolução de conflitos massificados, voltados para os direitos homogêneos individuais não previstos no ordenamento jurídico, porém, há uma tentativa de “colonização” do direito e importação de procedimentos “extraterrestres” para o direito brasileiro. Tentar introduzir procedimentos incompatíveis com a tradição jurídica, sem procurar realizar alterações no que realmente necessita, é extremamente arriscado, ou seja, não adianta criar um procedimento legislativamente sem se preocupar com sua adequada aplicabilidade. Provou-se isso ao apresentar, nos contratos bancários, a decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Dourados (MS), que se utilizou do art. 285-A do CPC, julgando liminarmente a

²³ (informação verbal).

improcedência dos pedidos do autor em ação revisional de contrato bancário, impetrada contra o Banco do Brasil S/A, que previa cobrança de juros de 12% ao ano, capitalização mensal de juros e comissão de permanência. A referida sentença, anulada pelo TJMS e confirmada em sede de recurso pelo STJ, afirma que o juiz de primeira instância erroneamente aplicou o artigo 285-A à revisão de contrato bancário, incompatível ao intuito procedimental, primeiro por contrariar jurisprudência dominante do tribunal, “segundo porque o caso não trata apenas de matéria de direito, mas de questão de fato que é a interpretação de cláusulas contratuais para verificar se há alguma ilegalidade ou abusividade”²⁴ (REsp 1109398/MS).

Se houve despreparo do juiz e má interpretação do art. 285-A, pergunta-se: O que acontecerá quando da interpretação dos artigos do incidente de demandas repetitivas, que já causam dúvidas, conforme apresentando anteriormente? Por que aprovar os artigos sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no NCPC se, em comparação com Projeto de Lei nº 5.139/2009, este é melhor retratado e completo? Mesmo com os acréscimos oportunos feitos pela Comissão Especial da Câmara de Deputados preocupante é a sua aplicabilidade.

Outros fatores são importantes para a *adequada aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas*, como as partes envolvidas e a estrutura procedimental. Dessa forma, não se deve apenas alterar a legislação, mas exigir que todos os envolvidos corroborem para um processo eficaz. Essa observação é feita por renomados doutrinadores - como Marcato em entrevista concedida à Ghirello (2011) - que defendem um “processo mais célere e adequado sem prejuízo de direito”:

[...] o processo tem um tempo de maturação e demora previsto legalmente com espaço para as alegações da defesa e o contato com as partes. Mas, a lentidão atual não é a do processo normal, mas a do período em que a ação fica parada. ‘A demora patológica é quando o processo fica paralisado sem nenhum ato nas prateleiras dos tribunais aguardando momento de julgamento. Isso aponta para deficiências na estrutura do Judiciário, que não são resolvidas com uma mudança na lei, mas com melhores condições para Justiça trabalhar’ (informação verbal).

Questiona-se: o incidente de resolução de demandas repetitivas é possível? Em sede de “*commonlizar*” o processo julgando teses (*test claim*) movidos pela preocupação com a celeridade processual (jurisdição meramente quantitativa), não se estaria contrariando preceitos constitucionais fundamentais? *Pode ser transferida ao Poder Judiciário toda a*

²⁴ Ver: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102430>.

esperança de solução de conflitos, mesmo sabendo que existem órgãos públicos administrativos criados especificamente para fiscalizar e solucionar conflitos da massa, como o próprio PROCON? Essa realidade é tão notória que, segundo o jornal Folha de São Paulo, de 19 de agosto de 2013, “as ações sobre direitos do consumidor entopem o STF”, que, de acordo com pesquisa realizada pela FGV, “desde que a reforma do Poder Judiciário entrou em vigor, em meados dos anos 2000, as ações dessa natureza protocoladas na corte aumentaram quase 300%” (FERRAZ, 2013). Porém, não se deve dar atenção apenas a números, para não incorreremos na análise meramente quantitativa do sistema processual brasileiro, mas, aos entraves dos meios existentes e “falíveis” que deveriam dar respaldo jurídico antes das partes acessarem o Poder Judiciário. Tal observação não pretende negar ao cidadão acesso à justiça, mas, lhe dar acesso à justiça sem necessariamente provocar o judiciário. Assim aferem Theodoro Jr.; Nunes e Bahia (2010, p. 25-27):

Fala-se muito na necessidade de garantia da igualdade, isto é, que se deve buscar o estabelecimento de uniformidade nas decisões porque, o fato de haver divergência sobre um mesmo ‘tema’ viola a garantia constitucional de tratamento isonômico. [...] Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade. Nesses termos a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.

Evidentemente, em termos de isonomia no acesso a justiça, o incidente de resolução de demandas repetitivas será de grande valia para mitigar as loterias das decisões do Poder Judiciário, inclusive pela previsão de preferência pelo julgamento do incidente em detrimento dos demais feitos (art. 996). Segundo Dantas “O incidente é uma boa alternativa ao processo coletivo, que ainda não funciona bem no Brasil, e prestigia os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia”²⁵. Também concorda com essa ideia Medina “Esse projeto tem como uma de suas mais importantes características a de estar alinhado com garantias constitucionais. O incidente de demandas repetitivas, *se bem aplicado*, realizará em plenitude o princípio da isonomia”²⁶.

