



**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

LIA SARTI

**A RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS EXPANSIVOS DA DECISÃO DO INCIDENTE
DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS**

Porto Alegre

2018

LIA SARTI

**A RELATIVIZAÇÃO DOS EFEITOS EXPANSIVOS DA DECISÃO DO INCIDENTE
DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Linha de pesquisa: Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Dr. Handel Martins Dias

Porto Alegre

2018

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de
Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Sarti, Lia

A relativização dos efeitos expansivos da decisão do in-
cidente de assunção de competência em ações coletivas / Li
a Sarti. -- Porto Alegre 2018.

202 f.

Orientador: Handel Martins Dias.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Funda-
ção Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tut
elas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre,
BR-RS, 2018.

1. Uniformização de Jurisprudência. 2. Precedente. 3. E
feito Vinculante. 4. Tutela Coletiva. I. Martins Dias, Han-
del, orient. II. Título.

Nome: SARTI, Lia

Título: A relativização dos efeitos expansivos da decisão do Incidente de Assunção de Competência em ações coletivas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 02 de abril de 2018.

Banca Examinadora

Presidente e Orientador: Prof. Dr. Handel Martins Dias.

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

Julgamento: 9,5

2º Examinador(a): Prof. Dr. Maurício Martins Reis.

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP.

Julgamento: 9,5

3º Examinador(a): Prof. Dr. Marco Felix Jobim.

Instituição: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Julgamento: 9,5

Dedico este trabalho ao meu muito amado pai Amir José Finocchiaro Sarti, meu grande mestre na vida e na profissão e quem me proporcionou a concretização de um sonho, durante muito, adormecido. À minha também muito amada irmã, Daniela Sarti, minha inspiração de vida, de luta, de amor incondicional. À minha muito amada mãe, Suzana S. Schumacher, que está sempre na torcida por mim. Ao meu marido, Marcelo Caliari, pela parceria, cumplicidade, compreensão; pelo incentivo e amor eterno.

Certamente gastaria laudas e laudas para manifestar o profundo agradecimento que tenho por todos aqueles que contribuíram para a realização desse sonho. Mas, há cinco pessoas que não poderiam deixar de estarem expressas aqui.

Agradeço, primeiramente, àquele que simplesmente é tudo na e para minha vida, por quem nutro um amor que não cabe no peito; que é meu exemplo de vida, de pessoa e de profissional; que é meu grande amigo, meu grande mestre, meu chefe, meu melhor colega; que nunca mediu esforços para me proporcionar sempre o melhor; que, apesar das circunstâncias da vida, nunca me abandonou, nunca me deixou sentir saudades, sempre esteve presente em todos, absolutamente, todos os momentos: o meu paizão Amir José Finocchiaro Sarti. **Agradeço**, também, àquela que, do seu jeitinho tímido, faz de tudo para me ver bem e feliz; que eu amo incondicionalmente; que é meu exemplo de luta e de garra: a minha super mãe Suzana Spalding Schumacher. **Agradeço**, ainda, à minha irmã, Daniela Sarti, que, como venho dizendo, é minha inspiração, é também meu exemplo de luta e de garra; é por quem eu acordo todos os dias e por quem eu procuro sempre crescer profissionalmente; é por quem sinto um amor inexplicável; é quem me ensinou – e me ensina todos os dias – a ser uma pessoa melhor. **Agradeço**, ao meu marido Marcelo Caliari, aquele que me trouxe de volta a alegria de viver; que me fez acreditar que os sonhos podem, sim, ser realizados, independente do tempo e da idade; por quem eu igualmente sinto um amor de transbordar o coração; que é meu parceiro, meu amigo, meu cúmplice, meu eterno namorado; que se

alegra com as minhas conquistas; que está sempre ao meu lado; que me aceita exatamente do jeito que sou, com minhas qualidades e com os meus incontáveis defeitos; que é, em verdade, um anjo à mim reservado e enviado pelo carinho lá de cima. Por último e tão importante quanto os demais, ***agradeço*** ao meu orientador Handel Martins Dias, que esteve presente em grande parte da minha vida acadêmica (eu diria até, nos mais importantes momentos, pois foi meu orientador na graduação em direito e, agora, no mestrado em direito); que dentro da correria dos últimos anos, sempre achou um tempinho para me orientar e, mais que isso, para me acalmar; que foi um dos grandes incentivadores dessa nova etapa na minha vida profissional e que não mediu esforços para me dar oportunidades de crescimento nesse mundo acadêmico; uma pessoa que se tornou, para mim, um verdadeiro amigo; por quem sinto enorme e eterna gratidão. Esse sonho só poderia ter se tornado realidade com a presença de cada um de vocês na minha vida. Enfim, a cada um de vocês, a minha enorme e eterna gratidão!

“Você pode sonhar, criar e construir a ideia mais maravilhosa do mundo, mas são necessárias pessoas para tornar esse sonho realidade”

(O Pequeno Príncipe)

RESUMO

SARTI, Lia. **A relativização dos efeitos expansivos da decisão do incidente de assunção de competência em ações coletivas**. 2018. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

A presente pesquisa, que tem como linha “Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais”, analisa o novo instituto do incidente de assunção de competência inserido no Código de Processo Civil de 2015, cujo intuito é promover a uniformização da jurisprudência. A busca pela unidade, adequação e coerência das decisões judiciais para questões semelhantes que invadem o judiciário já persiste há algum tempo em nosso ordenamento jurídico, notadamente a partir da consagração do acesso à justiça, estabelecido na Constituição Federal de 1988, a fim de proporcionar ao jurisdicionado segurança jurídica e celeridade processual. As ações coletivas foram instrumentos importantes, na medida em que promovem, a um só tempo, a tutela de milhares de pessoas ou de um grupo, classe ou categoria que se encontram na mesma situação fática ou de direito. O instituto em estudo discute relevante questão de direito com grande repercussão social ou com necessidade de compor ou prevenir divergência e se caracteriza como precedente vinculante. É de aplicação obrigatória para todos os casos presentes e futuros que versarem sobre a mesma relevante questão de direito e vincula todos os órgãos fracionários relacionados ao tribunal prolator do acórdão. O objetivo do estudo é verificar o seu cabimento no bojo de uma ação coletiva e a possibilidade de relativização dos efeitos do acórdão nele proferido. Nesse contexto, conclui-se que o acórdão do incidente em ações coletivas será dotado de uma eficácia vinculante *erga omnes* conforme o resultado da lide, seguindo a lógica do sistema processual coletivo, isto é, a decisão será vinculante quando benéfica à coletividade. A metodologia utilizada foi, especialmente, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, possibilitando a melhor compreensão do objeto do estudo e o desenvolvimento das ideias lançadas.

Palavras-Chaves: Uniformização de Jurisprudência. Precedente. Efeito Vinculante. Tutela Coletiva.

ABSTRACT

SARTI, Lia. **The relativization of the expanding subjective effect in sentences after appeal of assumption of jurisdiction for class actions.** 2018.209 Paper (Master's in Law) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2018.

The guidelines for the present research are drawn upon “Tutelage for Effective Trans-Individual Rights”, and aims at analyzing the newly instituted appeal of assumption of jurisdiction presented by the Civil Process Code issued in 2015 with the scope of promoting jurisprudence standardization. The quest for unity, adequacy and coherence in court decisions for similar issues which flood the judiciary has been on demand for a long time in our judicial system, especially after the consecration of access to justice established in the Federal Constitution of 1988, to provide the citizen with judicial safety and rapid processing. Class actions have been important instruments, in the sense that they promote both tutelage of thousands of people or of a group, class or category, who happen to share the same status, either in fact or under the law. The instituted appeal discussed in this study points to relevant issues under the law with great social repercussion, and it is to compose or prevent divergency and it is also characterized as a binding precedent. It is mandatory for present or future suits which cover the same relevant issue under the law and binds all fractionated bodies related to ruling courts. The aim of this study is to verify its propriety as to class action and the possibility of relativization as to the effects of a decision. Therefore, we may conclude that the sentence in an appeal of class action shall have binding efficacy, *erga omnes*, according to the outcome of the case, following the logic of the class process system; that is, the decision shall be binding whenever beneficial to society. The methodology used was mostly bibliographical and jurisprudential research, which provided a better understanding of the subject studied and the development of proposed ideas.

Key-words: Jurisprudence Standardization. Precedent. Binding Effect. Collective Tutelage.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA – ASPECTOS GERAIS	15
2.1 CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE JURISPRUDÊNCIA	24
2.1.1 Súmula Vinculante, Precedente e Jurisprudência	28
2.1.2 Precedente Vinculante e Precedente Persuasivo	38
2.2 EVOLUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	43
2.3 DIRETRIZES DO DIREITO JURISPRUDENCIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	50
2.4 PRECEDENTE VINCULANTE	59
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	66
3 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA	67
3.1 NATUREZA JURÍDICA	73
3.2 CABIMENTO	76
3.2.1 Existência de Relevante Questão de Direito com Grande Repercussão Social	77
3.2.2 Necessidade de Prevenção ou Composição de Divergência em torno da uma Questão de Direito	86
3.2.3 Pressuposto Negativo da Inexistência de Múltiplos Processos que versam sobre a mesma Questão de Direito	92
3.3 PROCEDIMENTO: ASPECTOS GERAIS	96
3.4 EFEITOS DA DECISÃO E COISA JULGADA	111
3.4.1 (In)Constitucionalidade do Incidente de Assunção de Competência	121
3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	126
4 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA	128
4.1 SISTEMA PROCESSUAL PARA A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS	139
4.1.1 Legitimidade Ativa e Passiva	143
4.1.2 Competência para o Processamento e Julgamento das Ações Coletivas	148
4.1.3 Outros Aspectos Procedimentais	152
4.2 EFICÁCIA DAS DECISÕES E COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	159
4.3 CABIMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS	167
4.4 PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA EXTENSÃO SUBJETIVA DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÕES COLETIVAS CONFORME O RESULTADO DA LIDE	174
4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	182
5 CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS	189

1 INTRODUÇÃO

Desde que o Estado tomou para si o dever de resolver os conflitos de interesses, ao lado da consagração do direito de acesso à justiça assegurado expressamente pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), foi se observando a proliferação de demandas judiciais. A Carta Política também conferiu aos cidadãos outros importantíssimos direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e a razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), prometendo a entrega tempestiva, justa e adequada da prestação jurisdicional, sem prejuízo da segurança jurídica e da isonomia.

