

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Carolina Webber Fedrigo

**Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A interpretação provisória
como alternativa ao sobrestamento das demandas repetitivas**

Bacharelado em Direito

São Paulo
2022

Carolina Webber Fedrigo

**Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A interpretação provisória
como alternativa ao sobrestamento das demandas repetitivas**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em **Direito**, sob a orientação da Professora Doutora **Patrícia Miranda Pizzol**.

São Paulo

2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Fedrigo, Carolina Webber

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A tutela provisória como alternativa ao sobrestamento das demandas repetitivas / Carolina Webber Fedrigo. - São Paulo: [s.n.], 2022.
64p.

Orientador: Patrícia Miranda Pizzol.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) --
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Graduação em Direito, 2022.

1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 2. Litigiosidade Repetitiva. 3. Tutela Provisória. 4. Código de Processo Civil.
I. Pizzol, Patrícia Miranda. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito. III. Título.

CDD

RESUMO

FEDRIGO, Carolina Webber. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: A interpretação provisória como alternativa ao sobrestamento das demandas repetitivas**

O presente trabalho busca apurar a existência de falhas de efetividade no regime de afetação do IRDR e identificar a que ponto o garantismo processual e as teorias da segurança jurídica e da efetiva duração do processo se comunicam para assegurar a satisfação dos direitos materiais e processuais nos processos que foram sobrestados em razão da necessidade de se fixar uma única tese jurídica para solucionar questões de direito idênticas, submetidas repetidas vezes à apreciação dos tribunais pátrios. Como alternativa à paralisação das demandas afetadas, também pretende-se enfrentar a possibilidade (ou não) de se conferir uma solução liminar aos litígios que, por conta da suspensão operada, correm o risco de perder seus respectivos objetos, ficando o titular do direito substancial ao qual se pretende tutelar impossibilitado de usufruir dos efeitos a ele assegurados no plano jurídico-material. Para tanto, inicialmente, o estudo em tela ater-se-á à conceituação das demandas repetitivas, à origem das técnicas de solução de litígios em massa no mundo e à influência destas na formação do microsistema processual brasileiro de mecanismos diferenciados de resolução de demandas reiteradas. Depois, pretende-se debruçar sobre o instituto do IRDR para, ao final, investigar a possibilidade (ou não) de aplicação de uma solução momentânea aos processos sobrestados em razão de suas afetações pelo incidente.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Litigiosidade Repetitiva; Tutela Provisória; Processo Civil.

ABSTRACT

FEDRIGO, Carolina Webber. **Incident of Resolution of Repetitive Claims:** The injunctive interpretation as an alternative to the stay of repetitive claims

This paper seeks to determine whether there are effectiveness flaws in the Incident of Resolution of Repetitive Claims (IRDR) system and to identify to which extent the procedural guarantees and the theories of legal security and effective duration of the proceedings communicate to ensure the satisfaction of material and procedural rights in cases that have been stayed due to the need to establish a single legal thesis to resolve identical questions of law that have been repeatedly submitted to the Brazilian courts. As an alternative to staying the affected proceedings, it is also intended to address the possibility (or not) of granting an injunctive solution to the lawsuits that, due to the suspension, run the risk of losing their respective objects. Therefore, initially, the study will focus on the concept of repetitive claims, the origin of mass litigation resolution techniques in the world and their influence on the formation of the Brazilian procedural microsystem of differentiated mechanisms for resolution of repetitive claims. Then, the IRDR institute will be addressed to, finally, investigate the possibility (or not) of applying an injunctive solution to the proceedings stayed due to their affectation by the incident.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Claims; Repetitive Litigation; Injunctive Relief; Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Nº	Número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	CONCEITUAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	15
3	TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRANGEIRAS DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS	19
3.1	<i>As class actions</i> do direito norte-americano	20
3.1.1	Breve esboço histórico.....	20
3.1.2	Requisitos de aplicação	24
3.1.3	Hipóteses de cabimento	25
3.2	O <i>Musterverfahren</i>, procedimento-modelo do direito alemão.....	26
3.2.1	Breve esboço histórico.....	27
3.2.2	Hipóteses de cabimento e finalidade	28
3.2.3	Procedimento	28
4	FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A CRIAÇÃO DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO DE TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	31
4.1	A deficiência dos meios processuais tradicionais ante a litigiosidade em massa	31
4.2	Necessária adequação aos novos contornos conferidos aos direitos fundamentais pela CRFB/88	33
4.2.1	A isonomia.....	34
4.2.2	A segurança jurídica	36
4.2.3	A celeridade processual.....	38
5	PANORAMA SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	40
5.1	Conceituação e natureza jurídica	40
5.2	Modelo processual adotado no IRDR para a solução de processos repetitivos	41
5.3	Pressupostos cumulativos de cabimento	44
5.3.1	Existência de questão unicamente de direito	44

5.3.2	Efetiva repetição de processos com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.....	45
5.3.3	Inexistência de recurso repetitivo afetado ou com tese já definida sobre o mesmo tema do IRDR a ser suscitado.....	46
5.3.4	A questão da pendência de causa nos tribunais	47
5.4	Processamento	49
5.4.1	Legitimidade para suscitação do incidente	49
5.4.2	Distribuição e juízo de admissibilidade	49
5.4.3	Suspensão dos processos análogos.....	51
5.4.4	Julgamento e fixação da tese	52
6	UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA AO SOBRESTAMENTO DE PROCESSOS EM SEDE DE IRDR.....	54
6.1	A discussão acerca da obrigatoriedade do sobrestamento dos processos que versem sobre questão de direito afetada em IRDR... 54	54
6.2	A possibilidade da formação de uma interpretação provisória acerca da questão de direito afetada em IRDR em decorrência da natureza facultativa da paralisação processual	56
6.3	A celeridade processual em detrimento da segurança jurídica	59
7	CONCLUSÃO	61
	REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

O direito processual moderno vem enfrentando inúmeras adversidades face à tendência social de incremento progressivo dos conflitos em massa. Há, pois, verdadeira preocupação com a criação de mecanismos hábeis a aplacar a litigiosidade em escala e, simultaneamente, combater a dispersão da jurisprudência diante de questões jurídicas idênticas que são, repetidas vezes, submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

É nesse contexto de assoberbamento do Poder Judiciário com o ajuizamento de demandas que versam sobre questões jurídicas massificadas que o Novo Código de Processo Civil, inspirando-se no *Musterverfahren*, procedimento-modelo do direito germânico, trouxe, em seus artigos 976 a 987, um microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos.

Trata-se, aqui, do IRDR, que, à luz dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual, busca uniformizar as soluções conferidas a questões jurídicas idênticas, que se repetem em inúmeros processos e que são exaustivamente apreciadas por inúmeros aplicadores do direito.

O IRDR surge, portanto, como fenômeno destinado a solucionar a problemática da litigiosidade repetitiva que abarrotava o judiciário brasileiro. Para tanto, admite que seja concedida, aos Tribunais, a possibilidade de, desde logo e em um único julgamento, fixarem tese jurídica a ser aplicada a todas as ações que, já em trâmite ou futuramente ajuizadas, tratem da mesma questão jurídica controvertida.

Com efeito, esse novo instrumento processual, voltado à efetividade dos direitos e à uniformização da jurisprudência, pautando-se, sobretudo, na necessidade de se preservar a segurança jurídica e a isonomia frente à judicialização massificada de pretensões juridicamente convergentes, permite que, com a análise de um caso concreto representativo da controvérsia, seja fixada uma tese jurídica extensiva, por força vinculante, aos demais litígios que abordem a mesma questão de direito.

Até que o órgão uniformizador defina a tese a ser aplicada à matéria jurídica controvertida, contudo, todos os processos, individuais ou coletivos, que versam sobre a questão de direito afetada ao rito do IRDR são automática e obrigatoriamente suspensos e não podem ser resolvidos até que se extraia uma tese do caso escolhido como paradigma para ser aplicada às demais ações sobrestadas.

Em que pese tal dinâmica se direcione à promoção da segurança jurídica e à manutenção do tratamento isonômico entre os jurisdicionados, certo é que o sobrestamento prolonga a duração dos casos afetados e aumenta, em demasia, o tempo necessário para a satisfação do direito que, com eles, pretende-se tutelar.

Não é, pois, por outro motivo que MARCOS ARAÚJO CAVALCANTI pondera ser “[...] muito provável – para não dizer quase certo – que a aplicação da tese jurídica aos casos concretos somente ocorra muito tempo depois do prazo estabelecido pelo art. 980 para julgamento do IRDR”, o que pode colocar “em risco o direito da parte à obtenção em prazo razoável da solução integral do mérito, [...] com prejuízo à efetividade da celeridade, prevista no art. 4º do CPC”.¹

Para evitar que esse cenário de inefetividade da tutela jurisdicional se concretize, é possível cogitar a aplicação, no âmbito dos processos cujo trâmite foi interrompido como consequência de suas afetações pelo IRDR, de uma interpretação provisória sobre o caso concreto, permitindo-se, assim, que seja prolatada uma decisão transitória acerca dos direitos aos quais se pretende tutelar nas ações sobrestadas.

Diante do exposto, o presente trabalho busca apurar a existência de falhas de efetividade no regime de afetação do IRDR e identificar a que ponto o garantismo processual e as teorias da segurança jurídica e da efetiva duração do processo se comunicam para assegurar a satisfação dos direitos materiais e processuais nos processos que foram sobrestados em razão da necessidade de se fixar uma única tese jurídica para solucionar questões de direito idênticas, submetidas repetidas vezes à apreciação dos tribunais pátrios.

Como alternativa à paralisação das demandas afetadas, também pretende-se enfrentar a possibilidade (ou não) de se conferir uma solução liminar aos litígios que, por conta da suspensão operada, correm o risco de perder seus respectivos objetos, ficando o titular do direito substancial ao qual se pretende tutelar impossibilitado de usufruir dos efeitos a ele assegurados no plano jurídico-material.

Para tanto, inicialmente, o estudo em tela ater-se-á à conceituação das demandas repetitivas, à origem das técnicas de solução de litígios em massa no mundo e à influência destas na formação do microssistema processual brasileiro de mecanismos diferenciados de resolução de demandas reiteradas. Depois, pretende-

¹ CAVALCANTI, Marcos Araújo. *Incidente de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 306.

se debruçar sobre o instituto do IRDR para, ao final, investigar a possibilidade (ou não) de aplicação de uma solução momentânea aos processos sobrestados em razão de suas afetações pelo incidente.

2 CONCEITUAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como será tratado em capítulo posterior, o processo civil brasileiro foi projetado a partir do paradigma liberal, razão pela qual, num primeiro momento, limitou-se a tutelar relações individuais, cujos efeitos eram restritos à esfera particular das partes. Com a massificação das relações sociais, contudo, o aumento vertiginoso dos conflitos e, conseqüentemente, das demandas isomórficas desaguaram no Poder Judiciário, exigindo a criação de novos meios processuais idôneos a amparar os direitos homogeneizados que surgiram nesse contexto.

As relações grupais decorrentes do fenômeno da massificação do processo passaram, então, a conviver com os conflitos difundidos nas esferas individual e transindividual,² tendo a ciência processual se aperfeiçoado para lidar com três espécies de litigiosidade, a saber, a individual, sobre a qual a dogmática processual tradicional se desenvolveu, a coletiva, relacionada a direitos coletivos, difusos, individuais e homogêneos, e a em massa, embasada em pretensões que juridicamente demandam soluções uniformes.

Como se vê, os conflitos marcados pelo sinalagma da repetição em escala não se identificam por completo com as lides individuais nem com as lides coletivas, possuindo contornos próprios que justificam seu tratamento como uma nova ramificação da litigiosidade processual. Justamente por se estar diante de uma espécie nova ao direito processual civil, faz-se necessária a busca por critérios que permitam definir as situações jurídicas homogêneas que levam à formação de demandas repetitivas para que, então, essas sejam bem compreendidas.

² Sobre o tema, discorre ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS: “Sob um primeiro aspecto, as relações homogeneizadas ganharam terreno sobre os vínculos individualizados, sem, no entanto, extingui-los. Os dois passaram a coexistir, ocupando espaços que ora se confundem, ora se distinguem. Indivíduo e massa passam a conviver simultaneamente, sem que um deva excluir o outro. Um dos desafios da sociedade passa a ser a manutenção do equilíbrio entre ambos. Não é possível pensar somente num modelo massificado, sob pena de acabar com a identidade e a significação do indivíduo e de sua diferença em relação ao outro. Mas também não é possível conceber um paradigma puramente individualista, dada a dinâmica da inserção social em grupos, classes ou categorias, com vantagens para todos os que integram e problemas que afligem à coletividade. A obtenção destes proveitos e a solução destes problemas são inalcançáveis ou de difícil alcance para uma só pessoa. Daí a relevância do grupo.” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, ago. 2012. p. 88).

A primeira noção do que se pode batizar de demandas repetitivas perpassa, necessariamente, pelo conceito atribuído aos direitos individuais homogêneos. Esses são, em última análise, direitos eminentemente individuais que, por conta da transindividualidade das pretensões a eles veiculadas, vêm a ser tutelados de forma coletiva.

Para que esse tratamento seja legítimo, isto é, para que a tutela desses direitos possa dar-se obrigatoriamente de maneira unitária, é essencial que sejam eles procedentes de questões jurídicas de origem comum que prevaleçam sobre as particularidades de cada caso, permitindo o seu agrupamento numa única pretensão, e que, mesmo assim, mantenham certo grau de divisibilidade entre si.³

É, pois, partindo dessa concepção conferida aos direitos individuais homogêneos que parte da doutrina define a litigiosidade em massa como sendo demandas fundadas “prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais”, as quais “possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e fáticas) comuns para a resolução da causa”.⁴

Essa compreensão, no entanto, pode vir a prejudicar a sistematização dos mecanismos de solução de demandas repetitivas, já que a expressão “direitos individuais homogêneos” é intrínseca ao contexto do processo coletivo e, como tal, contém um significado próprio “que carrega pré-compreensões que podem interferir negativamente na sistematização adequada de outras técnicas distintas das ações coletivas, como o IRDR”.⁵

Daí porque em que pese o termo “direitos individuais homogêneos” seja empregado para identificar parte dos litígios objeto do IRDR, existem situações conflituosas que, mesmo submetidas ao regime do IRDR, não se enquadram totalmente no conceito de “direitos individuais homogêneos”. Como bem explica SOFIA TEMER:

³ “Com efeito, a indivisibilidade não é característica intrínseca das relações jurídicas conflituosas, de modo que não nos parece correto utilizá-la como atributo para caracterizar tais interesses como meta-individuais. Em suma: a indivisibilidade, se existente, será apenas da tutela processual que alberga os direitos individuais (e apenas para algumas das fases procedimentais), mas não dos direitos em si. Assim, ainda que se possa falar em indivisibilidade, esta será apenas da técnica processual coletiva, e não do próprio direito ou da relação substancial conflituosa.” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 45).