²⁵ HAIDAR, 2013 (Informação verbal).

²⁶ *idem*.

Assim, novamente concorda-se com Streck. É necessário “*commonlizar*” o processo civil como também fundamentar adequadamente uma decisão inerente à hermenêutica ontológica compreensiva - em respeito ao Estado Democrático de Direito - do jurista? Ou seja, o incidente é “bom”, mas não seria necessário e, talvez, poderá não ser corretamente utilizado enquanto o vício hermenêutico persistir. Diga-se: interpretação positivista discricionária, solipsista quando “cada um decide conforme sua consciência”, sedimentam-se súmulas e utiliza-se delas para decidir “teses” e não casos. Como afirmou Medina, cumprirá o princípio da isonomia “*se bem aplicado*”. Portanto, se o estudo da hermenêutica ontológica compreensiva fosse cumprido, independeria constar expressamente no Código de Processo Civil, assim como se pretende fazer com a inclusão do art. 499 no novo CPC, ao constar os elementos essenciais da sentença²⁷, algo que, pelo “déficit” hermenêutico hodierno, até seria justificável.

Em outras palavras, o que se quer dizer é que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e todos os envolvidos, inclusive engajando-se e preparando-se tecnicamente para o exercício de seus respectivos múnus, não existirá possibilidade de alteração pragmática (NUNES; BAHIA, 2008, p. 86).

É descabido, portanto, prever expressamente algo que é essencial ao Estado Democrático de Direito: uma sentença adequada e íntegra, moldada à correta e concreta hermenêutica (ontológica compreensiva). Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto do novo Código de Processo Civil será oportuno, caso seja inserido num *sistema preparado* para aplicá-lo de forma a corresponder às expectativas. Diga-se, então, não às expectativas políticas e/ou quantitativas, mas sim à eficaz concessão da tutela jurisdicional adequada e íntegra ao cidadão brasileiro, detentor de direitos e garantias fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil.

CONCLUSÃO

²⁷ Em artigo publicado em 19 de agosto de 2013, na Revista do Consultor Jurídico, em sua coluna Medina defende a expressa previsão dos fundamentos da sentença em face da própria Constituição Federal “não define ou esmiúça o dever de motivação das decisões judiciais, que fica a cargo do labor desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência”, mesmo, tendo a exigência do art. 93, inc. IX da CF. E considera justificável a previsão do art. 499 no NCPC em decorrência dos inúmeros julgados dos tribunais anulando decisões omissas sobre fundamentos que, se examinados, poderiam levar o julgamento a resultado diverso, ou, pior, fundamentado em princípios. E afirma: “[...] a jurisprudência vem nos dando mostras de que são necessárias medidas, previstas na lei, que estimulem a criação de um ambiente estável, com uma jurisprudência efetivamente íntegra”.

A massificação contratual, standartização das relações interpessoais, aumentou consideravelmente a interposição de demandas de caráter individual homogêneo no judiciário. Pela falta de um procedimento específico a essas demandas e, em decorrência do novo paradigma processual de fazer cumprir o princípio da razoável duração do processo, o legislador acrescentou ao projeto do novo CPC o incidente de resolução de demandas repetitivas.

De início, concorda-se com a importância de criar um incidente para as demandas de interesses individuais homogêneos, não atingidas pelos processos coletivos já existentes, que sobrecarregam o judiciário brasileiro, melhorando o acesso à justiça, efetividade do processo, decisão em prazo razoável – justa e adequada, otimização dos processos. Porém, a técnica intentada pelo legislador, nos artigos de incidente de demandas repetitivas do novo Projeto do Código de Processo Civil, ao invés de soluções traz dúvidas.

O que torna arriscado o incidente é a forma como se tentou adequar legislações estrangeiras sem extrair o que há de melhor delas e copiando algumas que são consideradas problemas – como o caso do efeito ser considerado vinculante.

Conclui-se, inclusive, que poderá ser aprovada uma norma inconstitucional ao que se refere à imputação de competência ao STF e ao STJ, que compete apenas à Constituição Federal. Além do mais, há que se observar a tentativa de limitar ao STF e ao STJ o grande número de processos de interesses individuais homogêneos. Estar-se-ia tentando tornar o Superior Tribunal uma Corte Suprema sem a adequada estruturação.

Percebe-se que a intenção do legislador é interessante, todavia, para resolver um problema não se deve criar outros.

O incidente de solução de demandas repetitivas, após a aprovação pela Câmara de Deputados, acrescentou pontos importantes esquecidos nos textos anteriores que podem torná-lo realmente útil e momento histórico de avalanches de processos consumeristas. Novamente chama-se atenção para a *correta aplicação* do incidente por um sistema judiciário que possui outros problemas estruturais, técnicos e de conhecimento, que, se não resolvidos estará criar-se-á um “elefante branco” bom, inútil, e mal utilizado. A prova disso é a própria Constituição Federal que, mesmo detentora de direitos e garantias fundamentais ao brasileiro, do ser humano, não é aplicada, concretizada adequadamente pelo sistema judiciário ou governamental.