Ao longo do tempo – e especialmente nos dias mais atuais – tem-se notado o acúmulo de demandas e a conseqüente sobrecarga do Poder Judiciário, inclusive pela repetição de ações semelhantes entre si, versando sobre questões idênticas, muitas vezes de grande repercussão social. Na prática, tais demandas provocam decisões diametralmente opostas, circunstância que naturalmente agrava o problema da insegurança jurídica e da morosidade processual pelo fomento à interposição de recursos.

Por causa dessa indesejável multiplicidade de ações, que prejudicam a efetividade na prestação da tutela jurisdicional e acabam em decisões completamente divergentes para casos idênticos e de grande repercussão social, os operadores do direito começaram a pensar em mecanismos efetivamente capazes de conferir celeridade ao processo, uniformidade às decisões judiciais e, conseqüentemente, segurança jurídica. Verificou-se, ainda, a existência de direitos que ultrapassam o sujeito individualmente considerado (hoje conhecidos como direitos transindividuais e individuais homogêneos), que poderiam ser tutelados por meio de um único instrumento, numa só decisão judicial.

Assim, a partir dos anos 60/70, começaram a surgir em nosso ordenamento jurídico leis para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. A pioneira no assunto foi a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), seguida por outras como a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) – núcleo essencial do sistema processual coletivo. O instituto das súmulas vinculantes, o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos submetidos às Cortes Superiores, a assunção de competência e a uniformização da jurisprudência (esses últimos já previstos no revogado Código de Processo Civil,

respectivamente nos artigos 555, § 1º e 476 a 479) foram incorporados ao chamado microsistema do processo coletivo.

Lamentavelmente, na prática, esses institutos não foram suficientes para eliminar ou sequer para minimizar o problema dos julgamentos dissonantes sobre questões idênticas de grande repercussão social e da demora na prestação jurisdicional, o que incentivou os esforços para proporcionar ao jurisdicionado uma tutela tempestiva, segura e adequada aos seus direitos, concretizando, assim, as garantias fundamentais processuais previstas na Constituição Federal de 1988.

Essa jornada culminou na promulgação de um novo Código de Processo Civil. Foram instituídas novas ferramentas, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (previsto nos artigos 976 a 987) e o incidente de assunção de competência (disposto no artigo 947, §§ 1º a 4º), além de ter sido dada nova roupagem ao processamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1036 a 1.041), tudo com a ideia de garantir a tempestividade da entrega do bem da vida e a uniformidade das decisões para os casos idênticos com grande relevância social. Eis as letras mestras do novo diploma processual civil: razoável duração do processo, efetiva tutela do direito e segurança jurídica.

O incidente de assunção de competência – reservado às relevantes questões de direito com grande repercussão social e para prevenir ou compor divergências jurisprudenciais – veio, portanto, com o objetivo claro de assegurar a efetividade processual, a segurança jurídica e a isonomia das decisões judiciais.

Justamente por tratar de questões com grande interesse da social, o incidente de assunção de competência deve ser cabível tanto nas ações individuais quanto nas ações coletivas, que por sua própria natureza, muito mais que nas ações individuais, versam sobre temas de especial importância para a sociedade.

Esse foi o motivo que instigou o presente estudo: nos termos do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, a decisão proferida em incidente de assunção de competência é vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários ligados ao tribunal prolator, devendo ser aplicado a todos os casos presentes e futuros que versarem sobre aquela mesma relevante questão de direito com grande repercussão social ou quando seja conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Ao par disso, os artigos 16, da Lei da Ação Civil Pública e 103, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil tem regramento específico sobre os efeitos da decisão em ações coletivas, mais

precisamente a coisa julgada *erga omnes e ultra partes*, nos casos de procedência da ação e a ausência de coisa julgada nos casos de improcedência por falta de provas (*secundum eventum litis e in utilibus*).

Assim, na medida em que as ações coletivas têm o objetivo precípua de proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, parece razoável entender que, em atenção aos princípios da especialidade, da eficiência e da máxima efetividade, os efeitos do acórdão proferido em incidente de assunção de competência no bojo de uma ação coletiva devam ser relativizados, vinculando apenas quando for benéfico para a coletividade.

Com esse norte, utilizando o método de abordagem dialético-hermenêutico, mediante revisão bibliográfica e documental, bem como em pesquisa jurisprudencial e doutrinária, o presente estudo foi estruturado em três capítulos: o primeiro capítulo abordará o instituto da uniformização da jurisprudência, trazendo uma conceituação contemporânea do tema, a sua evolução histórica no direito processual civil brasileiro, as suas espécies e as novidades trazidas na nova legislação processual civil.

No segundo capítulo será estudado o instituto do incidente de assunção de competência propriamente dito, analisando pormenorizadamente todas as suas características e peculiaridades.

Por fim, no terceiro capítulo, será revisitada a temática do direito coletivo, relembrando as suas espécies, as formas de tutela desses direitos, as particularidades das ações coletivas, notadamente quanto à legitimidade ativa e aos efeitos da sentença. Além disso, será analisado o cabimento da assunção de competência em ações coletivas e, a partir daí, os efeitos do acórdão proferido no incidente.

2 UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA – ASPECTOS GERAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de garantias e direitos fundamentais aos cidadãos, tanto no âmbito de direito material quanto no de direito processual, dentre os quais a consagração expressa do direito de amplo acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV)¹. Isso, na prática, acabou provocando, como é bem sabido, a proliferação de demandas judiciais e agravando o problema da morosidade na tramitação dos processos. O jurisdicionado raramente consegue obter, em tempo hábil, a tutela do seu direito. Observou-se, assim, que não bastaria garantir o direito de ação, mas era indispensável proporcionar a entrega do bem da vida em prazo razoável, motivo pelo qual, em 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, enfatizando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII).

Na verdade, a compreensão que se deve ter do direito fundamental de ação é muito maior do que o “simples” direito de acesso à justiça. O direito de ação implica necessariamente o direito a um processo adequado, justo, efetivo e em tempo razoável. Daí porque

[...] hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo*.

Não é só o acesso de todos à Justiça estatal que se resta assegurado. Diante de qualquer lesão ou ameaça de direito, o que a Constituição garante é que, através do judiciário, seja disponibilizada uma tutela efetiva, capaz de proporcionar a todos o desfrute real (concreto) tanto dos direitos subjetivos individuais como, principalmente, que se efetive a tutela de modo a fazer respeitar e cumprir tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 27).

Assim, não se pode ignorar que a consagração desses direitos fundamentais – notadamente o direito de ação e à razoável duração do processo – representaram, pelo menos em tese, um grande avanço no sistema processual brasileiro. Tanto os cidadãos puderam

¹ E nem poderia ser diferente, porque, como explica Canotilho (2003, p. 377), “[...] o local exato desta posituação jurídica é a Constituição. A posituação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer posituação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocado no lugar primeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa posituação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”.

reivindicar com mais força a efetiva tutela dos seus direitos quanto o Poder Judiciário passou a ser responsável pelo julgamento dos processos em tempo hábil, permitindo que os jurisdicionados possam usufruir plenamente dos seus direitos.

Ao mesmo tempo, muitas questões da vida prática (como, por exemplo, o direito à saúde, o direito à escola, etc.), que deveriam ser resolvidas pelos demais Poderes – no exercício de suas atribuições originárias – acabaram por ser transferidas para o Poder Judiciário, diante da negativa ou da omissão das autoridades competentes. Essa circunstância naturalmente veio contribuir para a sobrecarga da atividade judiciária de modo que a morosidade na prestação jurisdicional se tornou ainda mais perceptível. É que

[...] Os direitos conferidos em abstrato, expressos em textos normativos, por si sós, não satisfazem a sociedade, pois muitas vezes não são realizados espontaneamente por quem os deveria efetivar. Como resultado, surgem os conflitos – inúmeros – que, em elevada frequência, aportam ao Poder Judiciário para que este os reconheça e os concretize, no plano empírico, especialmente quanto às pretensões direcionadas contra o Poder Público (CIMARDI, 2015, p. 78)².

Com o passar do tempo, esse quadro veio gerar outro grave problema: a disparidade nas decisões judiciais, mesmo quando envolvendo casos semelhantes. Não raras vezes observou-se que muitas demandas individuais ou coletivas versavam sobre as mesmas questões de fato e de direito e que, apesar de merecerem um tratamento isonômico, acabavam encontrando soluções antagônicas.