⁴ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177. nov. 2009. p. 20.

⁵ TEMER, *op. cit.* p. 57.

É o que ocorre quando o que se pretende é a resolução de questões estritamente processuais que se repetem em processos em que não há qualquer similitude em relação às pretensões substanciais, como, por exemplo, nas discussões referentes a contagem de prazos, requisitos formais para admissibilidade de recursos, formalidades para atos de comunicação processual, entre inúmeras outras situações.⁶

Da mesma forma, a repetitividade pode vir expressa em ações coletivas cujo objeto seja diverso, mas que discutam sobre um único ponto comum, revelando, assim, a existência de processos coletivos que, apesar de se referirem a demandas heterogêneas, são classificados como repetitivos.⁷ Por isso, SOFIA TEMER toma o cuidado de esclarecer que a classificação de demandas como “repetitivas” sob a égide do CPC de 2015 implica a existência de questões jurídicas materiais ou processuais comuns, “ainda que estas questões não representem nenhuma parcela significativa do conflito subjetivo a ser resolvido em juízo, e ainda não que haja, propriamente, *demandas homogêneas*”.⁸

Com efeito, há verdadeira atecnicidade quando a lei processual vigente emprega a expressão “demandas repetitivas” para fazer referência ao objeto do IRDR, já que esse diz respeito, na realidade, a *questões* repetitivas, que devem ser compreendidas de maneira ampla, “como quaisquer pontos controvertidos que surjam no processo, ainda que não vinculadas diretamente ao julgamento do objeto litigioso”, e não necessariamente a *demandas*, que se referem a pretensões homogêneas, traduzidas em “atos de postulação constituídos de causas de pedir e pedido similares, porque referentes a situações substanciais análogas”.⁹

Essa, inclusive, é a conclusão da doutrinadora:

Não obstante, para o sistema processual do CPC/2015, *demandas repetitivas* também compreendem *demandas* que não se referem a relações substanciais-modelo, não contêm causas de pedir e pedido similares (*demandas heterogêneas*, portanto), mas possuem áreas de homogeneidade relativas a uma ou algumas das *questões* discutidas em juízo. As *demandas*

⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁷ No mesmo sentido: “Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade em massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.” (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*, vol. 193, mar. 2011, p. 255).

⁸ TEMER, *op. cit.*, p. 58-59.

⁹ *Ibidem*, p. 59.

são caracterizadas como repetitivas mesmo nos casos em que apenas algumas *questões* nelas debatidas o sejam.¹⁰

Assim sendo, torna-se evidente que as demandas repetitivas não se resumem aos direitos individuais homogêneos, também compreendendo situações que não podem ser enquadradas como tal. Afinal, como já exposto, o que importa no contexto do IRDR é a presença de questões homogêneas sobre matéria de direito que se repitam em vários processos.

Tal concepção ganha suporte na doutrina de ANTÔNIO ADONIAS AGUIAR BASTOS, que entende que as demandas repetitivas são “demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão”.¹¹ Essas demandas, na concepção do autor, são marcadas pela semelhança, mas não identidade, dos elementos objetivos (pedido e causa de pedir), os quais devem, necessariamente, ser levados em larga escala ao Poder Judiciário, havendo, pois, uma associação indissociável entre a afinidade¹² em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, e a sua repetição em grande quantidade perante os órgãos judiciais.¹³

À luz de todo o exposto, conclui-se que as demandas repetitivas podem ser definidas como pretensões relativas a *questões repetitivas* que se identificam no plano abstrato, mas não no âmbito de cada situação concreta, e que são apresentadas em multiplicidade ao Poder Judiciário, ainda que não estejam diretamente vinculadas ao objeto litigioso. Uma vez definidas, portanto, passar-se-á ao estudo do tratamento que lhes é direcionado no direito alienígena.

¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹¹ BASTOS, *op. cit.*, p. 88.

¹² Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “a afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito é uma relação tênue de semelhança entre duas ou mais demandas. É uma conexão degradada, de intensidade menor, caracterizada por uma *causa petendi* parcialmente igual, mas que não chega a ponto de ser a mesma. Basta que lhes seja comum o fundamento de uma dada regra jurídica ou a alegação de um fato-base do qual hajam decorrido créditos ou prejuízos para mais de uma pessoa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 156).

¹³ “A circunstância de haver causas afins é requisito necessário, mas não suficiente para a configuração dos litígios em massa. O problema não surge com a semelhança entre as demandas, mas com a sua repetição em grande quantidade. O processamento de causas semelhantes, por si só, não desafia, de maneira significativa, a capacidade da estrutura judicial, nem os valores jurídicos fundamentais (como os da isonomia, da segurança jurídica, da efetividade e da razoável duração do processo), enquanto elas tiverem diluídas em pequeno volume nos órgãos judiciais.” (BASTOS, *op. cit.*, p. 99).

3 TÉCNICAS PROCESSUAIS ESTRANGEIRAS DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Por um longo período, o direito processual civil encontrou-se alicerçado no arquétipo do Estado liberal, que prezava pela concepção e pelo aperfeiçoamento de uma cultura jurisdicional individualista, voltada substancialmente à resolução de conflitos interpessoais singulares. É o que ensina TEORI ALBINO ZAVASCKI ao exprimir que o processo civil tradicional, refletido nas normas do antigo CPC de 1973, “foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado.”¹⁴

Mais do que isso, o sistema processual civil como um todo foi moldado sobre a perspectiva de que a função jurisdicional e, por via de consequência, o processo, “se destina a formular e fazer atuar a regra jurídica em face de um conflito de interesses *concretizado*, ou seja, de um específico fenômeno de incidência da norma abstrata sobre um suporte fático, já ocorrido [...] ou em vias de ocorrer”.¹⁵

Não por outros motivos que a processualística clássica, calcada na perspectiva do indivíduo isolada e concretamente considerado, por muito tempo, impossibilitou a tutela de interesses múltiplos, inibindo a sistematização e a edificação de um processo coletivo verdadeiramente efetivo face às diversas formas de litigiosidade que irrompem numa sociedade tipicamente pluricêntrica.

A percepção do processo enquanto fenômeno de massas só surgiu com a ampliação do campo de proteção jurisdicional conferida aos direitos da coletividade, que, em resposta ao aumento exacerbado da litigiosidade em escala, passou a abarcar mecanismos alternativos de solução de conflitos, estruturados, sobretudo, com vistas à cognição judicial dos interesses metaindividuais.

Inúmeros países incorporaram esses mecanismos aos seus ordenamentos jurídicos, como a Austrália e o Canadá.¹⁶ Outros, contudo, decidiram por refinar as normas jurídicas já existentes em seus sistemas, expandindo a proteção concedida aos direitos coletivos, como é o caso dos Estados Unidos, da Inglaterra e da Alemanha.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶ CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 23.

Os procedimentos protetivos desenvolvidos nestes países, inclusive, serviram de fontes de inspiração para a composição dos mecanismos brasileiros de proteção aos direitos coletivos. Daí a relevância de fazer do direito comparado um objeto deste estudo.

Afinal,

Para o processo coletivo no Brasil, objeto central deste trabalho, é preciso [...] ter sempre presente seu marco teórico e conceitual, as influências das principais tradições jurídicas e a recepção criativa do direito coletivo (material e processual), como etapa fundamental para a compreensão do modelo brasileiro de processo coletivo, assim consolidado pelo microsistema de processo coletivo e pelo Código de Processo Civil de 2015.¹⁷

É por isso, portanto, que este capítulo se dedica ao exame dos modelos estrangeiros de tutela jurisdicional dos direitos coletivos que influenciaram o processo de criação e inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de resolução de demandas de massa, a começar pelas *class actions* do direito norte-americano.

3.1 As *class actions* do direito norte-americano

3.1.1 Breve esboço histórico

Em todo o mundo, estudiosos do direito remontam as origens dos litígios grupais a casos outrora apresentados perante os tribunais ingleses conhecidos como “*Courts of Chancery*”. Estes eram responsáveis pelo exercício de uma jurisdição de equidade (“*equity*”), de natureza mais flexível do que aquela exercida pelos Tribunais de Direito, que praticavam a *common law*, de caráter rígido, burocrático e formal.¹⁸

Em linha com suas próprias naturezas, aos Tribunais de Chancelaria competia o pronunciamento de decisões meramente declaratórias (“*injunctons*”), ao passo que os Tribunais de Direito se encarregavam de dirimir questões relacionadas a obrigações pecuniárias e indenizações (“*money damages*”).

Além disso, devido à sua essência intransigente, os Tribunais de Direito entendiam não ser possível, no âmbito de sua jurisdição, a utilização do litisconsórcio

¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸ Yeazell, Stephen C. *From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*. Los Angeles: *University of California Los Angeles Law Review*, 1979. p. 1.087.

facultativo, já que seguiam a chamada “*necessary party rule*”, segundo a qual todas as partes componentes da relação jurídica deveriam comparecer perante o juiz para garantir que este proferisse um julgamento *erga omnes*.

Dita regra encontrava exceção nos casos de litisconsórcio necessário ajuizados perante os Tribunais de Chancelaria, que admitiam que um único indivíduo representasse vários outros sujeitos em juízo se, alternativamente, (i) a controvérsia versasse sobre uma questão de interesse comum ou geral; (ii) as partes que comporiam a demanda tivessem, voluntariamente, associado-se para cumprir objetivos públicos ou privados; ou (iii) as partes que comporiam a demanda fossem tantas que se tornaria impraticável a apresentação de todas perante o tribunal.¹⁹

Esta divisão entre Tribunais de Chancelaria e Tribunais de Direito foi, mais tarde, recepcionada pelos Estados Unidos, a partir de quando ganhou destaque o juiz JOSEPH STORY, um dos principais impulsores do estudo e do desenvolvimento das práticas de equidade, ostentando a paternidade teórica sobre a primeira norma norte-americana de litígios em massa.

Referida norma foi pronunciada pelo magistrado em julgamento do caso *West v. Randall*, em que restou assinalado que:

Onde as partes são muito numerosas, e o tribunal percebe que será quase impossível trazê-las ao processo; ou onde a questão é de interesse geral, e alguns podem ajuizar ações em benefício de todos; ou onde as partes associam-se voluntariamente para fins públicos ou privados, podendo ser razoavelmente suposto que representam os interesses e direitos de todos; nestes e em casos análogos, se o projeto de lei pretende ser não apenas em nome dos demandantes, mas no de todos os outros interessados, a alegação de ausência de [uma ou mais] parte[s] será repelida e o Tribunal procederá a um julgamento.²⁰

Tal pronunciamento veio a servir de inspiração para a promulgação, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, da Norma Federal de Equidade n.º 48,²¹ que, no

¹⁹ STORY, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings*, 1938. In.: MARCIN, Raymond B. *Searching for the Origin of Class Action*. Washington D.C: Catholic University Law Review, 1974. p. 517-518.

²⁰ Tradução livre de “*Where the parties are very numerous, and the court perceives, that it will be almost impossible to bring them all before the court; or where the question is of general interest, and a few may sue for the benefit of the whole; or where the parties form a part of a voluntary association for public or private purposes, and may be fairly supposed to represent the rights and interests of the whole; in these and analogous cases, if the bill purports to be not merely in behalf of the plaintiffs, but of all others interested, the plea of the want of parties will be repelled, and the court will proceed to a decree.*” (West v. Randall, 1820. 29 Fed. Cas. 718, 721 – No. 17, 424).

²¹ *Equity Rule 48*: “*Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it*

caso de numerosidade de partes, possibilitava o ajuizamento de uma ação representativa de todas elas, não podendo seu julgamento prejudicar os direitos e reivindicações das partes que se fizeram ausentes na relação processual.

Em 1853, ainda sob a égide da Norma Federal de Equidade n.º 48, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Smith v. Swromstedt*, entendeu que a decisão final prolatada no âmbito de uma ação de caráter coletivo também tinha o condão de vincular as partes que não se apresentaram perante o Tribunal para integrar a relação processual. Foi a partir desse raciocínio que, em 1912, editou-se a Norma de Equidade n.º 38,²² a qual determinou que os efeitos do julgamento final proferido em uma ação grupal estendiam-se aos integrantes do grupo que não se habilitaram no processo.

Essa disposição normativa orientou o processamento das ações coletivas norte-americanas por mais de um quarto de século, antes que as normas processuais que tratam da temática fossem novamente revisadas – o que ocorreu em 1938, quando foram emitidas as Normas Federais de Processo Civil, que modernizaram a estrutura do processo civil estadunidense a nível federal, reunindo nelas todas as competências dos Tribunais de Chancelaria e dos Tribunais de Direito, e introduziram uma nova norma relativa às ações grupais.

Trata-se da Norma Federal de Processo Civil n.º 23, que passou a denominar as ações grupais de “*class actions*”, assim definidas por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo

to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.” (Em tradução livre, “Norma Federal de Equidade n.º 48: Quando as partes de ambos os lados são muito numerosas e não podem, sem manifestos inconvenientes e opressivos atrasos na ação, ser trazidas ao processo, o Tribunal, a seu critério, pode dispensar de fazer todas elas partes, e pode prosseguir com o processo, tendo perante ele partes suficientes para representar todos os interesses dos demandantes e dos demandados na ação. Mas em tais casos, o julgamento não prejudica os direitos e reivindicações de todas as partes ausentes.”).