Assim, necessário se faz a criação de políticas públicas a fim de que o sistema judiciário possa funcionar de forma a concretizar os direitos fundamentais e levar a efeito as promessas incumpridas pelo Estado, inclusive, por uma adequada solução de demandas advindas de contratos standartizados. A resolução de demandas repetitivas, o novo paradigma contratual no âmbito de exemplos como os contratos bancários e de planos de saúde serão bem aplicados se associados à hermenêutica filosófica ontológica compreensiva que preserva a tradição do Estado Democrático brasileiro.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, G.A.; GOMES JÚNIOR, L.M. **Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil**. Análise teórica e prática da proposta apresentada no Senado Federal.3 t. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CABRAL, A.P. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**. São Paulo: Repro, n.147, a.32, p. 123-146, mai.2007.

DANTAS, B. **Lei de Recursos Repetitivos Pode se Tronar Obsoleta**. Entrevistado por Eurico Batista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mai-02/entrevista-bruno-dantas-integrantes-comissao-cpc>. Acesso em: 20 jul. 2011.

DINAMARCO, C.R. **Instituições de direito processual civil I**. 3 ed. ver., atual. e com. remissões ao código civil de 2002. Malheiros Editores: São Paulo, 2003.

FERRAZ, T. S. Jr. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GIDI, A.; MAC-GREGOR, E.F. **Código Modelo de Processos Coletivos. Um diálogo iberoamericano. Comentários artigo por artigo**. Comentário: Teori Albino Zavaski (p. 231-239), México: Porrúa, 2008.

GHIRELLO, M. **Novo CPC precisa de mais debates, dizem entidades**. Publicado em: 12.04.2011. Disponível em: <<http://conjur.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

GRINOVER, A.P. **Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América, exposição de motivos**. Publicado em 2010. Disponível em: <http://www.uj.com.br>. Acesso em: 20 jul. 2011.

Haidar, R. **Norma permite decidir milhares de ações de uma só vez.** Publicado em: 17 de jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-17/cpc-permite-decidir-milhares-acoes-julgamento-unico>>. Acesso em: 17 de jul. 2013.

LOBO, A.M. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas.** São Paulo: Repro, n.185, a.35, jul.2010.

MEDINA, J. M.G. **CPC Código de Processo Civil Comentado.** Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, A.G.C. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional.** Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil – v. 4. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, D.J.C. **Comparticipação e policentrismo.** Horizontes para a democratização processual civil. 2008. 217f. Tese (Doutorado) em Direito Processual. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008.

_____.; BAHIA, A.G.M.F. **Por um novo paradigma processual.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, ano 26, p. 79-98, jan.jun./2008.

RAATZ, I. **Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?** *Temas Atuais de Processo Civil.* v.2 n.5 maio de 2012. Disponível em: <www.temasatuaisdeprocessocivil.com.br>.

RODRIGUES, R.Z. **Ações Repetitivas:** casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSSONI, I.B. **O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?.** Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685>. Acesso em: 20 jul. 2011.

SOSA, A.L. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** La cosa juzgada em los procesos colectivos. São Paulo: DPJ, 2005, p.453-469.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso.** Constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a).

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011(b).

_____. **A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto.** Publicado em: 20 de jun.2013(a). Coluna Senso Incomum. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jun.2013.

_____. **Direito Sumular.** Publicado em 01 de dez. 2008. Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br>>. Acesso em: 19 jun.2013.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Publicado em: 13 jun.2013(b). Coluna Senso Incomum. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 jun.2013.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Publicado em: 15 mar.2009. Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jun.2013. Entrevista concedida à Aline Pinheiro.

_____. **Juiz não é gestor nem gerente. Ele deve julgar. E bem!** Publicado em: 08.08.2013. Coluna Senso Incomum. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 08 ago. 2013.

_____.; OLIVEIRA, M.A.C. de. **(Mais) um passo atrás no direito brasileiro.** quem vai cuidar do guarda da esquina? Publicado em: 02.2006, Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/7.pdf>>. Acesso em: 18 de jun. 2013.

Substitutivo Apresentado por Diretores do Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. PL nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, Código de Processo Civil. Disponível em: www.nupej.uff.br/sites/default/files/Anteprojecto.pdf. Acesso em 19 set.2011.

THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D.; BAHIA, A. **Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário.** São Paulo: Repro, n.177, a.34, jul.2019.

WAMBIER, L.R. **O contraditório e o projeto do novo CPC.** Publicado em: 29.07.2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

WATANABE, K. **III. XI World Congress of Procedural Law.** In: GRINOVER, A.P; MULLENIX, L. *Os Processos Coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado.* XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema n. 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASKI, T.A. **Processo Coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 5 ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.