Isso não é desejável num sistema que – ao menos em tese – deve primar pela prestação jurisdicional adequada, efetiva, célere e justa. Evidentemente, questões semelhantes devem merecer soluções compatíveis, sob pena de afronta ao princípio da isonomia. E

² Luis Roberto Barroso (2012, p. 1-7) assinala que no Brasil e no mundo tem se vivenciado a “[...] ascensão institucional do Judiciário nos últimos anos [...] o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas [...]”, de modo que a demora na prestação da atividade jurisdicional é realidade cada vez mais presente. Nesta mesma linha de raciocínio são os comentários feitos por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 80-81), ao dizerem que “[...] O Estado Constitucional caracteriza-se pela força normativa dos direitos fundamentais, aos quais estão vinculados todos os atos do Poder Público, inclusive as decisões judiciais e leis, submetidas ao controle judicial. **Atualmente, os direitos fundamentais não só têm a função de defesa contra as intromissões do Estado, como também têm a função prestacional, exigindo prestações estatais de natureza social**, de caráter protetivo e voltadas a viabilizar a participação. O Estado tem o dever de edificar escolas e hospitais, assim como canalizar rios, evitando a degradação do meio ambiente. Tem ainda o dever de editar normas de proteção aos direitos fundamentais, de que são exemplos as normas de proteção ao direito do consumidor e ao direito à higiene do meio ambiente. Por fim, tem o dever de viabilizar a participação na vida social e no poder, como, por exemplo, em órgãos de universidade e hospitais públicos. **A essência do Estado Constitucional está na realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais dependem, para incidir sobre as relações privadas, da intermediação do Estado [...]**”. (grifos nosso)

decisões flagrantemente contraditórias acerca de um mesmo assunto terminam agravando o problema da morosidade processual, na medida em que fomentam a interposição de recursos³.

As divergências muitas vezes decorrentes de interpretações conflitantes sobre um dado texto normativo por certo estimulam o jurisdicionado a buscar o reexame da decisão contrária, o que naturalmente prejudicam a celeridade processual⁴. Não há como deixar de reconhecer que, outrossim, a tarefa de interpretar é inerente à função judicante, ainda mais quando vários órgãos judiciais são convocados para decidir conflitos similares em matéria de fato ou de direito, que deveriam, por isso mesmo, ser tratados de maneira uniforme⁵.

A despeito da necessária imparcialidade do julgador, “[...] a forma de interpretar o ordenamento jurídico acaba sendo influenciada pelos valores sociais, cujo duelo com os axiomas pessoais do Magistrado é inevitável” (LIMA; CARBONE, 2010, p. 102). Daí por que

[...] deve o Estado solucionar os conflitos de interesses entre os jurisdicionados, aplicando “as leis aos casos concretos”. Neste mister, o Magistrado interpreta as normas, fixando limite e alcance, formando “teses jurídicas” [...].
Essas teses são imutáveis ou engessadas, mas refletem a consciência jurídica da comunidade em um determinado contexto histórico.
Entretanto, a pluralidade de órgãos judicantes (juiz natural), a necessidade de aplicação do Direito aos casos concretos e a esperada igualdade de repercussão sob os envolvidos (litigantes), para situações análogas, parecem justificar a importância na busca da uniformização de julgados, em idêntica matéria, mantidas as condições culturais, políticas, sociais e econômicas (MARINHO FILHO, 2010, p. 138).

A atuação do Poder Judiciário deve, pois, buscar o ponto de equilíbrio entre os vários direitos fundamentais processuais. Por um lado, deve concretizar a tutela jurisdicional em

³ Nesse sentido, TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 171-224, jul./set. 2015. p. 174.

⁴ Pedro Roberto Decomain (2015, p. 87), ao tratar desse assunto, ressalta, no entanto, que a possibilidade de revisão das decisões judiciais é medida que se faz imperiosa para a concretização da segurança jurídica, até mesmo porque, “[...] não se trata [...] de interpretações necessariamente equivocadas, mas de exegeses múltiplas, todas elas possíveis, mediante emprego de várias técnicas tradicionais de interpretação, principiando pela literal ou gramatical. De fato, em princípio, não se poderá afirmar que uma ou mais das possíveis maneiras de compreender o texto normativo sejam necessariamente equivocadas. O que se tem é cenário em que todas seriam potencialmente adequadas. O que não pode persistir, todavia, é esta multiplicidade exegética, na medida em que, criadora de incerteza, depõe contra a segurança jurídica, sempre almejada”.

⁵ Nesse sentido, é o comentário de Cimardi (2015, p.79). Como bem observa a doutrinadora “[...] A atividade do Poder Judiciário brasileiro é atualmente intensa, e abrange as mais diversas lides de massa, envolvendo direitos do consumidor, direitos relacionados a tributos, direitos de classes de funcionários públicos, de aposentados e outros. Contempla, também lides complexas, por alguns doutrinadores denominados de *hard cases*, cuja solução não se apresenta desenhada de forma nítida nos textos normativos”.

prazo razoável, sem descuidar da isonomia; por outro, não deve esquecer a segurança jurídica e o devido processo legal.

Tais situações têm instigado o estudo dos operadores do direito e motivado alterações na legislação destinadas a amenizar o problema da morosidade processual e a proporcionar maior uniformidade das decisões, notadamente sobre questões de direito que ultrapassam, por sua relevância, os interesses particulares das partes. Até porque frequentemente surpreende-se, mesmo no âmbito dos tribunais superiores, com uma indesejável discrepância das decisões em casos semelhantes (PUGLIESE, 2016, p. 17-19)⁶.

Com efeito, a coerência jurisprudencial reduz a insegurança jurídica e favorece a concretização de um processo justo. Nessa mira, o sistema processual brasileiro foi, ao longo dos tempos, criando mecanismos para eliminar as decisões díspares em casos idênticos, proferidas por órgãos de um mesmo tribunal⁷, inclusive, repita-se, no âmbito das nossas Cortes Superiores.

Como explica Gustavo Nogueira (2015, p. 2), não é recente a preocupação em estabilizar a “[...] jurisprudência dos tribunais brasileiros, tendo em vista que ‘ninguém fica seguro do seu direito ante jurisprudência incerta’ [...]”.

Esse ideário é típico do chamado Estado Constitucional, em que

[...] o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver *casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*, mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*. Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar *tutela dos direitos* mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral.

⁶ Nos exatos dizeres de Willian Pugliese (2016, p. 19), “[...] Essa realidade demonstra não só a incerteza, como também a instabilidade do sistema jurídico. De nada adianta ter ampla promulgação de leis se os entendimentos a respeito delas são os mais variados. A propagação legislativa acaba por ter o efeito contrário do que espera o legislador, que é conferir segurança aos cidadãos. As interpretações legislativas são tantas que sequer é possível dizer se a lei é ou não é constitucional, muito menos se será aplicada ao caso. A situação é, para dizer o mínimo, caótica. Juízes e tribunais devem reconhecer que fazem parte de um único poder que aplica as leis e tutela os direitos. Se não houver unidade, há evidente desrespeito à igualdade e uma inevitável perda de respeito pelo órgão estatal [...]”.

⁷ Comenta Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 1) que “[...] a falta de racionalidade e coerência instalada no sistema judicial, em que convivem decisões díspares – produzidas por um mesmo tribunal, colegiado ou julgador – para casos absolutamente iguais [...] nega a necessidade de coerência do direito, de segurança jurídica e de igualdade perante os atos estatais. Esquece-se que fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro, bem como que a previsibilidade é um valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver”.

Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica* (MITIDIERO, 2014, p. 17-18, grifos do autor)⁸.

O problema é que o ordenamento jurídico brasileiro – filiado ao sistema da *civil law* e baseado em valores oriundos da Revolução Francesa – acabou renegando a determinados “[...] postulados que paulatinamente foram sendo estabelecidos durante a transformação da realidade social e do conteúdo dos Estados de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei [...]” (MARINONI, 2016a, p. 11)⁹.

Ao contrário do que se observa na *common law*, cuja fonte do direito está, predominantemente, nos costumes e na jurisprudência¹⁰, no sistema da *civil law* a lei é a principal matriz do direito, de modo que os “[...] casos podem ser resolvidos mediante mera operação lógica de subsunção da situação real e concreta a uma valoração hipotética contida num princípio geral doutrinário e implícito nos conceitos científicos” (MARINONI, 2016, p. 47-48)¹¹. Isso, é claro, não impede, *a priori*, a busca da igualdade e da unidade do direito.

Fato é que o texto normativo, por ser geral e abstrato – não só por conveniência do Estado, mas também porque a sociedade evolui com uma rapidez que não pode ser acompanhada pelo direito – não consegue prever de maneira exaustiva todas as situações

⁸ Daniel Mitidiero (2014, p. 19) explica que “[...] Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois *princípios fundamentais* da nossa ordem jurídica [...]”. Desse modo, a tutela jurisdicional deve ser dirigida tanto às partes litigantes quanto à sociedade em geral por meio de uma “[...] *decisão justa* – acompanhada, em sendo o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o *precedente judicial* [...]”. Adverte, também, que “[...] A *segurança jurídica* impõe *imediatamente* a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral* para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo [...]”.

⁹ Nos dizeres de Bruno Dantas (2011, p. 62), essa nova realidade processual “[...] adquire relevo antes inimaginável em sistemas da *civil law* [...]”.

¹⁰ Nesse sentido, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, p. 1-26, jul. 2016. Disponível em: < [http://: www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em: 07 mar. 2017, p. 1.

¹¹ Daí porque Cláudia Aparecida Cimardi (2015, p. 79) sustenta que no sistema processual brasileiro o juiz “[...] não está adstrito aos julgamentos anteriores, sejam estes proferidos por juízes de mesma hierarquia, ou mesmo de hierarquia superior. Estão limitados apenas pelos textos normativos”. É que, como explica Luiz Guilherme Marinoni (2016d, p. 48), no originário, por assim dizer, sistema da *civil law* “[...] a busca de plenitude mediante a conceitualização tinha o nítido objetivo de garantir a previsibilidade e a certeza na aplicação do direito. Se a solução dos casos depende unicamente de raciocínios lógicos pautados em conceitos e princípios jurídicos-científicos, sem nada dever a critérios morais, religiosos, etc. torna-se factível o ideal de previsibilidade e de certeza do direito sem ser preciso recorrer a quaisquer critérios externos aos conceitos jurídicos e a outros meios de garantia da previsibilidade, como o sistema de precedentes obrigatórios. Isso – frise-se desde já – é claramente incompatível com um sistema de decisões que não pode viver à distância de questões morais, econômicas, etc. e em que as particularidades da situação conflitiva são imprescindíveis à justiça do caso concreto”.

fáticas, sem falar na questão dos conceitos jurídicos indeterminados tão encontrados na legislação brasileira. Essas circunstâncias conferem ao julgador ampla liberdade para interpretar a lei e decidir individualmente o caso concreto, o que, por via oblíqua, acaba propiciando a contrariedade das decisões¹².