²² *Equity Rule 38: “When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.”* (Em tradução livre, “Norma de Equidade n.º 38: Quando a questão tratar de interesse comum ou geral de pessoas que constituem uma classe tão numerosa a ponto de se tornar impraticável que todas integrem o processo, uma ou mais pessoas podem processar ou defender pelo todo.”).

maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.²³

Pois bem. Em sua versão original, dita norma pressupunha a existência de três espécies distintas de ações coletivas, quais sejam, a ação de classe real (“true class action”), a ação de classe híbrida (“hybrid class action”) e a ação de classe hipotética (“spurious class action”), cujo critério diferenciador tomava como base os diversos tipos de interesses levados a juízo.

Desse modo, a ação de classe real era aquela que versava sobre verdadeiros direitos coletivos, isto é, direitos partilhados por todos os membros do grupo, condição essa que fazia com que o pronunciamento judicial sobre eles se estendesse a todos os integrantes daquela classe. Já a ação de classe híbrida estava relacionada a direitos coletivos específicos de propriedade, que, embora não fossem compartilhados nem articulados pelo grupo, por serem vários e divisíveis, poderiam ver-se afetados pelo resultado do litígio. Por fim, a ação de classe hipotética era, em verdade, um instrumento processual viabilizador do litisconsórcio facultativo (“*permissive joinder mechanism*”), por meio do qual o grupo se formava unicamente devido à presença de aspectos comuns de fato ou de direito, e não por uma relação preexistente, como ocorria nas demais espécies, de forma que a decisão acerca deles somente vincularia as partes integrantes do processo e aquelas que vierem a manifestar sua vontade de nele intervir (“*opt-in*”).²⁴

No entanto, como a diferenciação entre esses três tipos de ações era muito sutil e de difícil compreensão aos aplicadores do direito, em 1960, foi nomeado um novo Comitê Consultivo para readequar a Norma Federal de Processo Civil n.º 23, que, seis anos mais tarde, assumiu um novo formato, estabelecendo, em primeiro lugar, os requisitos de admissibilidade das *class actions* e, em seguida, as diferentes hipóteses de cabimento, eliminando-se, de uma vez por todas, as nomenclaturas de “ações de classe reais”, “ações de classe híbridas” e “ações de classe hipotéticas”.

A partir de 1966, a Norma Federal de Processo Civil n.º 23 sofreu uma série de emendas, cuja abordagem excederia o escopo deste trabalho. Por isso, passar-se-á

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

²⁴ HARKINS, John G. Jr. *Federal Rule 23: The Early Years*. Arizona: *Arizona Law Review*, 1997. p. 706.

ao exame do conteúdo da referida norma, abordando-se seus requisitos de aplicação e suas hipóteses de cabimento.

3.1.2 Requisitos de aplicação

A Norma Federal de Processo Civil n.º 23, em sua letra “(a)”, determina que um ou mais indivíduos poderão representar a totalidade de uma classe em juízo se forem observados, no caso concreto, as premissas de (i) numerosidade (“*numerosity*”); (ii) uniformidade (“*commonality*”); (iii) tipicidade (“*typicality*”); e (iv) adequação de representação (“*adequacy of representation*”), assim definidos por JULIANA PROVEDEL CARDOSO:

[...] um ou mais membros do grupo poderá figurar no polo ativo ou passivo da demanda como um representante de todo o grupo quando (1) o grupo for tão numeroso que torna impraticável o litisconsórcio de todos os membros (*joinder impracticability* ou *numerosity*); (2) deverá haver questões de direito ou de fato comuns ao grupo (*commonality*); (3) os pedidos ou defesas do representante forem típicos dos pedidos e defesas do grupo (*typicality*); (4) o representante protegerá adequadamente os interesses do grupo (*adequacy of representation*).²⁵

O cumprimento do requisito de numerosidade, portanto, implica que os membros integrantes do grupo sejam tantos que se torna inviável que todos se apresentem perante o Tribunal em litisconsórcio. Para seu aferimento, vale-se de um critério unicamente quantitativo, qual seja, o número de pessoas que compõem o grupo, que é analisado caso a caso face a fatores como (i) a distribuição geográfica dos integrantes da classe; (ii) o nível de dificuldade de se encontrar e identificar os cada um dos membros do grupo; (iii) o tamanho das reivindicações individuais; e (iv) a possibilidade de os membros do grupo perseguirem seus interesses individualmente, entre outros.²⁶

O segundo requisito, por sua vez, exige que existam questões de fato ou de direito comuns à totalidade do grupo, que deve ter sofrido uma mesma lesão, para que possam usufruir de um tratamento coletivo. Fatos isolados e individuais não podem, por conseguinte, impedir que a classe possa ser percebida como tal.

²⁵ CARDOSO, *op. cit.*, p. 27.

²⁶ SOMERS, Sarah. *7.2 Rule 23 Class Certification Requirements*. Federal Practice Manual, 2014. Disponível em: <https://federalpracticemanual.org/book/export/html/42/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

Já o requisito seguinte, a tipicidade, volta-se a assegurar a subsistência de um nexo mínimo entre as reivindicações do representante e as dos membros do grupo. Para tanto, investiga-se no que as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasam a reclamação do representante se diferem daquelas nas quais se fundam as reclamações dos membros ausentes e, caso se verifique que os pleitos são amparados pelo mesmo curso de eventos e pela mesmo conjunto de normas e teorias jurídicas, conclui-se pela observância do requisito.

Por fim, a representatividade adequada, quarto requisito trazido pela Norma Federal de Processo Civil n.º 23, requer que o representante do grupo zele pelas pretensões da integridade de seus membros e as assegure individualmente, sem prejuízo do processamento de seus pleitos de forma coletiva.

Até então, cuidou-se dos requisitos trazidos explicitamente pelo corpo da Norma Federal de Processo Civil n.º 23. Entretanto, como assinala SARAH SOMERS, os tribunais norte-americanos têm fixado critérios implícitos para a admissibilidade das *class actions*. São eles: (i) a existência de um grupo definível; (ii) a existência de uma reivindicação viva (“*live claim*”); e (iii) a legitimidade ativa ou passiva da parte representante (“*standing to sue*”).²⁷

A exigência de que a classe seja definível implica a possibilidade e a viabilidade de se identificar o grupo por meio de critérios objetivos, a serem utilizados pelo juiz para verificar quem são todos os membros representados pela parte que compareceu perante o Tribunal.

Já o requisito de reivindicação viva impõe que a inicial ou a defesa apresentada pelo representante do grupo seja factível, relevante e debatível.

Finalmente, a legitimidade ativa ou passiva do representante, terceiro requisito implícito, se dá quando experimenta a mesma lesão que os membros da classe que representa, possuindo interesses comuns com eles.

3.1.3 Hipóteses de cabimento

A Norma Federal de Processo Civil n.º 23, em sua letra “(b)”, traz três hipóteses de cabimento das ações coletivas no direito norte-americano. São elas o objeto a ser estudado nesta seção.

²⁷ SOMERS, Sarah, *op. cit.*

A primeira das hipóteses diz respeito à possibilidade das ações a serem intentadas individualmente pelos membros do grupo criarem um risco de proliferação de decisões (i) inconsistentes ou conflitantes entre si ou (ii) que prejudiquem “os interesses de outros membros, alheios ao processo individual”,²⁸ reduzindo-lhes substancialmente a capacidade de proteger seus interesses ou, mesmo, impedindo-lhes por completo. É o que se observa nos comentários tecidos pelo Comitê Consultivo quando da modificação do texto da Norma Federal de Processo Civil n.º 23, em 1966:

Uma pessoa pode ter direitos contra numerosas pessoas que constituem uma classe, ou deter obrigações para com elas, estando posicionada de maneira tal que decisões conflitantes ou variadas, prolatadas em processos individuais ajuizados pelos membros da classe, possam estabelecer padrões incompatíveis para regular sua conduta.²⁹

A segunda hipótese autorizadora do manejo de uma *class action* relaciona-se à necessidade de proteção dos demandados face a condutas irregulares da parte contrária, que age ou deixa de agir por motivos, em geral, aplicáveis ao grupo como um todo. Nesses casos, a *class action* funciona como um mecanismo para obtenção, num único processo, de uma decisão de natureza declaratória ou mandamental (“*declaratory or injunctive relief*”) útil e apropriada a todos os integrantes do grupo e que verse sobre “a licitude ou ilicitude da conduta da parte contrária ao grupo, com a formação de coisa julgada *erga omnes*”.³⁰

A terceira e última hipótese de cabimento das *class actions* configura-se a partir da proliferação de uma decisão pelo Tribunal, que declara que as questões de fato e de direito comuns a todos os integrantes preponderam sobre aquelas individuais, sendo o manejo de uma ação coletiva o mecanismo mais adequado para solução da controvérsia.

3.2 O *Musterverfahren*, procedimento-modelo do direito alemão

²⁸ CARDOSO, *op. cit.*, p. 27.

²⁹ United States Courts. *Federal Rules of Civil Procedure*, 2014. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/superseded-rules/federal-rules-civil-procedure-2014>. Acesso em: 9 ago. 2022.

³⁰ CARDOSO, *op. cit.*, p. 29.

3.2.1 Breve esboço histórico

Em todo o mundo, estudiosos do direito remontam as origens dos litígios grupais a casos outrora apresentados perante os tribunais ingleses conhecidos como “*Courts of Chancery*”. Estes eram responsáveis pelo exercício de uma jurisdição de equidade (“*equity*”), de natureza mais flexível do que aquela exercida pelos Tribunais de Direito, que praticavam a *common law*, de caráter rígido, burocrático e formal.³¹

Contrariamente aos Estados Unidos, não há, na Alemanha, uma ação coletiva propriamente dita, em que um único representante age em nome daqueles que não participam do processo. O ordenamento jurídico alemão, na verdade, conta com um procedimento-modelo voltado à resolução de uma multiplicidade de demandas similares, denominado *Musterverfahren*.

A origem do *Musterverfahren* remonta ao início dos anos 1990, quando os alemães passaram a demonstrar crescente interesse na aquisição de ações, movimento esse que culminou, em 1996, na abertura do capital da *Deutsche Telekom*, a maior empresa de telecomunicações da Alemanha.

Quase concomitantemente com essa súbita euforia coletiva, uma série de crises assolou o setor financeiro alemão, devido à sua má administração. Essas crises, por consequência, minaram gravemente a confiança que os investidores vinham depositando no mercado de capitais,³² levando-os a recorrer aos sistemas jurídicos estrangeiros para se protegerem das diversas perdas acumuladas decorrentes da supervalorização do capital.

A concorrência com os tribunais internacionais foi, assim, um dos principais incentivos ao desenvolvimento do *Musterverfahren*, introduzido no sistema jurídico alemão para assegurar o controle nacional sobre o mercado de capitais e evitar a aplicação de legislação extraterritorial nas demandas movidas pelos investidores lesados.³³

Mas o verdadeiro gatilho para a concepção do *Musterverfahren* foi o ajuizamento, em um único ano e perante um único tribunal (tribunal de Frankfurt), de quase duas mil e seiscentas ações por investidores prejudicados pela *Deutsche*

³¹ YEAZELL, *op. cit.*, p. 1.087.

³² HESS, B., REUSCHLE, F., RIMMELSPACHER, B. *Kölner Kommentar zum KapMuG, Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns, 2014. p. 20.

³³ O *Musterverfahren* prevê a jurisdição exclusiva dos tribunais alemães sobre as demandas envolvendo empresas nacionais.

Telekom, que realizou inúmeras avaliações de propriedade equivocadas.³⁴ Ora, um número tão grande de reivindicações num único tribunal poderia levar a atrasos que seriam avessos à garantia de proteção legal prevista nos arts. 20, § 3º, e 2, § 1º, da Constituição alemã.

Por isso mesmo, o Tribunal Constitucional alemão, em uma decisão proferida em 27 de julho de 2004,³⁵ exigiu que o tribunal de Frankfurt sentenciasse os casos antes do final daquele ano, prazo esse que, para se tornar viável, necessitaria do desenvolvimento de um procedimento-modelo que, a princípio, seria baseado no princípio do direito a um julgamento justo. Tratava-se do que, hoje, é conhecido como *Musterverfahren*.

3.2.2 Hipóteses de cabimento e finalidade

O *Musterverfahren* é aplicável a demandas civis de natureza indenizatória, ajuizadas perante os tribunais alemães em virtude da divulgação pública de informações incorretas, enganosas ou omissas no âmbito do mercado financeiro nacional e a demandas que versam sobre obrigações contratuais relativas à aquisição de títulos mobiliários e à oferta pública de aquisição de ações, sendo seu objetivo o de “formar uma decisão coletiva acerca de questões comuns extraídas dos litígios individuais, com a seleção e o julgamento do caso-modelo, que servirá como paradigma para os demais processos individuais”.³⁶

3.2.3 Procedimento

³⁴ SCHILLING, A. *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich: Untersuchung zur Übernahme von Elementen der securities class action für das deutsche KapMuG*, Kovač, Hamburg, 2010. p. 112.

³⁵ *Beschluss des BVerfG vom 27.07.2004*, Az. 1 BvR 1196/04. Disponível em: <https://openjur.de/u/178555.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

³⁶ CARDOSO, *op. cit.*, p. 43. No mesmo sentido: “O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas.” (CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio 2007. p. 132).

O *Musterverfahren* inicia-se a partir do requerimento, pelo autor ou pelo réu, de instauração do procedimento-modelo (“*Musterfeststellungsantrag*”) perante o juízo de uma ação individual (“*Prozessgericht*”), oportunidade na qual deve indicar o que deseja alcançar com o tratamento coletivo da controvérsia, descrevendo a conjuntura litigiosa (“*Streitpunkte*”) a ser solucionada, bem como as provas a serem produzidas na fase instrutória do processo.

Uma vez formulado o pedido para instalação do incidente coletivo, o *Prozessgericht*, enquanto juízo de origem, ficará responsável por analisá-lo, devendo, como ensina ANTONIO DO PASSO CABRAL, negá-lo:

Quando a causa estiver pronta para julgamento, quando puder prolongar ou postergar indevidamente o processo, quando o meio de prova requerido for inadequado, quanto as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento, ou ainda quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva.³⁷

Se não for verificada nenhuma das hipóteses que vedam a instauração do *Musterverfahren*, este será admitido, caso em que o juízo de origem determinará a publicação, em cadastro eletrônico público e gratuito (“*Klageregister*”), de um extrato do pedido. No futuro, outros extratos referentes a requerimentos similares de instauração do procedimento-modelo poderão ali se juntar, de modo que ficarão todos reunidos num mesmo “banco de dados”, facilitando a resolução de questões comuns.

Quando, em até quatro meses após a publicação na plataforma escolhida, forem ali reunidos, no mínimo, dez pedidos de instauração de procedimentos-modelo com causas de pedir afins, o juízo de origem estará autorizado a dar sequência ao rito do *Musterverfahren*, proferindo uma decisão (“*Vorlagebeschluss*”) para promover o exame das teses coletivas pelo tribunal imediatamente superior, chamado de “Tribunal Regional” (“*Oberlandesgericht*”).

Visando à prolação de uma decisão sobre o mérito das tratativas coletivas trazidas à sua análise, o Tribunal Regional escolherá um representante para os vários autores e outro para os réus, os quais são chamados, respectivamente, de “*Musterkläger*” e “*Musterbeklagte*”. Discorrendo sobre a existência desses personagens, ANTONIO DO PASSO CABRAL assinala ser:

Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se

³⁷ CABRAL, *op. cit.*, p. 133-134.

necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial.³⁸

Na sequência, o Tribunal Regional ordenará a publicação, no banco de dados, da instauração do procedimento-modelo, após o que todos os processos cuja decisão dependa das questões a serem dirimidas no *Musterverfahren* instalado serão suspensos, *ex officio* e mediante decisão irrecorrível. “Vale dizer, o *Musterverfahren* poderá atingir processos individuais cujas partes não requereram a tratativa coletiva de nenhuma questão fática ou jurídica”.³⁹

O trâmite do procedimento-modelo seguirá, então, normalmente, até que o Tribunal Regional profira uma decisão (“*Musterentscheid*”) fixando seu entendimento acerca das questões de mérito a ele submetidas. Referida decisão vinculará todos os processos que aguardavam uma definição no âmbito do procedimento-modelo, devendo a eles ser aplicada a mesma tese jurídica exarada pelo tribunal superior.

³⁸ *Ibidem*, p. 135.

³⁹ *Ibidem*, p. 136.

4 FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A CRIAÇÃO DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO DE TÉCNICAS DE SOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4.1 A deficiência dos meios processuais tradicionais ante a litigiosidade em massa

Inicialmente, o processo, como um todo, foi concebido para a solução de controvérsias bipolarizadas,⁴⁰ típicas de uma sociedade pré-industrial, maculada pelos ideais burgueses disseminados nas revoluções do século XVIII, época em que as preocupações com a coletividade eram suprimidas pelo Estado. Esse cenário, no entanto, modificou-se com a emergência do Estado Social, compreendido por PEDRO LENZA como “o grande responsável pela harmonização social e assegurado de alguns direitos que vinham sendo mutilados pela fúria capitalista da Revolução Industrial”.⁴¹

A partir de então, a percepção sobre as relações interpessoais tornou-se mais sofisticada, com olhos voltados para os sujeitos de direito que as compõem. A configuração subjetiva dos conflitos revelou-se, assim, mais complexa e desconcentrada, na medida em que à coletividade foi reconhecida a possibilidade de defender seus direitos.

Essa defesa, entretanto, não poderia dar-se através do processo civil tradicional, vocacionado à solução de desavenças individuais. Por conta disso, os estudiosos do direito engajaram-se na tarefa de “socializar o processo”,⁴² isto é, arquitetar um modelo compatível à nova realidade social, buscando a concretização da promessa constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Para tanto, tiveram de considerar os novos desafios ofertados pela sociedade contemporânea enquanto fatores determinantes para a reprodução massificada das questões litigiosas levadas ao Poder Judiciário.⁴³ A “concentração demográfica nos

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 36.

⁴¹ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115-116.

⁴³ Como destaca SOFIA TEMER, José Carlos Barbosa Moreira já havia previsto a intensificação dos litígios grupais, sobretudo porque “as características da vida contemporânea produzem a emergência de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta pensão

centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso a serviços e sua precarização, [e] a virtualização das relações jurídicas”⁴⁴ passaram, assim, a ser consideradas para a gênese de um novo direito processual civil, processo esse pautado na necessidade de se revisar os institutos processuais existentes, até então demarcados pelo individualismo clássico, e na pretensão de se desenvolver novas formas de tutela jurisdicional aptas a proteger interesses amplos, abrangentes e pertencentes a uma numerosidade significativa de indivíduos.

Uma série de obstáculos foi, então, posta a cargo daqueles que pretendiam adaptar o processo civil à eclosão de direitos cujos titulares seriam uma coletividade indeterminada. Os estudiosos tiveram de se preparar para enfrentar a impotência do direito processual civil clássico para solucionar demandas coletivas sob uma dupla perspectiva, a saber, a da organização de seu procedimento padrão e a da estruturação do próprio Poder Judiciário.⁴⁵

Em termos procedimentais, a inadequação do processo civil tradicional vinculou-se à percepção de que o processo, em sua roupagem original, foi pensado visando à prática de uma atividade jurisdicional singular e individualizada, não voltada à aplicação uniforme do direito.⁴⁶ Já em termos estruturais, não é dificultoso alcançar a conclusão de que o Poder Judiciário não foi planejado para receber, analisar e decidir uma exorbitância de demandas repetitivas.

De fato, o processo civil tradicional nunca foi, organizacional e estruturalmente, suficiente para tutelar os litígios assinalados pelo signo da repetitividade.⁴⁷ Mas o processo coletivo desenvolvido a partir da adequação da tutela jurisdicional a essas

do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e poque não, processo de massa?” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*. In: TEMER, *op. cit.* p. 29).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁶ ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS bem elucida a questão: “Às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais, com as mesmas construções doutrinárias e legal sobre as regras de estabilização da demanda e distribuição dos ônus da defesa da prova, por exemplo, bem como a regulamentação dos limites objetivos da coisa julgada.” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 54).

⁴⁷ Nesse sentido: “O processo deve *adequar-se* às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema. A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. In: TEMER, *op. cit.*, p. 32).

adversidades também não se mostrou satisfatório para dirimir os problemas da litigiosidade repetitiva.

A doutrina atrelou a impossibilidade de se tutelar todos os conflitos classificados como repetitivos via ações coletivas a fatores como a restrição às matérias que poderiam servir de objeto dessas ações, a limitação da legitimidade ativa a pessoas naturais, a escassez de critérios para aferição da representatividade adequada, a delimitação relativa à atuação de associações, a impraticabilidade do sistema de comunicação do ajuizamento da ação aos interessados, a sentença condenatória genérica e a necessidade de sua execução individual, a ineficiência do sistema de extensão dos efeitos da coisa julgada e a propensão à propositura de demandas individuais.⁴⁸

A identificação de tais fragilidades nos mecanismos de proteção coletiva dos novos direitos jogou luz à necessidade de se conceber outras técnicas para a tutela de conflitos seriados, as quais deveriam ser aptas o bastante para contingenciá-los e possibilitar que fossem tratados de maneira concentrada, sem que os direitos fundamentais, que serão abordados a seguir, fossem deixados de lado.

4.2 Necessária adequação aos novos contornos conferidos aos direitos fundamentais pela CRFB/88

Como visto, a instituição de mecanismos confeccionados pelo legislador brasileiro para atenuar o problema da efetividade do Poder Judiciário na solução de litígios massificados que não podem ser dirimidos pela via das ações coletivas atribuiu-se à necessidade de se ver desenvolvido um remédio para recuperar a eficiência do Poder Judiciário no contexto de demandas repetitivas que, tratando de um mesmo direito, precisam ser decididas homoganeamente.

A legitimidade desses mecanismos enquanto técnicas processuais diferenciadas, destinadas à solução de controvérsias de direito que se repitam em inumeráveis processos, é extraída de alguns direitos fundamentais que, além de justificarem sua existência, norteiam sua aplicação no caso concreto.⁴⁹ São eles:

⁴⁸ *Ibidem*, p. 33-34.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 37.

4.2.1 A isonomia

A ruptura dos antigos paradigmas constitucionais em decorrência da promulgação da CRFB/88 trouxe consigo novos parâmetros sociais, jurídicos, políticos e econômicos à sociedade brasileira, culminando no fenômeno que se denomina de “neoconstitucionalismo”. Mencionado fenômeno, atribuindo força normativa ao texto constitucional, conferiu maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais, antes percebidos como meras exortações morais e orientativas da conduta humana e, desde então, reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas, de caráter vinculante e coercitivo. É o que ensina LUÍS ROBERTO BARROSO:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.⁵⁰

Com efeito, o neoconstitucionalismo, moldando um novo modelo de Estado puramente baseado na Constituição, não passou despercebido pelo direito processual civil. O aplicador do direito processual foi, desse modo, constrangido a compreender as normas jurídicas processuais a partir da função com que elas foram concebidas – a de conferir efetividade ao direito material, assegurando, ao máximo, a observância dos direitos e garantias fundamentais.

Com o reconhecimento da força normativa da CRFB/88, portanto, o direito processual civil teve de passar a ser compreendido à luz da teoria dos direitos fundamentais. Essa mutação de paradigma trouxe relevantes reformas à visão tradicional do processo, que passou a ser pautado por um ideal mínimo de justiça, cuja expressão máxima perpassa, necessariamente, pela noção de isonomia.

Ao tratar da incidência da isonomia no processo brasileiro, a doutrina ocupa-se de aspectos internos ao processo, preocupando-se, essencialmente, com a impressão

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

de igualdade às partes no desempenho de suas posições processuais e possibilitando que elas participem do processo com paridade de armas. Trata-se, aqui, do que se denomina “igualdade perante a lei”, que, no âmbito do direito processual civil, nada mais é do que a garantia de que a todos os litigantes será proporcionado um tratamento idêntico, com o emprego de poderes defensivos substanciais em igual medida.

A ideia de paridade de armas na aplicação do direito processual corresponde, pois, ao perfil estático da igualdade, que, pressupondo a existência de uma estrutura única para toda e qualquer relação intersubjetiva, desconsidera as peculiaridades de cada uma das partes no plano material. Na prática, portanto, a aplicação da ideia de “isonomia perante a lei” ao processo acaba por não ser o bastante para que as posições dos sujeitos processuais estejam verdadeiramente equalizadas.

Para isso, existe um segundo aspecto da isonomia, chamado de “igualdade ao processo”. Esta deve ser interpretada à luz das lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que, ao desenvolver a compreensão de que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”,⁵¹ acaba por admitir que, para se concretizar a isonomia no plano processual, é possível conferir “tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados”.⁵²

Mas não foi nenhum desses aspectos que orientou a concepção de técnicas diferenciadas para a solução de litígios em massa no Brasil. A contribuição do novo perfil constitucional atribuído à isonomia para o desenvolvimento do microsistema brasileiro de mecanismos diferenciados de tutela das demandas repetitivas está, na verdade, atrelada à percepção do princípio isonômico em seu caráter de “igualdade diante das decisões judiciais”.

Diferentemente do que se vê nas técnicas tradicionais de julgamento de processos coletivos, a observância à “igualdade diante das decisões judiciais” no formalismo processual está muito além da simples apreciação conjunta de questões simétricas (coletivização). Na realidade, esse aspecto da isonomia – e é aqui que se assenta sua influência nas técnicas diferenciadas de resolução de conflitos repetitivos

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 12.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 112-113.

– visa a compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, com a uniformização do entendimento jurisprudencial e a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário a esse entendimento na decisão de casos pendentes ou futuros.

Como explica JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, essa possibilidade é aceita no sistema jurídico brasileiro pela:

[...] existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies 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.⁵³

Os novos incidentes de desenlace de questões jurídicas repetitivas atuam, nesse sentido, em prol da unidade do direito, a qual só se atinge, por um lado, pela formulação de expedientes voltados à fixação da orientação a ser aplicada por todos os tribunais pátrios e, por outro, pela imposição de medidas tendentes a fazer valer essa orientação na solução de casos concretos. A “igualdade diante das decisões judiciais” é, dessa forma, uma atividade bipartida, que conjuga a definição da tese e a compatibilização dessa ao caso *sub judice* para que, numa análise última, as mesmas questões de direito sejam interpretadas e aplicadas identicamente.

4.2.2 A segurança jurídica

Como observa JOSÉ RENATO NALINI, na atualidade, “a Justiça se dessacralizou”.⁵⁴ Se, antes, “sua suscetibilidade extrema a toda e qualquer crítica protegia a imutável aparência de suas instituições e fazia crer em uma permanência necessária”,⁵⁵ a contemporaneidade trouxe consigo profundas alterações a esse cenário.

⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 4-5.

⁵⁴ NALINI, José Renato. O Futuro da Segurança Jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (coord.). *Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 105.

⁵⁵ VARAUT, Jean-Marc. *Le Droit au Juge*. In: GERMANOS, *op. cit.* p. 106.

De fato, a judicialização de todo e qualquer conflito decorrente de uma sociedade pluralista e complexa imprimiu certo tom de afluência à situação dos ordenamentos jurídicos, agora pautada pelo número cada vez maior de processos que desabam sobre os órgãos do Poder Judiciário. É esse o custo “da transição de uma sociedade vertical, na qual tudo só pode provir do Estado e ao Estado retorna, a uma sociedade horizontal, plural, contraditória e, por isso mesmo, a cada dia mais conflitiva”.⁵⁶

A inflação do Poder Judiciário em virtude da generalização dos reclamos agrava, pois, a descrença na Justiça, que, estando cada vez mais suscetível à prolação de decisões conflitantes e inesperadas, acaba por difundir certa insegurança no desfecho dos conflitos judicializados, ameaçando, com isso, a plenitude do Estado Democrático de Direito.