Embora o Brasil – adepto da *civil law* – não tenha como ideal do Estado de Direito a valorização dos precedentes para a solução dos conflitos, isso não significa que a jurisprudência não possa ser considerada, também, como uma importante fonte do direito. Daniel Ustarroz e Sérgio Porto (2011, p. 298) assinalam que, diante da produção em massa de textos legislativos, “[...] a jurisprudência episodicamente não deixa de ser uma tábua de salvação, que permite a aproximação ou o encontro do Direito com a realidade”.

Nesse contexto, a uniformização dos julgados permite evitar o que Eduardo Cambi (2001, p. 2-3) chama de “jurisprudência lotérica”, caracterizada pela existência de decisões judiciais distintas para questões jurídicas semelhantes. Adverte esse doutrinador que o sistema processual brasileiro permite

[...] que, para casos idênticos, sejam obtidas decisões diferentes, contemplando, inclusive, a situação por vezes absurda (Kafkiana) de chegar-se ao ponto de, transitada em julgado a decisão, não se admitir a ação rescisória, por violação literal de disposição de lei [...], quando a matéria é divergente nos Tribunais [...].

[...]

Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera *insegurança jurídica*, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional.

[...]

Portanto, se é necessário assegurar aos juízes liberdade para interpretar o Direito, essa liberdade não pode ser absoluta, porque dá margem à existência do fenômeno da *jurisprudência lotérica*, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz (CAMBI, 2001, p. 2-3).

O estudioso sustenta que deve haver mecanismos capazes de uniformizar a jurisprudência com efetividade, pois “[...] não é justo nem razoável que uns possam obter

¹² Conforme observa Cláudia Aparecida Cimardi (2015, p. 80-81), “[...] O conteúdo dos textos normativos não são explícitos de maneira que a interpretação seja uma operação mecânica, automática, de simples silogismo, quase pré-programado. É certo que há textos normativos que contêm muitos preceitos claros e precisos [...]. ocorre que em boa parte do sistema normativo, apresentam-se preceitos com conteúdos imprecisos e extensão indefinida. Isso porque, nem sempre é possível ou mesmo conveniente que a lei delimite com precisão o campo de atuação de uma regra jurídica, descrevendo pormenorizada e exaustivamente todas as situações fáticas que produzirem efeitos jurídicos. Nessas circunstâncias, o legislador simplesmente fornece indicações de ordem genérica, menciona apenas o que considera essencial, e deixa para o aplicador do direito a análise de todos os detalhes dos fatos, para que, “preencha os espaços em branco” da norma no momento da prolação da decisão”.

imediatamente a tutela jurisdicional enquanto outros, em igual situação, tenham que arcar com maiores ônus para conseguir a proteção jurídica adequada [...]” (CAMBI, 2001, p. 3).

Uniformizar a jurisprudência é tarefa que envolve alguns valores, como a previsibilidade, a orientação, a igualdade, o incentivo à realização de acordos em detrimento da litigância e, principalmente, a responsabilidade do julgador. A previsibilidade está diretamente relacionada com o conhecimento que as pessoas e a própria Administração Pública têm das leis porquanto, sem o entendimento da norma, fica difícil saber como se deve agir em sociedade¹³. Willian Pugliese (2016, p. 64) explica que a previsibilidade

[...] pode ser ligada à proteção da confiança.

[...]

Nesse sentido, o papel dos tribunais é essencial. É preciso aplicar o direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo judiciário. [...]

Sem coerência e decisões iguais para casos iguais, tem-se mera expectativa de que o direito será reconhecido. Pior, admitir a pluralidade de interpretações, incentiva-se a população a não agir de acordo com as regras, que é possível obter, no juízo certo e com bons argumentos, uma decisão diferente e favorável, que reconheça como válido ato contrário ao direito posto.

Quanto à orientação, sustenta o autor que uma jurisprudência uniforme serve para orientar e favorecer a atuação mais eficiente da Administração Pública, evitando-se, com isso, que sejam levadas ao Judiciário questões já pacificadas. A igualdade é característica básica do Estado de Direito, preocupado em dar tratamento idêntico a quantos se encontrem numa mesma situação jurídica. Já o estímulo aos acordos consiste no respeito aos precedentes judiciais, reduzindo a incerteza “[...] e, por consequência, o número de litígios [...] a decisão projeta a influência dos juízes com maior eficácia para guiar comportamentos futuros [...]”. Por fim, a responsabilidade do julgador dirige-se à prolação de decisões fundamentadas e coerentes, que poderão nortear a todos – juízes e jurisdicionados – proporcionando, dessa forma, a concretização daqueles direitos processuais fundamentais antes referidos¹⁴ (PUGLIESE, 2016, p. 65-70).

¹³ Nesse sentido, PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira. Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64-65.

¹⁴ A responsabilidade do julgador, no entendimento de Willian Pugliese (2016, p. 69-70), significa que “[...] o magistrado, ao decidir, não está simplesmente resolvendo um caso com a possibilidade de torná-lo imutável para as partes. Sua decisão produz efeitos muito mais amplos e é relevante para todo o jurisdicionado, já que poderá ser invocada como precedente pelas partes e deverá ser observada pelos demais julgadores. [...]”. Assim, a responsabilidade dos magistrados para decidir questões novas e relevantes para a sociedade passa a ser maior. Os resultados dessa constatação são bastante benéficos para o Judiciário. Em primeiro lugar, garante-se a imparcialidade do julgador de forma objetiva. Explica-se: se o juiz tem consciência de que sua decisão será utilizada para a solução de todos os casos semelhantes ao que ele tem em mãos, será compelido a desconsiderar

Nos dizeres de Michele Taruffo (2014, p. 35-36), a

[...] giurisprudenza uniforme evita l'incertezza e la varietà delle decisioni; la garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, in base al principio dello *stare decisis* tipico degli ordinamenti angloamericani, secondo cui casi debbono essere decisi in modo uguale; la necessaria prevedibilità delle decisioni future, in base alla quale le parti debbono poter fare affidamento sul fatto che i giudice futuri si comporteranno allo stesso modo di quelli passati. La prevedibilità può svolgere anche una funzione economica, dato che La decisione è prevedibile si può di ricorrere al giudice. Infine, una giurisprudenza costante si può conoscere più facilmente e quindi orienta in modo più efficace i comportamenti dei consociati.

Com base nessas ponderações, especialmente nas últimas décadas, muitas têm sido as tentativas do sistema processual brasileiro para alcançar a uniformização da jurisprudência, propiciando a celeridade na tramitação dos processos e a efetividade da prestação jurisdicional, notadamente em questões de expressiva relevância social. Além de introduzir mecanismos que cuidam das demandas coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, o legislador tratou de criar técnicas destinadas também – mas não só – às ações puramente individuais.

No Código de Processo Civil de 1973, pode-se mencionar o instituto da uniformização da jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479; o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, previsto nos artigos 543-B e 543-C; o instituto de assunção de competência, expresso no artigo 555, § 1º; a possibilidade do relator negar seguimento a recurso “manifestamente [...] em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput*) ou dar provimento a recurso que ataca decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante dos tribunais de cúpula (art. 557, § 1º-A); a criação das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, etc.

Ocorre que, independentemente do direito em jogo ser passível de tutela coletiva *lato sensu*, tem se visto uma verdadeira avalanche de demandas individuais versando sobre situações de fato ou de direito dotadas de grande repercussão social, o que não só agrava o

qualquer questão particular que, eventualmente, pudesse motivá-lo a decidir em favor de uma das partes. Além disso, a responsabilidade do magistrado favorece a produção de decisões com fundamentos mais profundos e com a discussão de todas as razões alegadas pelas partes. [...] A certeza da imparcialidade nas decisões e o cuidado com a exposição fática garantem a igualdade entre as partes. Mais do que isso, esse cuidado garante também que situações diferentes sejam tratadas de forma diferente”.

antigo problema da morosidade na prestação da atividade jurisdicional, mas também aumenta a insegurança jurídica pela contrariedade das decisões¹⁵.

Isso motivou o legislador a instituir, no Código de Processo Civil de 2015, novos mecanismos destinados a produzir uniformidade nos julgamentos e a evitar, na jurisprudência interna dos tribunais, “[...] a desarmonia de interpretação de teses jurídicas” (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 893).

A nova legislação processual civil, além de aprimorar institutos já existentes, especialmente no que interessa ao presente estudo, criou duas novas técnicas voltadas, primordialmente, à uniformização da jurisprudência e à efetividade sempre almejada da prestação jurisdicional: trata-se do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil de 2015; e do incidente de assunção de competência, insculpido no artigo 947, do mesmo diploma legal.

Além disso, embora não devesse ser novidade, porquanto, “[...] Os juízes devem atentar aos entendimentos uniformizados dos tribunais superiores, porque estes são o resultado da função que lhes foi atribuída pela Constituição Federal” (CIMARDI, 2015, p. 83), o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu textualmente, no seu artigo 926, *caput*, a obrigatoriedade dos tribunais uniformizarem a sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”; e no artigo 927 o dever de observância das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (inciso I), dos enunciados das súmulas vinculantes (inciso II), dos acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (inciso III), dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (inciso IV), além de seguir “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inciso V).

Note-se que o *caput* do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 prevê um dever de observação aos julgamentos referidos nos incisos – e não uma simples faculdade, porquanto uniformizar a jurisprudência significa conferir unidade na interpretação e na

¹⁵ Nesse ponto, Cunha (2011, p. 1) assim comenta: “[...] Tradicionalmente, o direito processual civil tem um perfil *individualista*. Suas regras foram, ao longo dos tempos, concebidas para resolver conflitos individuais, estruturadas de forma a considerar *única* cada ação, a retratar um litígio específico entre duas pessoas. Tal perfil individualista, marcado pela influência do liberalismo, foi contemplado pelo Código de Processo Civil brasileiro em vigor, que se revelou insuficiente para resolver o crescente número de causas que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento. Para examinar e solucionar estas situações repetitivas, as regras processuais previstas no Código de Processo Civil revelaram-se inadequadas [...]”. (grifos do autor)

aplicação do direito, impedindo “[...] decisões diferentes para casos iguais, o que torna o sistema jurídico inseguro e caótico [...]” (PUGLIESE, 2016, p. 63).

A ideia é justamente fazer com que as decisões judiciais proferidas pelos tribunais passem, obrigatoriamente, a vincular todos os graus de jurisdição, especialmente quando se tratar de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que têm a função constitucional precípua de orientar a atividade jurisdicional. O entendimento é no sentido de que “[...] a *violação* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõe a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como uma *grave falta institucional que não pode ser tolerada* dentro do sistema jurídico” (MITIDIERO, 2014, P. 14) (grifos do autor). Cabe ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça – agora, com a vigência do novo Código de Processo Civil, essa função foi também estendida aos tribunais de segundo grau – traçar o rumo a ser seguido, “[...] definindo paradigmas de interpretação de textos normativos, os quais se constituem em elementos de sustentação do mecanismo do arcabouço judiciário [...]” (CIMARDI, 2015, p. 83-84).

2.1. CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE JURISPRUDÊNCIA

O termo jurisprudência tem sido entendido simplesmente como um conjunto de decisões reiteradas num mesmo sentido pelos tribunais sobre determinada questão. Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 87-88),

[...] Quando se fala em jurisprudência, busca-se determinar o modo como um tribunal em particular, ou tribunais em geral, têm interpretado e aplicado dada norma, sem examinar as circunstâncias de certo caso concreto (como se dá quando se analisa um precedente), porém a partir da identificação de uma *tendência* na forma de decidir determinado tipo de questão submetido ao Judiciário¹⁶. (grifos do autor)

¹⁶ Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 209) comenta, nesse ponto, que essa dificuldade “[...] pode, em certa medida, ser debitada à nossa tradição romano-germânica, fincada nos direitos codicísticos, levando a que os primados dos direitos e obrigações radique na norma legal (CF, art. 5º, II). É provável que isso tenha desestimulado um posicionamento mais incisivo do legislador no tocante à natureza da jurisprudência e à delimitação do seu espaço processual, tendo-se *optado* por reiteradas inserções pontuais na lei processual, que em verdade trataram, não da causa ou da natureza, mas dos *efeitos* desse Direito forjado no Tribunais [...]. Afinal, os *insumos nomogenéticos* (fatos, valores, necessidades, interesses emergentes na sociedade), como se infere daquela etimologia, não estão à base da jurisprudência, e sim da lei, a qual, uma vez interpretada em modo consonante e reiterado é que dará origem à *jurisprudência*, a qual opera sob uma dinâmica *indutiva*, partindo do particular (os vários processos julgados em modo consonante) para o geral: o reconhecimento de uma dada

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 209), o direito brasileiro encontra certa dificuldade para conceituar a expressão jurisprudência, pois no sistema da *civil law* o instituto “[...] não é causa, e, sim, *efeito* da reiterada exegese sobre um dado texto legal, vindo depois aplicada a uma da *fattispecie* judicializada”.

Historicamente, a jurisprudência era relacionada à atividade desenvolvida pelo pretor¹⁷. Pode ser vista, na lição de Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 9), tanto no significado “[...] da famosa definição de Ulpiano [...] ‘*Juris prudentia est devinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque scientia*’¹⁸ [...]”, quanto da atividade jurisdicional originariamente entendida como o dever de “dizer o direito”¹⁹.

Normalmente fala-se em jurisprudência para designar o conjunto uniforme de decisões, entendimento, aliás, compartilhado por Daniel Mitidiero (2014, p. 52), para quem “[...] *jurisprudência* significa apenas a reiterada manifestação de uma Corte em um dado sentido [...]”. Diz-se, também, que nos países da *civil law* a jurisprudência se caracteriza pela multiplicidade de decisões sobre uma determinada questão jurídica, o que não quer dizer identidade entre elas, pois não é só de decisões conformes entre si que se forma a jurisprudência. “[...] A característica da homogeneidade que, para muitos autores, é inerente ao fenômeno de agrupamento das decisões judiciais, não é, todavia, qualidade que as identifica [...]” (CIMARDI, 2015, p. 88-89).

O que configura a jurisprudência, essencialmente, é a multiplicidade de julgamentos sobre uma determinada questão jurídica e não, necessariamente, mediante decisões uniformes. Ou seja, as decisões “[...], ao longo do tempo, formam um ‘corpo’ que apontam – ou, ao menos, deveriam apontar – para uma mesma solução [...]” (CIMARDI, 2015, p. 88-89)²⁰.

jurisprudência, que tomada dominante, poderá ensejar emissão de súmula, assim espraiando eficácia panprocessual [...]”.

¹⁷ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

¹⁸ Significa: “Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, e a ciência do justo e do injusto” (TUCCI, 2004, p. 9).

¹⁹ Tucci (2004, p. 9-10) comenta que o emprego do termo jurisprudência “[...] indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister *ius dicere*, no âmbito da história do direito *iusprudentia* tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica). [...] Ainda na acepção de ciência do direito, observa-se que, por apego à tradição, até hoje as faculdades de direito da Itália são chamadas de *Facoltà di Giurisprudenzia* [...]”.

²⁰ Claudia Cimardi (2015, p. 87) destaca que “[...] o termo *jurisprudência*, considerada [...] – como “conjunto de decisões judiciais” –, pode referir-se a soluções idênticas ou análogas a um mesmo problema, ou a problemas análogos ou conexos (hipótese em que o termo *jurisprudência* é frequentemente trazido como sinônimo de “jurisprudência conforme” ou “consolidada”); às vezes, pode referir-se não ao conteúdo uniforme,

Como leciona Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 1), “[...] Esse modo de lidar com a jurisprudência, [...] revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal [...]”, mas não permite saber “[...] qual ou quais julgados tratam especificamente da interpretação de um fundamento no qual lastreada a questão sob apreciação judicial”.

Michele Taruffo (2011, p. 142-143) sustenta que o termo jurisprudência deve ser analisado sob um enfoque quantitativo e qualitativo. No primeiro aspecto, o termo jurisprudência remete a uma pluralidade de decisões, bastante amplas, o que torna muito difícil “[...] estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma”. Já, no aspecto qualitativo, o termo jurisprudência corresponde a “[...] enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte de Cassação [...]”, cujo objetivo principal é a formação de regras jurídicas, ainda que não se possa saber (como se dá com o precedente) o que verdadeiramente a constituiu²¹. Em outras palavras, no âmbito qualitativo o que caracteriza a jurisprudência é o órgão de que emana o conjunto de decisões, embora não se conheça os fatos existentes na base de cada caso.

Vale dizer, “[...] quando se fala da jurisprudência normalmente se faz referência a *uma pluralidade*, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”, na forma de “regras jurídicas” genéricas, como é inerente ao instituto (TARUFFO, 2011, p. 142- 143).

A doutrina é firme no sentido de que jurisprudência remete a um conjunto de decisões. Mas, que decisões? Somente as decisões colegiadas (acórdãos) ou também as decisões monocráticas (sentenças)?

mas ao instituto jurídico tratado pelo conjunto de decisões (hipótese em que se fala, por exemplo, de jurisprudência de contrato de *leasing*); e, ainda, pode referir-se a esses dois usos de forma combinada”.

²¹ Sobre esse ponto, Michele Taruffo (2011, p. 143) explica que “[...] A característica dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas em uma ou em poucas frases, ou têm por objeto *regras jurídicas*. Estas regras têm normalmente conteúdo mais específico em comparação com o ditado textual da norma da qual constituem uma interpretação, mas são também sempre formuladas como *regras*, ou seja, como enunciações gerais e de conteúdo normativo. [...] em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*”.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 121) prega que somente os acórdãos são capazes de formar a jurisprudência²². Porém, Cláudia Cimardi (2015, p. 89) observa que o nosso sistema processual permite o julgamento monocrático dos recursos, precisamente quando há jurisprudência sobre a questão discutida. E, embora seja possível a interposição de recurso contra a decisão do relator para levar a questão ao colegiado, em não havendo impugnação, é inegável que tais decisões “[...] passam a incorporar a *jurisprudência do tribunal*, porque o sistema as equipara aos julgados colegiados”.

Ainda segundo Cláudia Cimardi (2015, p. 90), há outro aspecto que caracteriza a “jurisprudência”: “[...] a *contemporaneidade das decisões* [...]”, ou seja, somente as decisões atuais devem compor a jurisprudência. Isto porque, como ressaltado, a sociedade não é imutável, nem estagnada e a atividade jurisdicional deve acompanhar a evolução dos tempos, sob pena de tornar-se absolutamente inútil.