É na tentativa de sanar o fenômeno da imprevisibilidade das decisões judiciais que a nova hermenêutica constitucional desenvolvida no seio da CRFB/88 fala em “segurança jurídica” enquanto princípio implícito ao ordenamento jurídico brasileiro, voltado a proporcionar, à comunidade jurídica, uma sensação de certeza e estabilidade na interpretação das normas legais.⁵⁷

Para tanto, conta-se com a aptidão do direito de predeterminar aos cidadãos as condutas que deles são consideradas devidas, permitidas ou proibidas, possibilitando, assim, que depositem sua confiança no Estado para guiar suas ações e fundamentar suas expectativas em relação às ações de terceiros. É exatamente nesse sentido que HUMBERTO ÁVILA define o dogma da segurança jurídica como sendo “um *juízo prescriptivo* a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com *determinado ordenamento jurídico*”,⁵⁸ salientando, inclusive, que:

A segurança jurídica, nessa concepção, não significa a *possibilidade* de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos,

⁵⁶ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁷ Quanto a isso, cumpre destacar as brilhantes lições de LUIZ EDSON FACHIN, para quem “a segurança jurídica, pois, não significa imutabilidade, mas sim um mínimo indispensável de previsibilidade, em patamares compatíveis com o dinamismo e o cosmopolitismo.” (FACHIN, Luiz Edson. *Segurança Jurídica Entre Ouriços e Raposas*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (org.). *Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e sua consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 16).

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 127.

mas sim a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade.⁵⁹

Com efeito, a segurança jurídica pretendida pelo legislador constituinte nada mais é do que uma prescrição normativa norteadora dos atos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem agir em busca de um “estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”.⁶⁰

A preterição de tal estado, em especial no âmbito do Poder Judiciário, faz da jurisprudência lábil e contribui para a disseminação da incerteza. Não rara a atribuição de soluções antagônicas a casos idênticos, “à míngua de orientação segura, os jurisdicionados quedam-se no limbo da insegurança”,⁶¹ fato esse que só se agrava se se considera o assoberbamento que já é inerente às demandas de massa.

Não por outra razão, a primazia da segurança jurídica na nova ordem constitucional reivindica a criação de mecanismos que proporcionem previsibilidade aos jurisdicionados e que evitem a prolação de decisões conflitantes para questões idênticas. Daí sua influência na formação de instrumentos processuais aptos a sanar litígios massificados.

4.2.3 A celeridade processual

A ineficiência estrutural do Poder Judiciário, no contexto da busca pela efetividade dos direitos materiais e do emprego de técnicas processuais voltadas ao alcance de resultados concretos, não passou despercebida. O aumento do número de processos causado, sobretudo, pelos novos anseios da sociedade contemporânea desafiou a capacidade de absorção das demandas judiciais pelo Poder Judiciário e jogou luz à necessidade de adequação imediata das técnicas processuais,

⁵⁹ *Ibidem*, p. 127-128. No mesmo sentido, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA assevera que “segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado. Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 168-169).

⁶⁰ ÁVILA, *op. cit.*, p. 130.

⁶¹ BARROS, Humberto Gomes de. Superior Tribunal de Justiça *versus* Segurança Jurídica: A crise dos 20 anos. In: *Revista do Advogado*, n. 103, mai. 2009, p. 59.

especialmente daquelas atinentes aos conflitos que se repetem reiteradamente, tudo para preservar a efetividade do processo.

Sob a perspectiva do garantismo processual, a efetividade do processo pode ser definida como sendo a prerrogativa constitucionalmente prevista de “proteção eficaz e tempestiva do direito material”.⁶² A tutela efetiva é, nesse sentido, “aquela que proporciona ao titular do direito substancial [a] possibilidade de usufruir dos efeitos a ele assegurados no plano-material”⁶³ num lapso temporal razoável.

A noção de “efetividade do processo” concebida sob a égide da CRFB/88 cedeu, pois, posição de destaque ao *tempo* enquanto elemento inerente à própria fisiologia processual. A rapidez com que os litígios são resolvidos e o direito material pretendido é entregue aos jurisdicionados tornou-se, assim, uma imposição democrática a ser observada por todo e qualquer mecanismo processual desenvolvido no âmbito da nova concepção conferida aos direitos e garantias fundamentais, como é o caso das técnicas processuais criadas para resolução dos conflitos repetitivos.

Elas alinham-se ao conceito de efetividade processual na medida em que foram constituídas visando à análise concentrada de litígios e ao desafogamento da máquina judiciária, que deve colocar em prática aquilo que se entende como a maneira mais ágil de fazer com que o órgão julgador se dedique, com a profundidade que dele é esperada, à solução da controvérsia, sem que isso represente um decréscimo qualitativo de sua atuação.

É justamente com esse objetivo que o IRDR, objeto medular deste estudo, foi concebido.

⁶² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17.

⁶³ *Ibidem*, p. 24.

5 PANORAMA SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

5.1 Conceituação e natureza jurídica

Como exposto alhures, o direito processual civil brasileiro, assumindo uma cultura híbrida⁶⁴ e sob significativa influência do sistema de *common law*, passou a perseguir a criação de mecanismos de resolução coletiva de conflitos repetitivos cujo emprego conciliasse os ideais de isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

O IRDR constituiu, assim, um acréscimo a esses mecanismos, que são voltados ao combate da dispersão jurisprudencial e ao desafogamento dos órgãos jurisdicionais. Para tanto, a técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados aqui abordada vale-se da produção, em demanda processada em apartado da causa originária, de um padrão decisório a ser observado de maneira vinculante sempre que se estiver diante, em processos pendentes ou futuros, da questão jurídica que ensejou a instauração do incidente.⁶⁵

Com efeito, como o próprio nome denota, o IRDR não passa de um incidente processual voltado para a consolidação de teses de direito e para a promoção da uniformização da jurisprudência dos tribunais. Não tem, pois, natureza de ação ou mesmo de recurso, devendo ser entendido simplesmente como um “conjunto de atos formalmente coordenados a serem realizados no curso do processo”, apresentando-se como “um pequeno procedimento inserido no contexto do procedimento maior”.⁶⁶

Essa é, inclusive, a compreensão de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para quem o IRDR jamais poderá ser qualificado como ação, uma vez que “nem sempre é

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 140, p. 143-154, 2006.

⁶⁵ Nesse sentido, leciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: “O incidente de resolução de demandas repetitivas é aquele que se instaura, perante um tribunal, quando em sua jurisdição registra-se repetição de processos em torno de uma igual questão de direito, ensejando risco de soluções conflitantes que possa ofender a *isonomia* e a *segurança jurídica* (CPC, art. 976), risco esse que se coíbe mediante fixação, pelo tribunal, de *tese jurídica* aplicável, dentro de sua área de jurisdição, a todos os processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma questão de direito resolvida no IRDR (CPC, art. 985).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Natureza e Função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello (coords.). *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Panorama e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 359).

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 242.

promovido pelo litigante e, quando o é, não é em proveito próprio e exclusivo de quem age, mas sob o pressuposto de haver diversas demandas, acerca da mesma questão de direito, em risco de serem solucionadas da maneira contraditória” e “não pode gerar coisa julgada”,⁶⁷ aptidão sem a qual não se pode atribuir a qualidade de ação a um remédio processual.

O autor ainda afasta a possibilidade de se considerar o IRDR um recurso, já que “não se pode entrever sucumbência a justificar sua instauração, e tampouco pretensão de reforma ou invalidação de julgamento já ocorrido”, retirando-lhe por completo do enquadramento como um expediente impugnativo das decisões judiciais. Com isso, conclui que o IRDR nada mais é do que um remédio processual de inquestionável caráter coletivo, “destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios mediante estabelecimento de tese aplicável a todas as causas em que se debata a mesma questão de direito”.⁶⁸

Funcionando, pois, como um mero produtor do ponto de partida para que os juízos singulares decidam seus processos, o IRDR, seguindo a concepção de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, aqui já exposta, não passa de um *incidente processual* que, ao ser instaurado, transfere a competência ao Tribunal para formular a *ratio decidendi* que orientará o julgamento das demandas presentes e futuras que enfrentem a questão jurídica sobre a qual recaiu o instituto.

5.2 Modelo processual adotado no IRDR para a solução de processos repetitivos

Até os dias atuais, diverge-se a respeito da existência ou não de uma cisão cognitiva e decisória originada da aplicação do IRDR. Os estudiosos do direito ainda se perguntam se o incidente compreende o julgamento do conflito subjetivo que levou à sua instauração ou se apenas volta-se para a resolução, em abstrato, de uma questão de direito sobre a qual se fixará uma tese jurídica, sem o julgamento da lide propriamente dito.

⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Natureza e Função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 360-361.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 361.

Tal discussão é permeada pela classificação dos procedimentos para a solução de controvérsias repetitivas em dois diferentes paradigmas, a saber, a *causa-piloto* e o *procedimento-modelo*.

O primeiro, identificável no *Musterverfahren* alemão, caracteriza-se pela unidade de cognição processual sobre um caso previamente selecionado pelo órgão julgador, que apreciará, com exclusividade, a demanda escolhida, fixando tese a ser replicada nas demais. Ou seja, o modelo da causa-piloto pressupõe a escolha de uma causa paradigma cujo julgamento de mérito importará a definição de teses jurídicas que devem ser aplicadas aos processos similares.

O segundo, por sua vez, é encontrado em países de *common law*, identificando-se pela cisão cognitiva e decisória, na medida em que pressupõe que as questões comuns sejam apreciadas num julgamento e, posterior e individualmente, sejam julgados os méritos de cada uma das causas repetitivas. No procedimento-modelo, portanto, instaura-se um incidente tão somente para fixar uma tese a ser seguida, não havendo a seleção de uma causa a ser julgada.

Apesar da declarada inspiração alemã do IRDR, certo é que, em determinados aspectos, influencia-se o instituto por outros instrumentos, tais como os precedentes derivados do *common law*. Justamente por isso, ambos os procedimentos que orientam a solução de litígios repetitivos são combinados entre si, fazendo do IRDR um “sistema, portanto, brasileiríssimo”,⁶⁹ restando a dúvida de qual dos sistemas é verdadeiramente adotado pelo incidente.

Aqueles que se filiam ao entendimento de que o IRDR se destina, também, ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado encontram suporte legal no parágrafo único do art. 978 do CPC, segundo o qual “[o] órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Para eles, referida disposição torna evidente que o Tribunal, no IRDR, não só fixa uma tese a ser aplicada aos demais casos repetitivos, como também soluciona o conflito subjetivo que levou à instauração do incidente, caracterizando, portanto, o acatamento do modelo de causa-piloto, no qual se forma uma unidade cognitiva e decisória. Essa é a posição de FREDIE DIDIER JR., que esclarece que:

⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.416.

Ainda que não houvesse o texto do parágrafo único do art. 978 do CPC, haveria aí uma causa-piloto, pois não é possível que o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. *A instauração do IRDR, repita-se, pressupõe a existência de uma causa no tribunal, assim como a instauração do incidente para julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo pressupõe a existência de um deles no âmbito do tribunal superior.* [...] Se não houvesse caso em trâmite no tribunal, não se teria um incidente, mas um processo originário, com transferência ao tribunal de parte da cognição que deveria ser realizada pelos juízos de primeira instância.⁷⁰

De outro lado, os estudiosos que defendem a posição segundo a qual o IRDR apenas fixa uma tese jurídica a ser posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como fundamento para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros, apoiam-se nos seguintes substratos, muito bem delineados por SOFIA TEMER:

[...] a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da “demanda”; b) a desistência do que *seria* a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, que tramita *independentemente* de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos de sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais.⁷¹

Antes de se filiar a um desses posicionamentos, entretanto, faz-se essencial ter uma clara compreensão do que seria a “cisão de cognição” que serve como critério para determinar se o procedimento do IRDR é uma causa-piloto ou um procedimento-modelo.

Para o MARCO AURÉLIO BELLIZZE DE OLIVEIRA, um dos atuais Ministros do STJ, a cisão de cognição é “a separação da demanda em dois momentos distintos, inclusive com competências diferentes, conforme seja a questão específica ou comum (repetitiva)”, sendo o critério de separação não “a preponderância fática ou jurídica da questão, [...] mas a possibilidade de sua ‘objetivação’ ou ‘dessubjetivação’, pois “[n]o IRDR não há aglutinação, mas abstração””.⁷²

⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 3. p. 718-719.

⁷¹ TEMER, *op. cit.* p. 69.

⁷² OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. Os requisitos do IRDR: Entre o procedimento-modelo e a causa-piloto. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 78.

Exatamente pela autonomia processual do IRDR não decorrer da classificação da questão em fática ou jurídica, mas sim do processo de abstração atrelado à cisão cognitiva, que se conclui que o incidente assume o sistema de procedimento-modelo, prestigiando-se, portanto, a posição de SOFIA TEMER, que explica que:

No IRDR, não há uma junção de situações concretas comuns para julgamento único – ou seja, uma “coletivização”, mas, ao contrário, a abstração em relação aos casos concretos, como numa “imagem holográfica”, para fixação de uma decisão padrão a partir de um *fato-tipo* extraído das situações concretas, que depois deverá ser incorporada para julgamento das demandas.⁷³

A admissão do procedimento-modelo como sistema adotado pelo IRDR, contudo, importa o questionamento com relação à dispensabilidade da tramitação de causa ou recurso no tribunal para que seja cabível o incidente. Essa inquirição será abordada no tópico seguinte, no qual serão apresentados e discutidos os requisitos para a instauração do IRDR.

5.3 Pressupostos cumulativos de cabimento

5.3.1 Existência de questão unicamente de direito

No sistema jurídico brasileiro, diversos são os institutos que lidam com a dicotomia existente entre questões fáticas e questões de direito. O IRDR, enquanto parte desses institutos, opera a partir dessa lógica, pretendendo cindir a cognição ao ocupar-se tão somente das questões de direito que surgem no âmbito dos processos repetitivos.