No Brasil, o revogado Código de Processo Civil utilizou a expressão jurisprudência em diversos dispositivos legais, a exemplo do artigo 120, parágrafo único, que permitia o julgamento, de plano, em caso de conflito de competência, quando houvesse jurisprudência dominante sobre a questão suscitada; do artigo 475, § 3º, que excluía da remessa necessária a sentença proferida contra os entes públicos que estivesse em consonância com a jurisprudência do “plenário do Supremo Tribunal Federal”; do artigo 476 e seguintes que tratavam do incidente de uniformização de jurisprudência; do artigo 543-A, § 3º que presumia a repercussão geral quando o recurso extraordinário discutisse decisão contrária a “jurisprudência do Tribunal”; do artigo 557, *caput* e § 1º, que autorizava ao relator, monocraticamente, dar ou negar provimento ao recurso quando em confronto com a jurisprudência do próprio tribunal ou dos tribunais superiores, dentre outros.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que provocou grande reforma na estrutura e atuação do Poder Judiciário, incluindo “[...] nas disposições sobre o Supremo e suas decisões

²² Diz Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 121-122): “[...] Sem embargo da aplicação da jurisprudência para além dos quadrantes propriamente judiciários, é conveniente preservar um sentido restrito dessa palavra, o que leva desde logo a excluir as decisões de primeiro grau [...], porque a jurisprudência pressupõe uma coleção de *acórdãos*, e, estes, desenganadamente, provêm, por definição, dos *Tribunais* (novo CPC, art. 204), a que tudo acresce a virtualidade das decisões de primeiro grau poderem ser *reformadas*. [...] Ao tempo do CPC/1973, o juiz estava autorizado a reproduzir, nas ações replicadas, e mesmo sem citação do réu, a sentença de improcedência emitida no processo tomado como paradigma (CPC/1973, art. 285-A), mas aí não se tratava de aplicação de “jurisprudência” (expressão inaplicável à magistratura de primeiro grau), mas sim de uma técnica em certo modo *justificada* por razões de economia processual e de tratamento isonômico aos jurisdicionados. [...] Assim se dá porque a jurisprudência é formada por acórdãos, e estes, ao menos no tocante aos Tribunais situados ao meio da pirâmide judiciária, resultam do julgamento das apelações interpostas contra as sentenças, por força do efeito *subsuntivo* imanente àqueles recursos (novo CPC, art. 1.008) [...]”.

o efeito obrigatório do extrato de algumas delas [...]” (PARENTE, 2006, p. 92-93), introduziu, ao artigo 102, da Constituição Federal de 1988, o parágrafo 2º estabelecendo que as decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade teriam “eficácia contra todos e efeito vinculante”²³. Também acrescentou o artigo 103-A para instituir a súmula vinculante.

As reformas legislativas prosseguiram, culminando na promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que veio prestigiar, com ênfase ímpar, a força vinculante das decisões judiciais, referida por muitos doutrinadores como força vinculante dos precedentes judiciais. Apesar disso, além de utilizar as expressões súmulas e precedentes, continuou empregando, em vários dispositivos legais, o termo jurisprudência, como, por exemplo, no artigo 489, § 1º, VI; no artigo 521, IV; no artigo 926, *caput* e parágrafos; no artigo 1.029, §§ 1º e 2º; no artigo 1.035, § 3º, I e no artigo 1.043, § 4º.

Jurisprudência é um termo que identifica um conjunto de decisões, de modo generalizado, sem levar tanto em consideração as peculiaridades do caso concreto. Apesar disso, não é raro haver confusão entre as expressões jurisprudência, precedentes e súmulas, muitas vezes tratadas como sinônimos.

Não se pode negar que são institutos jurídicos correlatos, porque têm o objetivo precípuo de orientar a atividade judicial e evitar decisões díspares para casos semelhantes. Contudo, parece imprescindível traçar a exata diferença entre cada um desses conceitos para compreender o termo “jurisprudência” na sua correta dimensão.

2.1.1 Súmula Vinculante, Precedente e Jurisprudência

É sabido que a vinculação das decisões judiciais se mostra muito mais presente nos países que seguem o sistema da *common law*, onde vigora com naturalidade o direito dos costumes²⁴, do que naqueles adeptos da *civil law* – caso do Brasil –, onde está enraizada a ideia de que a lei é a mais importante fonte do direito (embora a nova legislação processual civil tenha vindo com o forte intuito de modificar essa tradição).

²³ Segundo Aluisio de Castro Mendes (2017, p. 121), esse efeito, “[...] já deveria ter sido concebido naturalmente com caráter vinculante e *erga omnes*, diante do caráter concentrado e difuso do respectivo controle nas ações diretas de constitucionalidade. Do contrário, não se faria qualquer sentido prático ou jurídico”.

²⁴ Germano (2013, p. 3), assinala que a força dos costumes no sistema da *common law* se deve muito ao fato de que “[...] perante estes países a legislação escrita é fraca, menos densa e de menor envergadura” em relação ao sistema da *civil law*, do qual o Brasil é adepto.

Assim, na *common law*,

[...] Por inúmeras e importantes vicissitudes históricas [...] no ambiente dos ordenamentos fundados na teoria do *stare decisis* e na doutrina do *binding precedente*, derivados do direito inglês, os costumes foram se transformando, mediante lento processo evolutivo, em direito jurisprudencial, norteados pela concepção de que a *Common Law* correspondia a uma ordem jurídica superior, cujos princípios foram conservados e somente poderiam ser revelados pelos juizes, “the depositaries of the law, the living oracles of the law”, em suas respectivas decisões (TUCCI, 2004, p. 10-11).

Isso não significa que no Brasil as decisões reiteradas não tenham importância, porquanto, como dito, o sistema processual civil foi alvo de muitas reformas legislativas, justamente para instituir instrumentos que dessem maior coerência aos julgamentos²⁵. O problema é que, durante muito tempo, os institutos criados não possuíam força vinculante, servindo apenas de parâmetro para as decisões futuras.

A despeito das diferenças inerentes ao sistema da *civil law*, ficou bastante evidente “[...] o fortalecimento desta aproximação do direito processual brasileiro com os institutos da *common law*, indicando o efeito vinculante das decisões judiciais como sinal de uma aproximação com o sistema de precedentes [...]” (MENDES, 2017, p. 122)²⁶.

O instituto da súmula vinculante foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao inserir o artigo 103-A na Carta Magna, com o objetivo de evitar contradições e multiplicação de demandas sobre uma mesma questão, proporcionando, assim, maior segurança jurídica (CF, art. 103-A, § 1º).

Com efeito, súmula, num sentido mais genérico, é

[...] um repositório de enunciados que representam um resumo da jurisprudência dominante de um tribunal. Em outras palavras, é na súmula que cada tribunal enuncia, por meio de *verbetes* (ou *enunciados*), as teses que foram identificadas nas linhas de jurisprudência constantes identificadas em sua atuação.

²⁵ Guilherme Cunha e Maurício Martins Reis (2014, p. 1) comentam que a prática jurídica brasileira sempre se valeu da aplicação subsuntiva das leis ao caso concreto, daí porque “[...] em vez da aplicação da jurisprudência (e dos mecanismos processuais para que decisões anteriores influam nos julgamentos posteriores e estes tenham uma tramitação sumarizada) contribuir para afastar da técnica jurisdicional a prática subsuntiva positivista, (que deságua no decisionismo) e dar coerência ao direito, houve o inverso: a própria utilização da jurisprudência alimentou esse modo-de-fazer-direito, adotando-se por subsunção ementas e verbetes de casos anteriores a casos posteriores, sem qualquer cuidado às singularidades do caso concreto. [...] a aversão em se aplicarem precedentes obrigatórios por conta de um alegada liberdade do Poder Judiciário em interpretar as leis, a despeito de o ato normativo já ter sido interpretado pelos Tribunais Superiores [...]”.

²⁶ Nos dizeres de Germano (2013, p. 9), existe “[...] entre eles uma nítida aproximação, motivada pela necessidade de melhor se atender as demandas sociais, valendo-se um sistema jurídico, para tanto, de instrumentos encontrados de maneira mais comum no outro, para a satisfação das pretensões da sociedade”.

[...]

Todos esses enunciados – como qualquer outro enunciado de súmula, seja lá qual for o tribunal de que se origine – compõem um extrato da jurisprudência daquela Corte. A súmula é, pois, um *extrato da jurisprudência dominante* de um tribunal (CÂMARA, 2017, p. 88).

O que difere as súmulas em geral da súmula vinculante – para além, claro, da força obrigatória desta última – é o fato de que apenas o Supremo Tribunal Federal possui competência para editar súmulas vinculantes, que, na essência, constituem uma síntese, geral e abstrata, das discussões travadas acerca de determinada questão.

Segundo André Ramos Tavares (2007, p. 263), a súmula vinculante, por seu caráter obrigatório, “[...] *participa da mesma natureza jurídica da norma legal*, ficando a esta praticamente equiparada e, como tal, sujeita à interpretação, mas observadas as limitações [...]”. (grifos do autor)

Considerando que o seu principal efeito é proporcionar a uniformidade da jurisprudência “[...], tornando gerais, impessoais e abstratos determinados preceitos, ou posicionamentos, dotados de necessária imperatividade [...]”²⁷ (PARENTE, 2006, p. 89-90), o enunciado contido na súmula vinculante deve ser obrigatoriamente seguido pelos órgãos fracionários do Poder Judiciário em todo o País, bem como pela Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas, municipal, estadual e federal, conforme preconiza o *caput* do artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do que acontece no sistema do *stare decisis*, próprio da *common law*, em que as razões de decidir dos julgamentos são fator determinante na vinculação, a súmula vinculante, por conter um enunciado geral e abstrato, fica

[...] desvinculado dos casos que lhe deram origem, de maneira que sua aplicação futura não se realiza pelo método de análise própria do sistema procedimentalista (análise de identidade de situação fática para fins de tratamento jurídico isonômico), mas sim na aplicação dedutiva do sistema legalista, procedendo-se à subsunção de um enunciado abstrato a uma situação concreta.