A prática, contudo, demonstra, com frequência, ser dificultoso – e até mesmo impossível – isolar as questões relevantes para o processo considerando-se tão somente os aspectos jurídicos nele envolvidos. Isso, porque,

[...] no processo, os juízes são sempre incumbidos de aplicar o direito positivo numa quadra em que as circunstâncias fáticas são inafastáveis, pela simples constatação de que a função essencial da jurisdição não é outra senão a de qualificar os fatos trazidos à sua análise para determinar-lhes a consequências jurídicas. Em outros termos, quando se impõe, como nos recursos especial e extraordinário, que o acerto seja de direito e não de fato, o que, na verdade, se deseja é a apuração da correção, ou não, do modo com que se procedeu à subsunção dos fatos apurados à norma jurídica

⁷³ TEMER, *op. cit.* p. 95.

que lhe seja pertinente. Para tanto, a limitação imposta ao tribunal superior de apreciar tão somente as questões de direito, seja nos recursos especial e extraordinário, seja em qualquer incidente, será sempre *relativa*, e nunca *absoluta*, já que na quase totalidade dos casos será impossível examinar a *questão de direito* deduzida em juízo sem vinculá-la ao respectivo suporte fático.⁷⁴

A intensa interligação que se estabelece entre as questões fáticas e jurídicas e a conseqüente compreensão de que o fenômeno jurídico envolve, necessariamente, fato e direito levam à conclusão de que as questões sob apreciação judicial, como lecionado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, devem se classificar em questões *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito, de acordo com o que for exigido do julgador naquela específica atividade de cognição e julgamento.⁷⁵

Nesse sentido, a questão de direito que opera como requisito de admissibilidade do IRDR deve ser entendida como aquela que corresponde às conclusões esposadas pelo magistrado no que diz respeito à aplicação da norma jurídica, sem compreender a aferição, em concreto, do quadro fático que permeia o litígio posto em exame. Até porque, no incidente, “não são apurados se e *como* ocorreram determinados fatos específicos”, ocupando-se o tribunal apenas de “definir a compreensão dos textos normativos, considerando, para tanto, uma categoria fática pressuposta”.⁷⁶

5.3.2 Efetiva repetição de processos com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Ao fazer referência à efetiva repetição de processos como um dos pressupostos de cabimento do IRDR, o CPC não estipulou um número mínimo para caracterizar a repetição, tratando-se, pois, de um conceito aberto cujos critérios de constatação variam caso a caso.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Natureza e Função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 365-366.

⁷⁵ Citada por SOFIA TEMER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER esclarece que “pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito, ou seja, o *fenômeno jurídico é de fato e é de direito*, mas o aspecto problemático deste fenômeno pode estar girando em torno dos fatos ou em torno do direito. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o *aspecto problemático* desse fenômeno pode estar lá ou cá.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. In: TEMER, *op. cit.* p. 71).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 72.

Seja como for, independentemente da ausência de critérios objetivos para a aferição do preenchimento desse específico requisito, este será considerado atendido quando o interessado demonstrar que a questão se repete num número razoável de causas cujo julgamento pode trazer riscos de ofensa aos preceitos da isonomia e da segurança jurídica.⁷⁷

Tais riscos, como expõe FREDIE DIDIER JR., são comprovados pela preexistência de julgamentos díspares sobre a questão que se pretende definir com a instauração do IRDR:

Exatamente por isso, somente cabe o incidente quando já houver algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, deve haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. É preciso, enfim, haver uma controvérsia já disseminada para que, então, seja cabível o IRDR.⁷⁸

Só assim, com a análise de todos os fundamentos das decisões concernentes à questão jurídica cuja definição se busca, sejam elas favoráveis ou contrárias, é que se pode, verdadeiramente, alcançar uma tese a ser aplicada aos casos pendentes e futuros. Afinal, não haveria risco à isonomia e à segurança jurídica se todas as soluções dadas nos casos repetitivos não divergissem entre si – daí a necessidade de a efetiva repetição de processos ser encarada, na verdade, como sendo a existência, em número razoável, de decisões conflitantes entre si a respeito de uma mesma questão jurídica.

5.3.3 Inexistência de recurso repetitivo afetado ou com tese já definida sobre o mesmo tema do IRDR a ser suscitado

⁷⁷ Nesse sentido, o Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie, *op. cit.* p. 759. Essa, inclusive, é a mesma posição de FABIANO CARVALHO, que aduz que “[e]mbora a palavra ‘risco’ indique a possibilidade de um acontecimento futuro e incerto, o qual poderia levar a crer que bastaria a mera possibilidade de existirem decisões conflitantes a respeito da controvérsia repetitiva para caracterizar transgressão à isonomia e à segurança jurídica, é preferível, para efeitos de demonstração do pressuposto indicado no inciso II do art. 976, que ocorra efetivo desacordo interpretativo sobre a questão de direito.” (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotonio (coords.). *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 403).

Há, ainda, um requisito negativo a ser observado quando da instauração do IRDR. Este não será admitido se já houver sido afetado, no tribunal superior, recurso representativo da controvérsia para definição de tese sobre a questão de direito repetitiva.

A razão disso atrela-se à simetria jurídica existente entre o IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos, que, juntos, compõem o microssistema de julgamento de casos repetitivos. Referida simetria torna, de todo, “indesejável o trâmite paralelo entre esses dois procedimentos para resolver, concomitantemente, a mesma questão de direito material ou processual”,⁷⁹ na tentativa não só de evitar a prolação de decisões e teses conflitantes, mas, principalmente, de se preservar a eficiência processual.

Sobre o tema, assim discorre FABIANO CARVALHO:

De fato, é manifestamente sem sentido que ao mesmo tempo seja afetado determinado recurso (especial ou extraordinário), cujo efeito é a suspensão em todo território nacional de todos os processos que envolvam a questão que será objeto de resolução pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal e, ao mesmo tempo, seja instaurado incidente de resolução de demandas repetitivas cujo efeito de sua admissão é *apenas* a suspensão dos processos no âmbito do Estado ou da Região, de acordo com a competência do tribunal estadual ou regional.⁸⁰

A mesma lógica segue a segunda hipótese de preenchimento do pressuposto negativo sobre o qual ora se debruça. Se não cabe a instauração do incidente quando já afetado recurso repetitivo em tribunal superior, por óbvio, também não será possível o manejo de IRDR quando o tribunal superior já tiver fixado tese a respeito da questão jurídica repetitiva em sede de julgamento de algum recurso paradigma, pertencente ao microssistema de casos repetitivos.

5.3.4 A questão da pendência de causa nos tribunais

Quando da tramitação parlamentar do Projeto do atual CPC, a Câmara dos Deputados aprovou um substantivo com dispositivos que, expressamente, proporcionavam a suscitação do IRDR sem que fosse necessário utilizar, como fundamento, a existência de processos já em trâmite no tribunal. A última versão do

⁷⁹ *Ibidem*, p. 404.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 404.

codex processualista, aprovada pelo Senado Federal, sancionada e publicada para, então, transformar-se no CPC que hoje conhecemos, não contém, por conseguinte, qualquer enunciado que exija processo prévio no tribunal para a instauração do incidente, embora referido requisito tenha, até hoje, seus defensores.

Mencionados defensores apoiam-se no argumento de que a necessidade de existência de processo já em trâmite no tribunal está relacionada ao fato de que o IRDR constitui incidente a ser julgado pelo próprio tribunal, o qual, nos ditames do parágrafo único do art. 978 do CPC, detém competência não só para fixar a tese, mas também para julgar o recurso, a remessa necessária e o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Além disso, esposam o entendimento de que, se não houver caso já em trâmite no tribunal, estar-se-á diante de um processo originário e não um incidente propriamente dito, o que é inadmissível, já que ao legislador ordinário não é dado criar competências originárias.

Todas essas premissas são facilmente combatidas por aqueles que defendem que a existência de processo pendente no tribunal não constitui requisito de admissibilidade do IRDR, posição essa que prevalece na doutrina.

Com efeito, para eles, “o fato de existir na Constituição algumas competências definidas para órgão de 2º grau não torna a competência dos tribunais *matéria constitucional*, ou seja, tema de que só a Constituição possa tratar”.⁸¹ Por isso mesmo e em prol da preservação da segurança jurídica e da compatibilidade com as funções exercidas pelo STJ, o legislador ordinário tem autorização para não considerar a necessidade de existência de causa pendente no tribunal como um dos pressupostos de cabimento do IRDR.⁸²

Ademais, a interpretação de que o parágrafo único do art. 978 do CPC indicaria que a existência prévia de processo no tribunal é um dos requisitos de suscitação do IRDR encontra limites na própria redação do diploma processualista civil, que, da forma como foi sancionada, permite que tanto o juiz de primeiro grau e o relator, no

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Natureza e Função. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 371.

⁸² Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, valendo-se das lições de ALUISIO CASTRO MENDES, destaca que “[...] ‘o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um mecanismo processual completamente novo no ordenamento nacional. Portanto, as Constituições, Federal e Estaduais, não poderiam prever algo inexistente ao tempo das respectivas promulgações’. E por isso mesmo – e, principalmente, pelo importante papel que lhe cabe na preservação das garantias fundamentais, sobretudo a isonomia e a segurança jurídica – ‘deve ser visto sob uma ótica mais ampla e menos formalista pois atende aos preceitos maiores da Constituição’, dentre eles e em particular o do acesso à justiça e o da duração razoável do processo, além da segurança e da igualdade de todos perante a lei.” (*Ibidem*, p. 372).

tribunal, possam provocar a instauração do incidente. Dessa sorte, conclui-se que o parágrafo único do art. 978 do CPC somente pode ser sistematicamente interpretado como “autorizador do julgamento conjunto do incidente e do processo principal, se e quando ao procedimento do IRDR tiverem sido afetadas causas já em curso no tribunal”.⁸³

5.4 Processamento

5.4.1 Legitimidade para suscitação do incidente

O CPC, em seu art. 977, institui, como legitimados para provocar a instauração do IRDR, o juiz ou relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Assim, pode o IRDR ser suscitado “por iniciativa do órgão jurisdicional, de sujeitos parciais de processos pendentes, e de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado”.⁸⁴

5.4.2 Distribuição e juízo de admissibilidade

Como visto, o IRDR constitui procedimento incidental e, como tal, possui procedimento próprio. Por isso mesmo, sua abertura impõe certa formalidade, iniciando-se com o “pedido de instauração” formulado por um dos legitimados constantes do art. 977 do CPC. Referido pedido deve ser formalizado de ofício, caso o suscitante seja o juiz ou o relator, ou em petição, hipótese em que o requerente for uma das partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Seja como for a formalização, fato é que deve o ato ser endereçado ao presidente do tribunal estadual ou regional e imediatamente distribuído a um dos integrantes do órgão colegiado, de acordo com seu regimento interno e com os critérios de alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade. A tal órgão incumbirá a admissão e o julgamento de mérito do IRDR e, por isso, “deverá ser um daqueles

⁸³ *Ibidem*, p. 372. Para o autor, “[i]nexistindo, pois, processo principal em tais condições, o julgamento do tribunal se limitará à fixação da tese que os juízes de primeiro grau terão de aplicar nos processos suspensos em seu poder. De maneira alguma, se haverá de entender, portanto, que sem processo no tribunal o juiz de primeiro grau não pode suscitar o IRDR, e muito menos que o tribunal só possa admitir o incidente se baseado em processo em curso perante ele”. (*Ibidem*, p. 372-373).

⁸⁴ TEMER, *op. cit.* p. 106.

responsáveis pela uniformização de jurisprudência do respectivo tribunal, sendo desejável que [...] tenha atuação específica na área da matéria discutida no incidente”.⁸⁵

A decisão de admissão do incidente será, então, essencialmente colegiada, não tendo o relator do processo competência para, individualmente, exercer o juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo. Isso, porque a competência para a admissão ou não do IRDR qualifica-se como funcional e, portanto, absoluta, de modo a prestigiar a colegialidade das decisões, sobretudo no que diz respeito à concepção de teses e precedentes de observância obrigatória.

Designada, então, a respectiva sessão, caberá ao órgão colegiado para o qual o incidente foi distribuído examinar se este preenche ou não os requisitos de admissibilidade dispostos no art. 976 do CPC e que já foram exaustivamente estudados no presente trabalho. Desse exame, poderá resultar um juízo de admissibilidade negativo ou positivo.

Em sendo negativo, o tribunal não poderá fixar qualquer tese jurídica e os processos que envolvam a questão de direito suscitada no IRDR inadmitido prosseguirão normalmente. Por outro lado, caso o juízo de admissibilidade seja positivo, incumbirá ao tribunal identificar com exatidão o objeto do incidente, indicando a questão jurídica controvertida, os argumentos dissonantes apresentados até então e os dispositivos normativos que a eles se relacionam, sendo, pois, “[a] clareza da definição do tema [...] condição essencial”⁸⁶ para o bom julgamento da matéria.⁸⁷

Uma vez minuciado o objeto do incidente com precisão, a decisão exarada pelo tribunal e a própria questão de direito afetada tornam-se estáveis, orientando, a partir

⁸⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁸⁶ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotônio (coords.), *op. cit.* p. 425. Para FABIANO CARVALHO, a essencialidade da definição do objeto do IRDR repousa em variados motivos, assim desenvolvidos pelo autor: “É sobre o objeto definido pelo tribunal que será exercido todo o contraditório qualificado e toda a atividade cognitiva destinada à fixação da tese que será aplicada a outros casos semelhantes. De outro lado, a identificação precisa da questão permite definir o *que* deverá ficar suspenso até o julgamento do incidente. [...] Delimitar a questão de forma inexata pode levar o colegiado a perpetrar teses que trarão graves consequências aos processos individuais ou coletivos que discutem a questão de direito submetida ao incidente e, por tabela, ao próprio modelo de precedente imaginado pelo Código.” (*Ibidem*, p. 425).