[...]

As súmulas vinculantes, ao que parece, vinculam pelo enunciado descritivo elaborado pelos Ministros do STF, e não pela fundamentação, pelas razões jurídicas consideradas por eles no momento da análise de um caso concreto (PRESGRAVE, 2017, p. 166-167).

²⁷ Germano (2013, p. 3-4), nessa linha de raciocínio, assinala que a súmula vinculante “[...] visa, de maneira uniforme, manifestar-se acerca de situações fáticas idênticas, postas ao seu conhecimento, porém advindas de processos massificados, cujas causas de pedir e de aplicação do Direito exige, por parte do órgão julgador, um intenso e debatido conhecimento do que se sucede no processo, para prolatação de decisão que seja uniforme e paritária em todos os casos, de diferentes graus de jurisdição [...]”.

De todo modo, Eduardo Cambi (2001, p. 4) assinala que com a adoção da súmula vinculante “[...] o problema da *jurisprudência lotérica* seria remediado, porque, tendo sido a questão de direito sumulada, todos os órgãos judiciais teriam o dever de respeitar a súmula [...]”. E indagando se a obrigatoriedade do entendimento sumulado poderia influenciar na independência do juiz, esse doutrinador responde que o conteúdo das súmulas vinculantes é exclusivamente de direito, pelo que o juiz continua com plena liberdade de examinar e interpretar as questões de fato que envolvem o caso concreto. “[...] Logo, a adoção desse efeito vinculante não implica a restrição ampla e irrestrita da liberdade judicial”.

Sendo editada a partir de reiterados julgamentos em casos concretos, a súmula vinculante formula uma tese jurídica que deve ser aplicada, obrigatoriamente, pelos demais órgãos do Poder Judiciário, tornando-se “[...] capaz de atenuar os efeitos perversos da *jurisprudência lotérica*, visto que a parte não ficaria sobrecarregada com o ônus de recorrer em razão de posicionamento diverso do juízo a quo [...]”, além de promover a racionalização das questões de direito que lhe deram origem (CAMBI, 2001, p. 5).

A súmula vinculante, na prática, passa a funcionar como verdadeira lei, na medida em que “[...] todos os demais juízes e tribunais deverão adotar o entendimento previsto na súmula para os casos concretos que decidirem, e nos exatos limites de sua decisão [...]” (CARREIRA, 2011, p. 217).

Vale referir que a súmula vinculante pressupõe decisão da maioria qualificada dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, de dois terços, após reiteradas decisões (no mínimo três) sobre uma específica matéria constitucional (CF, art. 103-A, *caput*).

A súmula vinculante, apesar de manter a característica de generalidade, não se confunde com as súmulas em geral (que igualmente constituem enunciados gerais e abstratos, recolhidos na própria jurisprudência dos tribunais, sem a necessidade de um quórum qualificado e sem vinculatividade), nem com a jurisprudência (que é um mero conjunto de decisões reiteradas sobre determinada questão, servindo apenas como orientação de julgamento para os demais órgãos do próprio tribunal e dos tribunais hierarquicamente inferiores), nem tampouco com o precedente judicial, que pode ter efeito meramente persuasivo, como se verá.

No entanto, Maurício Martins Reis (2014, p. 2) sustenta que qualquer decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal deve ser vinculante, pouco importando o quórum

qualificado, a existência de reiteradas decisões e o “[...] tempo de maturação do debate [...]”²⁸. Isto porque,

[...] Não deixam de ser vinculantes decisões para as quais o legislador deixou de conferir tal adjetivo, ou, em equação idêntica com outras variáveis, não são vinculantes apenas os julgados timbrados desse atributo pelo direito posto, em virtude do fato de tal qualidade (ou de sua ausência) derivar – ontologicamente – dos fundamentos do próprio julgado.

Há um consciente desforço da doutrina em justificar a existência das súmulas vinculantes. Nessa tarefa, desprestigiam-se, em contrapartida, a coerência e a integridade da jurisdição constitucional. Que a edição de súmulas vinculantes seja antecedida de decisões proferidas no âmbito de julgamentos concretos de constitucionalidade, tal premissa manifesta-se incontroversa. Todavia, daí não se segue a ineficácia em vincular (a falta de aptidão argumentativa uniformizadora) dos motivos determinantes inscritos nos julgamentos consolidados ainda não convertidos em súmulas vinculantes.

A súmula vinculante não prospera o fundamento em ouro, como o alquimista. Ela apenas reluz, intensificando, o que antes já existia. Em suma, o verbete sumular consiste em funcionalidade prática [...] de conversão da prévia interpretação jurisprudencial (decorrente de decisões reiteradas no mesmo sentido) em texto de objetiva estrutura para efeito de disseminar em abstrato o critério adotado²⁹ (REIS, 2014, p. 2-3).

De todo modo, é importante reconhecer o mérito do legislador na criação do instituto, especialmente porque, pelo menos em tese, passa-se a ter maior segurança jurídica, possibilita-se a isonomia das decisões judiciais e, reflexamente, proporciona-se maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional³⁰, tanto que o desrespeito à súmula vinculante

²⁸ Esse doutrinador observa que o fato da elaboração da súmula vinculante pressupor um debate sólido e profundo acerca da matéria constitucional posta em análise “[...] em nada desnatura a vinculação por precedentes no exercício do controle concreto de constitucionalidade, especialmente quando se culmina por meio dele o juízo de inconstitucionalidade de ato normativo. [...] Que a edição de súmulas vinculantes seja antecedida de decisões proferidas no âmbito de julgamentos concretos de constitucionalidade, tal premissa manifesta-se incontroversa. Todavia, daí não se segue a ineficácia em vincular (a falta de aptidão argumentativa uniformizadora) dos motivos determinantes inscritos nos julgamentos consolidados ainda não convertidos em súmulas vinculantes [...]” (REIS, 2014, p. 2-3).

²⁹ Esse doutrinador adverte, também, que “[...] A atribuição de efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo STF, especialmente no bojo de recurso extraordinário, sejam elas avulsas ou seriais, resulta guarnecida por algumas importantes garantias. Primeiramente, a vinculação reporta-se aos seus fundamentos determinantes, e não à parte dispositiva do julgado [...]. Ao STF realmente basta enfrentar uma única vez determinado tema para delinear e vincular certo critério normativo com eficácia contra todos [...]” (REIS, 2014, p. 2-3).

³⁰ Nesse sentido, PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência:** da Divergência à Uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p. 91. Esse doutrinador assinala que a adoção das súmulas vinculantes no sistema processual civil brasileiro deve ser vista com bons olhos, por se tratar de instituto destinado a garantir a segurança jurídica. Contudo, não se pode ignorar – como bem disse Ana Beatriz Ferreira Rabello Presgrave, antes referida – o fato de que na prática o que se observa é tão somente a utilização pura e simples do verbete final da súmula, sem a preocupação de analisar se as razões que determinaram sua edição se coadunam com aquele caso no qual se pretende aplicá-la. Por via de consequência, o uso da súmula vinculante parece trazer, em verdade, uma falsa percepção de segurança jurídica, servindo tão somente para abreviar a tramitação dos processos.

autoriza a reclamação para o Supremo Tribunal Federal³¹ (CF, art. 103-A, § 3º). No entanto, não se pode ignorar que

[...] As súmulas vinculantes constituem mecanismos de redundância simbólica quanto à necessária vinculação de preceitos normativos jurisprudenciais. Sua serventia não pode ser medida per si, como se elas valessem mais do que os demais instrumentos: a propósito disso, a defesa incondicional da utilidade prática dos verbetes sumulares vinculantes aniquila a funcionalidade dos precedentes despidos dessa condição, como se aquilo que mais valesse fosse a nota adjetiva de uma impositação, em detrimento de julgamentos, conquanto avulsos, cuja fundamentação preconiza diretrizes genuínas de orientação e uniformidade benéficas ao sistema jurídico como um todo (REIS, 2014, p. 7).

O precedente, por sua vez, tem origem nos países da *common law*, que se valem muito mais dos costumes do que da legislação escrita, e lá são dotados de vinculatidade, na medida em que “[...] o juiz não pode *desapontar* os cidadãos. Estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito”³² (WAMBIER, 2009, p. 4).

Michele Taruffo (2011, p. 143) sustenta que o precedente também possui um viés quantitativo e qualitativo. Aquele reside na existência de apenas uma decisão prolatada para um caso particular, esse na aplicabilidade em casos futuros se houver identidade dos fatos. Até então, o precedente não passa de “mero julgado”.

Diferentemente do que sucede no sistema da *civil law* – e, em especial, no Brasil, em que a lei constitui, ainda hoje, apesar da nova ideologia do Código de Processo Civil de 2015, a mais importante fonte de direito – na *common law* o precedente sempre mereceu posição de destaque. Com a evolução dos tempos, percebeu-se que, mesmo na tradição da *civil law*, a lei não é mais suficiente para solucionar certos casos. Atenção maior passou a ser dedicada aos

³¹ Guilherme Sarri Carreira (2011, p. 219) observa que o instituto da reclamação, “[...] dentro da finalidade para a qual a súmula vinculante foi criada, [...] é o seu principal instrumento de efetivação, pois consiste na via adequada para anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial que afrontar ou desrespeitar a súmula vinculante”.