⁸⁷ Interessante, neste ponto, destacar os pensamentos de SOFIA TEMER, para quem “[n]ão basta, contudo, identificar a questão jurídica sem delimitar a situação fática que lhe está subjacente, a categoria fática para a qual a futura tese será aplicada, a qual é indissociável para sua compreensão.” (TEMER, *op. cit.*, p. 134).

de então, os limites da decisão de mérito a ser posteriormente proferida nos autos do processo. Até porque,

[...] não pode o tribunal afetar para julgamento uma determinada questão, suspender as demandas que tratem desta controvérsia, informar aos juízos e à sociedade que uma determinada matéria vai ser julgada, abrir para manifestação sobre esta questão específica e, ao final, fixar tese sobre ponto diverso. Esta situação configuraria evidente ofensa ao direito ao contraditório e significaria burla ao escopo e ao procedimento previsto na lei para legitimar a abrangente eficácia da decisão proferida no incidente.⁸⁸

Mas isso não significa – e nem poderia significar – que a decisão que faz do objeto do IRDR estável não admitirá a apresentação de novos elementos e razões sobre a matéria decidida. Os sujeitos processuais poderão, sim, trazer argumentos inéditos aos autos, desde que sejam eles submetidos ao contraditório, visando à melhor solução possível para a controvérsia, e não alterem a *questão* a que as teses se referem.

Isso posto, passar-se-á a analisar as etapas seguintes à decisão de admissão positiva do IRDR.

5.4.3 Suspensão dos processos análogos

Nos termos do art. 313, IV, combinado com o art. 982, I, ambos do CPC, a admissão do IRDR constitui causa para a suspensão automática dos processos que, individuais ou coletivos, versem sobre a questão de direito afetada em razão do incidente.

Mencionada suspensão, a princípio, restringir-se-á, sob a ótica territorial, à esfera de competência do tribunal estadual ou regional perante o qual se instaurou o incidente, mas nada impede que, posteriormente, seus efeitos sejam estendidos ao âmbito nacional, assim como admitem os arts. 982, § 3º, e 1.029, § 4º, também do CPC.⁸⁹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 136.

⁸⁹ Nesse sentido, ensina BERNARDO DA SILVEIRA LATGÉ ao expor que “[s]em embargo, considerando o caráter regional ou estadual dos tribunais de segunda instância e a possibilidade de a questão ser dirimida no IRDR poder extrapolar os limites da respectiva corte recursal, o Código de Processo Civil, nos §§ 3º a 5º do art. 982, previu que qualquer um dos legitimados mencionados no art. 977, II e III, pode requerer, ao Supremo Tribunal Federal ou ao pertinente Tribunal Superior, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. É que pode acarretar insegurança jurídica a paralisação de demandas apenas em um mesmo Estado ou Região, se a questão, de repercussão nacional, continua sendo decidada em outros Estados ou Regiões. Assim, justificável se apresenta a norma do art. 982, §§ 3º a

Seja como for, mister salientar que, embora a suspensão dos processos seja operada de imediato, tendo como ponto de partida a prolação da decisão de admissão do IRDR, parte da doutrina defende que existem fundadas razões de ordem jurídica e prática que podem conduzir o tribunal a modelar a paralisação dos processos pendentes em prol da eficiência processual, censurando, assim, a imperatividade dessa suspensão.⁹⁰

Falando em posições doutrinárias, há, também, autores que sustentam impossibilidade de se dispensar a intimação das partes atuantes nos processos pendentes para que tomem ciência do sobrestamento, ainda que tais intimações ocorram “em bloco”. Isso, porque faz-se essencial dar, aos sujeitos dos processos objeto da suspensão decorrente da admissão do IRDR, a oportunidade de exercerem o seu direito de demonstrar que as ações das quais fazem parte não se inserem no escopo do incidente, ainda mais quando se considera que “a identificação das hipóteses de subsunção não é uma atividade mecânica, mas, sim, cognitiva”.⁹¹

Finalmente, cumpre destacar, acerca do tema da suspensão, a possibilidade de prosseguimento parcial dos processos com relação aos atos não afetados pela definição da questão de direito a ser solucionada a partir do julgamento do IRDR e o não impedimento de formulação de pedidos de tutela de urgência para garantir a satisfação dos direitos buscados em cada um dos casos concretos cujos trâmites foram sobrestados em razão da admissão do incidente, desde que sejam demonstrados a verossimilhança das alegações e o perigo da demora na espera de uma solução definitiva da controvérsia.

5.4.4 Julgamento e fixação da tese

Como já explorado anteriormente, o julgamento de mérito do IRDR será realizado pelo órgão colegiado previamente indicado pelo regimento interno do tribunal perante o qual o pedido de sua instauração foi formulado. Referido órgão, nos

5º, do diploma processual, que autoriza a extensão da suspensão dos processos para todo o território nacional.” (LATGÉ, Bernardo da Silveira. A suspensão dos processos no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 652-653).

⁹⁰ BONDIOLI, Luis Guilherme Aida; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; NEGRÃO, Theotonio (coords.), *op. cit.* p. 427.

⁹¹ LATGÉ, Bernardo da Silveira. A suspensão dos processos no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 654.

moldes do art. 980 do CPC, terá o prazo de até um ano para julgamento do incidente, findo o qual a suspensão dos processos pendentes cessará, a não ser que o relator proferida decisão fundamentada no sentido de se estender o sobrestamento, arrastando-se o trâmite do IRDR.

De todo modo, para que seu julgamento se se inicie, é necessário que o relator solicite a inclusão do IRDR em pauta, sendo aconselhável que o faça “com antecedência razoável, pra que os sujeitos envolvidos no incidente se preparem para o julgamento, bem como para que a sociedade interessada possa se organizar para acompanhá-lo”.⁹²

Na sessão de julgamento, será minuciosamente exposta a questão jurídica objeto do incidente, identificando-se a controvérsia e todos os argumentos que suportam as teses jurídicas passíveis de serem definidas, o que comporá o relatório que, posteriormente, acompanhará o acórdão no qual será formalizado o resultado do julgamento e constará a tese jurídica fixada.

O acórdão representa a decisão colegiada de mérito acerca do IRDR, constituindo ato que tem por objetivos analisar todos os fundamentos que levaram à instauração do incidente, solucionar a questão de direito e fixar a tese que vinculará o julgamento dos processos pendentes e futuros que versarem sobre a questão jurídica já resolvida pelo tribunal, formando, então, um padrão decisório de eficácia vinculante para o julgamento das demais demandas repetitivas.

⁹² TEMER, *op. cit.*, p. 221.

6 UMA SOLUÇÃO ALTERNATIVA AO SOBRESTAMENTO DE PROCESSOS EM SEDE DE IRDR

6.1 A discussão acerca da obrigatoriedade do sobrestamento dos processos que versem sobre questão de direito afetada em IRDR

Tendo as principais características do IRDR e de seu procedimento sido brevemente desenvolvidas ao longo do presente trabalho, para fins de contextualização, passar-se-á, a partir daqui, a investigar a razão que instigou a realização desta pesquisa – a possibilidade, ou não, de ser aplicada uma solução provisória aos processos que, em razão do sobrestamento que é automaticamente operado com a admissão do IRDR, correm o risco de perder seus respectivos objetos, situação que levará o titular do direito substancial a ficar de mãos atadas perante o Poder Judiciário.

Para responder a essa questão, é imprescindível se debruçar com mais afinco sobre a paralisação imediata dos processos que tratam da mesma questão de direito a que se pretende solucionar com a instauração do IRDR, sobretudo no que diz respeito à sua obrigatoriedade. Só então, com uma definição acerca da imperatividade do sobrestamento processual operado no âmbito do IRDR em mãos, é que se poderá discutir a viabilidade de se dispor de uma interpretação provisória para solucionar, transitoriamente, as demandas repetitivas.

É o que se passa a fazer a seguir.

Ao dedicar-se ao tema da suspensão dos processos cujo objeto se relacione àquele definido na decisão de admissão do IRDR, PEDRO LOUREIRO VALIM afirma que:

Trata-se uma arquitetura organizacional que confere organicidade e coesão ao sistema jurídico, uma vez que, enquanto não fixada a tese jurídica a ser aplicada às questões comuns afetas aos inúmeros processos pendentes, evita-se a prolação de decisões contraditórias. [Por meio da suspensão,] [p]rioriza-se a sistematicidade do ordenamento jurídico, em prol do tratamento isonômico dos jurisdicionados e da própria segurança jurídica. É esta a função social do sobrestamento dos processos pendentes. Afinal, de nada adiantaria a fixação da tese jurídica comum, se se permitisse a continuidade das relações jurídico-processuais pendentes, com o risco de proferimento de decisões díspares.⁹³

⁹³ VALIM, Pedro Losa Loureiro. Suspensão de processos no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 698.

Sua normatividade é extraída do art. 982, I, do CPC, dispositivo esse cuja interpretação dá ensejo a diversas indagações acerca da natureza do sobrestamento a ser operado, sobretudo quando se considera a escolha de redação do legislador pátrio, que optou por utilizar-se do imperativo “suspenderá” para compor o comando legal de que aqui se trata.

Alguns estudiosos do direito, a exemplo de JOSÉ ROBERTO SOTERO DE MELO PORTO, calcando-se na referida redação, entendem que “a suspensão deverá se impor, valorizando a racionalização do Judiciário e sendo condição intrínseca ao funcionamento da técnica de gestão de precedentes”,⁹⁴ não havendo quaisquer margens para se defender a facultatividade da suspensão.

Não obstante, mesmo o mencionado autor admite a existência de casos excepcionais, nos quais a paralisação dos processos mostra-se desnecessária ou até mesmo desaconselhável. De fato, como aduz BERNARDO DA SILVEIRA LATGÉ,

[...] a despeito da conotação de obrigatoriedade da norma, esta não deve ser inflexível, a ponto de tornar inadequado o mecanismo processual. Mesmo porque pode ser que a suspensão não atenda às necessidades do caso concreto ou se revele medida extremamente gravosa.⁹⁵

É por isso que EVERTON FERREIRA JORDÃO atenta ao fato de que deve a suspensão ser operada somente “quando compatível com o primado da celeridade processual”, sobrestando-se os feitos momentaneamente e evitando atos dispensáveis, “porém com a perspectiva de em curto prazo ser proporcionada a rápida solução aos processos”.⁹⁶ Referido autor ainda completa:

A suspensão deve ocorrer quando a segurança jurídica assim demandar, a fim de que se evite a instabilidade que as decisões conflitantes ou em diversos sentidos díspares, ainda que não se choquem, podem causar na sociedade, afetando a economia, a política e as relações jurídicas. A norma deve ser interpretada sob a ótica de que a suspensão é a regra e deve ser determinada sempre que se coadunar com os objetivos do IRDR, principalmente proporcionar a segurança jurídica, o tratamento anti-isonômico, a economia processual e a celeridade. O comando, entretanto, deve ser mitigado quando a sua aplicação acabar por inviabilizar a instauração do incidente [...].⁹⁷

⁹⁴ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 170.

⁹⁵ LATGÉ, Bernardo da Silveira. A suspensão dos processos no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello, *op. cit.*, p. 651.

⁹⁶ JORDÃO, Everton Ferreira. A não obrigatoriedade da suspensão dos processos com o mesmo objeto dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. In: *Ibidem*, p. 662-663.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 663.

SOFIA TEMER também é uma das defensoras da facultatividade da suspensão dos processos pendentes. A doutrinadora, destacando a redação do Enunciado nº 140 da II Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal,⁹⁸ salienta que:

Embora o art. 982, I, do CPC preveja que a suspensão dos processos decorrerá da admissão do IRDR, há posicionamentos no sentido de que a suspensão não é automática. A suspensão não seria recomendável, por exemplo, quando a matéria versada no IRDR não se refira à demanda propriamente dita, mas a aspectos processuais ou que não impeçam a resolução da pretensão buscada pelo autor.⁹⁹

Pois bem. Em que pese a discussão acerca da natureza facultativa ou obrigatória da paralisação dos processos pendentes no IRDR ainda traga posições bastante díspares na doutrina, para fins deste estudo, assumir-se-á o posicionamento de que nem sempre a opção pelo sobrestamento é a mais adequada ao caso concreto, razão pela qual defende-se a viabilidade da mitigação da cogência e da impositividade da suspensão processual operada no âmbito do incidente.

6.2 A possibilidade da formação de uma interpretação provisória acerca da questão de direito afetada em IRDR em decorrência da natureza facultativa da paralisação processual

Afastada a imperatividade da suspensão, abre-se portas, justamente, para a possibilidade de se conferir, quando da admissão do incidente, uma interpretação provisória acerca da questão de direito a ser examinada. “Afim, há casos em que a paralisação de todos os processos em trâmite no tribunal provocaria o efeito inverso à celeridade e à segurança jurídica pretendidos com o incidente, sobretudo quando o IRDR versa sobre questões processuais”.¹⁰⁰

A interpretação provisória, surge, assim, como alternativa ao sobrestamento total de milhares de processos que tratam tão somente de questões de direito pontuais, servindo de supedâneo aos julgadores das ações suspensas para evitar que

⁹⁸ “Enunciado 140. A suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região prevista no art. 982, I, do CPC não é decorrência automática e necessária da admissão do IRDR, competindo ao relator ou ao colegiado decidir acerca da sua conveniência.”

⁹⁹ TEMER, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 145.

milhares de direitos tenham suas respectivas satisfações frustradas em razão da demora dos órgãos judicantes em fixar a tese deles esperada. Como discorre JOSÉ ROBERTO SOTERO,

[n]ão se pode ignorar, contudo, uma possibilidade velada: a concessão de tutela provisória no incidente, de natureza antecipada, com a fixação de tese provisória, a vincular, nos moldes da decisão final, os órgãos julgadores subordinados ao tribunal. Note-se que, no regramento codificado, há previsão de decisão cautelar, consistente na suspensão dos processos em trâmite. O que ora se advoga é coisa outra. Com efeito, parece inexistir impedimento para a definição provisória de uma tese jurídica, se as circunstâncias assim recomendarem. Cabe ao colegiado inferir se os princípios fundamentadores da técnica são mais prestigiados com a mera suspensão de ações ou se uma tese provisória melhor os homenageará.¹⁰¹

Para que alcance seus objetivos, a interpretação provisória que aqui se discute deve assumir a feição de uma tutela provisória de urgência de natureza antecipada, haja vista estar-se diante de possível embaraço da efetividade da jurisdição, o que justifica o manejo de medida liminar antecipatória, como bem explica TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Ora, se o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a tutela de mão própria, é seu dever fazer com que os indivíduos a ela submetidos compulsoriamente não venham a sofrer danos em decorrência da demora da atividade jurisdicional. Sendo assim, é direito de quem litiga em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de que tal tutela será efetivamente prestada no futuro. Sem essa qualificação, a da efetividade, a tutela jurisdicional estará comprometida e poderá ser inteiramente inútil. Em situações de risco, de perigo de dano, de comprometimento da efetividade da função jurisdicional, será indispensável, por isso, alguma espécie de providência imediata, tomada antes do esgotamento das vias ordinárias. Daí a razão pela qual se pode afirmar que a tutela destinada a prestar tais providências é tutela de urgência.¹⁰²

Com isso, ao final do incidente, não haverá prejuízo algum ao jurisdicionado, já que, se confirmada a interpretação provisória na tese jurídica fixada pelo tribunal, nada será alterado em sua esfera de direitos e, se modificada a interpretação, fixando-se tese jurídica em orientação distinta daquela originalmente seguida nos processos pendentes, basta que o tribunal prossiga à modulação de efeitos para preservar os atos praticados ou determine a repetição dos atos, quando absolutamente necessário. É, ao menos, o que entende FREDIE DIDIER JR.:

¹⁰¹ PORTO, José Roberto Sotero de Mello, *op. cit.*, p. 180.

¹⁰² ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27-28.

Em casos assim, após a admissibilidade, o órgão julgador pode conceder uma espécie de tutela provisória, conferindo uma “interpretação provisória acerca da questão processual”, que valerá enquanto não resolvido definitivamente o incidente. Caso essa interpretação venha a confirmar-se ao final, não haverá nenhum problema – com a vantagem de os processos não haverem sido sobrestados; caso a interpretação não se confirme ao final, o órgão julgador, na decisão do incidente, fará a modulação dos efeitos da decisão, para preservar os atos praticados com base na “interpretação provisória”.¹⁰³

Nesses exatos moldes, embora a utilização da tutela de urgência de natureza antecipada como alternativa à suspensão processual emanada do IRDR possa trazer o risco “de não amadurecimento do debate e simples confirmação da interpretação provisória”,¹⁰⁴ fato é que referido risco é preferível face aos graves efeitos que decorrem de uma suspensão processual que tomou tempo demais, a ponto de impossibilitar a satisfação posterior dos direitos materiais e processuais que compunham os processos até então sobrestados.

A roupagem de tutela de urgência antecipatória assumida pela interpretação provisória também se mostra deveras apropriada frente ao momento processual em que ela é aplicada – isto é, quando da decisão que examina a admissibilidade do IRDR e, por consequência, define os contornos da questão jurídica a ser solucionada no julgamento do incidente. Ao optar, nesta mesma decisão, por uma das variadas interpretações que se pode conferir à questão de direito afetada ao IRDR, visando à solução momentânea dos processos pendentes, o tribunal estaria, justamente, consagrando aquilo que se espera de uma tutela de urgência de natureza antecipada: a cognição sumária – e, portanto, transitória – acerca de determinada matéria.

A cognição sumária é aquela conferida com base em juízos de verossimilhança, de probabilidade e de aparência, “mais apropriados à salvaguarda da presteza necessária a garantir a efetividade da tutela”¹⁰⁵ jurisdicional, coadunando-se, assim, perfeitamente com o que se pretende a partir da aplicação da interpretação provisória, que é a escolha, sem a necessidade de se proceder à uma análise aprofundada, de uma das possíveis interpretações conferidas à questão de direito controvertida de modo a orientar, transitoriamente, a solução dos casos pendentes que serão possivelmente prejudicados com a eventual espera pela fixação de uma tese definitiva

¹⁰³ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie, *op. cit.* p. 777.

¹⁰⁴ TEMER, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁵ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 34.

no incidente. É assim, pois, que a interpretação provisória prestigia o princípio da eficiência.¹⁰⁶

6.3 O embate entre a celeridade processual e a segurança jurídica na aplicação de uma interpretação provisória à questão de direito afetada em IRDR

Ao se cogitar a aplicação de uma interpretação provisória à questão jurídica afetada em sede de IRDR nos moldes de uma tutela de urgência de natureza antecipada, faz-se pertinente questionar a possibilidade de se estar favorecendo o princípio da celeridade processual em detrimento ao da segurança jurídica. Isso, porque, se, por um lado, a interpretação provisória constitui formidável instrumento de efetividade processual, consagrando a razoável duração do processo e assegurando que as partes nele atuantes não serão prejudicadas com a demora da prestação jurisdicional, por outro, se não deferida com a devida cautela, viola a segurança jurídica como um todo.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Nesse sentido: “Nesses casos [de aplicação de uma interpretação provisória], o tribunal está adequando o procedimento em virtude da matéria discutida (matéria processual) em prol de procedimentos mais eficientes (aqueles que atingem os mesmos fins, mas sem maiores desperdícios. O tribunal constrói a regra a partir do princípio da eficiência. [...] Flexibiliza-se o procedimento para torná-lo mais eficiente. A concessão de tutela provisória em incidente de resolução de demandas repetitivas, quando a matéria for processual, adotando soluções como as ora propostas, constitui concretização do princípio da eficiência.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie, *op. cit.* p. 777).

¹⁰⁷ Interessantes, quanto à essa problemática, as palavras de RUY ZOCH RODRIGUES, para quem “[...] em regra, tem-se menos tempo no processo contemporâneo do que as exigências da segurança jurídica reclamam. A tensão que se forma, assim, é por reduzir-se o procedimento, por acelerá-lo em nome do direito à prestação jurisdicional tempestiva (aspecto da ideia de maior efetividade). E, na medida em que o mal da demora está em especial evidência neste momento da “crise” do processo, a tendência é que a força de impulsão da tempestividade cresça em relação à força contrária da segurança jurídica. Passa-se, então, a um outro tipo de risco, qual seja, a perda de qualidade da jurisdição. Nessa linha já se disse que a excessiva brevidade, tal como a excessiva demora, pode comprometer a própria efetividade da jurisdição.” (RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127). Também sobre o aparente conflito, TEORI ALBINO ZAVASCKI explica que “[p]or tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica, pelo que hão de merecer, ambos, do legislador ordinário e do juiz, a mais estrita e fiel observância. Todavia, a exemplo do que se passa em relação a outros direitos fundamentais, também entre os mencionados direitos dos litigantes podem ocorrer, no plano da realidade, fenômenos de tensão. Há, com efeito, um elemento fático especialmente habilitado a desencadeá-las: é o fator tempo. O decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente aí a colisão de direitos fundamentais, imperiosa será, conseqüentemente, a formulação – legislativa ou judicial – de regra para solucioná-la.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região*, v. 7. n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995).

A resposta a esse questionamento encontra-se, necessariamente, na ideia de que, embora seja o direito uma ferramenta corretora de excessos, não podendo um princípio sobrepor-se a outro por possuírem todos o mesmo grau de importância, existem casos que reclamam pela articulação entre direitos fundamentais que, aparentemente, não são compatíveis entre si. Entende-se, pois, que, sendo inevitável o sacrifício de um dos princípios em conflito, deve-se, ao optar por um deles, adotar uma solução que acarrete, tanto quanto possível, uma harmonização entre ambos, restringindo aquele sacrificado o menos possível, embora ainda se admita que um prevaleça sobre o outro.

É nesse sentido que TEORI ALBINO ZAVASCKI defende que, sendo possível a antecipação da tutela, os princípios de efetividade processual e da razoável duração do processo devem preponderar sobre o da segurança jurídica. Para o autor,

[s]endo notória, em casos dessa natureza, a impossibilidade de convivência simultânea e plena entre os dois direitos fundamentais, justificada está, pelo princípio da necessidade, a formulação da regra legislativa, destinada à obtenção de uma concordância prática. E a opção do legislador, de adotar como técnica de solução a antecipação provisória do bem da vida reclamado pelo autor, revela claramente que, na ponderação dos valores colidentes, ficou estabelecida uma relação específica de prevalência do direito fundamental a efetividade do processo sobre o da segurança jurídica.¹⁰⁸

Assim sendo, conclui-se que, como, ao autorizar a antecipação dos efeitos da tutela também em sede de IRDR, abrindo margem à aplicação de uma interpretação provisória acerca da questão jurídica a ser dirimida pelo tribunal, o próprio legislador admite a restrição ao direito à segurança jurídica em prol do prestígio ao princípio da efetividade da jurisdição, não há que se falar na existência de obstáculos para a utilização do instituto da interpretação provisória quando há efetivo risco de perda dos objetos dos processos pendentes em razão da espera pela fixação da tese jurídica no incidente e da conseqüente inviabilização da obtenção, em prazo razoável, de uma solução integral de seus méritos.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

7 CONCLUSÃO

A emersão do fenômeno da litigiosidade repetitiva teve por pano de fundo uma sociedade marcada pela complexidade de suas relações e pela conseqüente massificação de seus conflitos. Face a essas novas controvérsias, repentinamente assinaladas pelo sigma da repetitividade em grande escala, o processo civil tradicionalmente individualista teve de dar lugar à uma nova percepção do processo, ensejando a criação de novos meios processuais idôneos a amparar os direitos coletivizados que surgiram nesse contexto.

O IRDR constituiu, assim, um desses mecanismos voltados ao combate do aumento vertiginoso dos conflitos e, conseqüentemente, das demandas isomórficas que desaguaram no Poder Judiciário, criando riscos à manutenção da isonomia e da segurança jurídica quando da solução de suas respectivas controvérsias. Para tanto, a técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados aqui abordada vale-se, em linhas gerais, da produção, em demanda processada em apartado da causa originária, de um padrão decisório a ser observado de maneira vinculante sempre que se estiver diante, em processos pendentes ou futuros, da questão jurídica que ensejou a instauração do incidente.

Na medida em que a fixação de referido padrão decisório pode implicar o sobrestamento por prazo indeterminado dos demais processos que versem sobre a questão de direito afetada no incidente, contudo, deve-se questionar a possibilidade de essa paralisação processual decorrente do regime do IRDR ter sua imperiosidade afastada. É o que se fez no presente estudo, chegando-se à conclusão de que, em sendo viável a mitigação da cogência e da impositividade da suspensão processual operada no âmbito do incidente, abre-se portas para a possibilidade de se conferir, quando da admissão do incidente, uma interpretação provisória acerca da questão de direito a ser nele examinada, seguindo-se, para tanto, os parâmetros da tutela provisória de urgência de natureza antecipada.

Como se tutela antecipada fosse, portanto, poderá o tribunal, na decisão de admissão do IRDR, buscando evitar fundado embaraço ao princípio da efetividade da jurisdição, escolher uma das possíveis interpretações conferidas à questão de direito afetada ao incidente para ser aplicada aos processos até então pendentes, orientando, transitoriamente, a solução desses casos que, possivelmente, serão prejudicados com a eventual espera pela fixação de uma tese definitiva.

Tal dinâmica não representa malefício algum ao jurisdicionado, já que, como visto, se confirmada a interpretação provisória na tese jurídica fixada pelo tribunal, nada será alterado em sua esfera de direitos e, se modificada a interpretação, fixando-se tese jurídica em orientação distinta daquela originalmente seguida nos processos pendentes, basta que o tribunal prossiga à modulação de efeitos para preservar os atos praticados ou determine a repetição dos atos, quando absolutamente necessário.

Também não há que se falar em quaisquer prejuízos à segurança jurídica, haja vista que, em se tratando de tutela provisória de natureza antecipada – como é o caso do que se chamou de “interpretação provisória” – as técnicas de ponderação e harmonização de princípios permitem a prevalência da efetividade da jurisdição quando há efetivo risco de perda dos objetos dos processos pendentes em razão da espera pela fixação da tese jurídica no incidente e da conseqüente inviabilização da obtenção, em prazo razoável, de uma solução integral de seus méritos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 177. nov. 2009.

BARROS, Humberto Gomes de. Superior Tribunal de Justiça *versus* Segurança Jurídica: A crise dos 20 anos. In: *Revista do Advogado*, n. 103, mai. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 186, ago. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Beschluss des BVerfG vom 27.07.2004, Az. 1 BvR 1196/04. Disponível em: <https://openjur.de/u/178555.html>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da; GOUVÊA, José Roberto Ferreira (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2022. v. XIX.

_____; NEGRÃO, Theotônio (coords.). *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 49. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BORGES, Sabrina Nunes. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Análise à luz do processo coletivo e do Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: Foco, 2018.

BRANDÃO, Antonio Augusto Pires. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): Do contexto à otimização*. Curitiba: CRV, 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, p. 123-146, 2007.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. *Incidente de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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*, vol. 193, mar. 2011

_____ ; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____ ; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Pau: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 140, p. 143-154, 2006.

HARKINS, John G. Jr. *Federal Rule 23: The Early Years*. Arizona: *Arizona Law Review*, 1997.

HESS, B., REUSCHLE, F., RIMMELSPACHER, B. *Kölner Kommentar zum KapMuG, Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns, 2014.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____; PORTO, José Roberto Mello (coords.). *Incidente de resolução de demandas repetitivas: Panorama e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NALINI, José Renato. O Futuro da Segurança Jurídica. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (coord.). *Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito da urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SCHILLING, A. *Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und die class action im Rechtsvergleich: Untersuchung zur Übernahme von Elementen der securities class action für das deutsche KapMuG*, Kovač, Hamburg, 2010.

SOMERS, Sarah. *7.2 Rule 23 Class Certification Requirements*. Federal Practice Manual, 2014. Disponível em: <https://federalpracticemanual.org/book/export/html/42/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

STORY, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings*, 1938. In.: MARCIN, Raymond B. *Searching for the Origin of Class Action*. Washington D.C: Catholic University Law Review, 1974. p. 517-518.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. I.

_____; *Curso de Direito Processual Civil: Execução Forçada, Processos nos Tribunais, Recursos, Direito Intertemporal*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III.

United States Courts. *Federal Rules of Civil Procedure*, 2014. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/superseded-rules/federal-rules-civil-procedure-2014>. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. *West v. Randall*, 1820. 29 Fed. Cas. 718, 721 – No. 17, 424.

YEAZELL, Stephen C. *From Group Litigation to Class Action. Part II: Interest, Class and Representation*. Los Angeles: *University of California Los Angeles Law Review*, 1979.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região*, v. 7. n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79058183.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

_____. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.