³² A autora explica que no sistema da *common law* “[...] O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem. [...] No sistema de *common law*, se reconhece que os casos nunca são absolutamente idênticos. O que acontece, de fato, é que são consideradas algumas características de um caso, como sendo relevantes e outras não. [...] A vinculatidade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma” (WAMBIER, 2009, p. 4-5).

entendimentos judiciais, reconhecendo-se a importância do precedente como técnica de julgamento no nosso ordenamento jurídico, inclusive atribuindo-lhe força vinculante³³.

Daniel Mitidiero (2015, p. 1-2) assinala que

[...] A percepção de que a norma é resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abriu espaço para que pensasse na *decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como o meio para promoção da unidade do direito*. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de *reduzir a indeterminação* do discurso jurídico, podendo servir como *concretizações reconstitutivas de mandamentos normativos*. (grifos do autor)

Assim, o precedente caracteriza-se pela existência de uma decisão que deve servir de paradigma para a solução dos casos futuros semelhantes. A formação de um precedente se dá a partir de “[...] uma decisão proferida em um caso concreto isoladamente considerado, e cujas razões de decidir formam uma tese jurídica que pode vir a ser aplicada em casos futuros que com ele guardem semelhança [...]” (NOGUEIRA, 2015, p. 2).

José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 2) explica que o precedente corresponde ao núcleo da decisão proferida, ou seja, à *ratio decidendi*, podendo “[...] ser inferido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Nessa linha,

³³ Cláudia Aparecida Cimardi (2015, p. 93-94) comenta que “[...] a vinculação dos precedentes é inerente ao sistema da *common law*, pois corresponde a viga mestra de toda sua estrutura”. Reconhece a importância da força vinculante do precedente, porém, assevera que essa prática “[...] não é desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais brasileiros, nem mesmo pelos tribunais superiores. É fato notório que os juízes de primeiro grau e tribunais estaduais e federais, frequentemente, não observam as decisões proferidas pelos tribunais superiores, e sequer justificam o motivo pelo qual assim o fazem. E, ainda mais emblemática dessa realidade, é a circunstância de os tribunais superiores não manterem uma coerência quanto a suas próprias decisões [...]. Os tribunais superiores, diuturnamente, modificam o rumo da orientação jurisprudencial, de forma brusca e injustificada, o que reflete em um desserviço ao jurisdicionado, que não tem como saber qual é a pauta de conduta que deve observar, e aos demais órgãos jurisdicionais, que não seguem a jurisprudência dos tribunais superiores [...]”. Todavia, é preciso lembrar que essas práticas estão, por assim dizer, com os dias contados, na medida em que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe instrumentos novos, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência que visam, primordialmente, valorizar as decisões proferidas pelos tribunais, vinculando-as a todos os órgãos do Poder Judiciário. Quer dizer, a tendência é a de que a jurisprudência dos tribunais sejam, sim, respeitadas tanto no âmbito interno – porquanto há, agora, a obrigatoriedade de aplicar as decisões proferidas em sede desses institutos, sob pena de reclamação – quanto no âmbito externo, para toda a sociedade, vez que terá conhecimento de como se comportam os nossos jogadores acerca de determinada questão.

[...] A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes.

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. [...] o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação [...] (MARINONI, 2012, p. 2-3)³⁴.

José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 3) também comenta que, ao contrário da jurisprudência, em que basta a reprodução de trechos do julgado para motivar a futura decisão, o precedente exige a exata compreensão do paradigma. Para que seja possível estabelecer a verdadeira conexão do precedente com o caso futuro é necessário que o julgador faça a distinção (*distinguishing*) fática entre caso julgado e o que está em vias de julgamento e valha-se da técnica do *overruling* na análise do precedente para aplicá-lo, ou não, ao caso em julgamento.

É que “[...] O precedente, embora espelhe uma decisão que compartilha um mesmo fundamento para a solução da questão de direito, é necessariamente relacionado com o quadro fático em que a questão jurídica está inserida [...]” (MARINONI, 2016, p. 289), pelo que, mesmo quando os julgadores são chamados a decidir apenas questões de direito, devem obrigatoriamente motivar a sua decisão considerando os fatos relacionados com a questão de direito posta em juízo. Ou seja,

[...] A moldura fática, que deve ser delineada na decisão da Corte, ajuda a dar inteligência à solução da questão de direito e, assim, dá aos magistrados dos casos futuros condições de racionalizar as suas decisões diante de situações fáticas similares. São as razões jurídicas compartilhadas e os fatos do caso que conferem oportunidade para a aplicação do precedente mediante raciocínio racional, pautado em critérios objetivos (MARINONI, 2016, p. 289)³⁵.

³⁴ Marinoni (2012, p. 3) chama a atenção de que “[...] a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir de elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados ‘requisitos da sentença’, ela certamente é ‘algo maior’. E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados”.

³⁵ Em outra obra, Marinoni (2012, p. 5) salienta ser inegável que a análise dos fatos é restritiva, na medida em que “[...] os fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, [...] as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos – que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na

Nessa senda, tanto as questões de fato que envolvem o caso concreto, quanto a questão de direito suscitada e a motivação utilizada pelo julgador formam o precedente judicial apto a ser aplicado em casos futuros similares, com “[...] certo grau de universalidade” (TUCCI, 2015, p. 2).

Assim, acentua Cláudia Cimardi (2015, p. 90) que o termo precedente significa “[...] *qualquer antecedente decisão*, de qualquer corte, que mostre uma significativa similitude legal com relação ao caso que está para ser julgado [...]”, podendo ser dotado, como se verá, de efeito vinculante ou persuasivo³⁶. Isto porque, além da *ratio decidendi* – denominada por Rogério Cruz e Tucci de “núcleo dos julgados” – as decisões judiciais são compostas, também, pelos *obiter dicta*, isto é, aquilo que não tem importância significativa para a solução do caso, aquilo que é dito só por dizer: “[...] tudo o que é dito em uma decisão e que não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta*, e o que é dito *obiter dicta* tem um peso meramente persuasivo” (WAMBIER, 2009, p. 5-6).

Para Michele Taruffo (2007, p. 710-711),

[...] il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga <concretizzato> per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. Per un verso, la correlazione tra il precedente e una norma generale che si intende interpretare implica dunque che la norma venga letta alla luce della sua attuale o eventuale applicazione a casi concreti. Per altro verso, e si tratta forse del profilo più rilevante, la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo precrittivi o normativi sulla decisione del caso successivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia [...] a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia universalizzabile.

Quer dizer, toda vez que o resultado de um determinado caso concreto, por suas circunstâncias e razões de decidir, puder ser aplicável a outros casos semelhantes, estar-se-á diante de um precedente judicial que, com o passar do tempo, poderá tornar-se, como disse Rogério Cruz e Tucci, a regra para situações assemelhadas.

verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de casos iguais devem ser tratados da mesma forma”.

³⁶ Cláudia Aparecida Cimardi, (2015, p. 90-91) sustenta que o precedente será considerado vinculante quando “[...] representa uma decisão antecedente, de um caso relevante, que é obrigatório para a corte que a proferiu e para as cortes hierarquicamente inferiores. Mas pode também designar um *precedente persuasivo*, consistente em uma decisão que contém uma similitude relevante com relação ao caso a ser julgado, ou que ilustra importante linha divisória entre uma classe de casos e os casos de cuja classe estão em julgamento no presente. Este não determina o sentido do julgamento do caso subsequente, mas pode ser apontado como argumento para sua fundamentação”.

Daniel Mitidiero (2017, p. 75-76), especialmente com base no direito inglês, acrescenta que a correta compreensão da teoria dos precedentes pressupõe o conhecimento da organização judiciária, pois, assim como no ordenamento britânico, a administração da justiça no Brasil está organizada de forma hierárquica.

Nesse contexto, somente as Cortes de Cúpula – denominadas pelo jurista de “Cortes de Precedentes” – desempenham o papel de interpretar e promover a unidade do direito, de modo que somente as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são consideradas precedentes (e vinculantes, como se verá). Já as decisões dos tribunais de segundo grau – chamados de “Cortes de Justiça” – por serem responsáveis pelo controle das decisões de primeiro grau e pela promoção da justiça no caso concreto, formam a jurisprudência (que, segundo o mesmo professor, também poderá ser vinculante). Em resumo: os tribunais ordinários criam a jurisprudência e as Cortes Superiores criam os precedentes (MITIDIERO, 2017, p.76-77).

Daí por que as “Cortes de Precedente” não devem preocupar-se com os fatos em si, ainda que possam considerá-los para chegar à melhor decisão: “[...] o *caso concreto* é apenas um *meio* a partir do qual se parte para chegar-se ao *fim interpretação do direito* [...]”. Enquanto não houver um precedente, cabe às “Cortes de Justiça” uniformizar a sua jurisprudência, a fim de proporcionar “[...] um *mínimo de segurança* [...]” (MITIDIERO, 2017, p. 78).

Embora o artigo 479, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 dissesse expressamente que a decisão prolatada por maioria absoluta dos membros do tribunal “será objeto de súmula”, que “constituirá precedente na uniformização de jurisprudência” – fazendo crer que súmula e precedente são a mesma coisa – fica claro que, como estudado, que súmula vinculante, precedente e jurisprudência absolutamente não se confundem. Mesmo assim são tratadas por grande parte dos operadores do direito

[...] como se fossem sinônimos. As coisas, porém, não são na verdade assim, ainda que neste sentido seja a linguagem corrente, na qual os significados dos dois termos não vêm normalmente distinguidos. Considero, contudo, que entre precedente e jurisprudência exista nítida distinção [...] (TARUFFO, 2011, p. 142).

Em resumo: conforme a maioria dos doutrinadores, súmula, precedente e jurisprudência são institutos distintos. A jurisprudência é o conjunto de decisões atuais, colegiadas ou monocráticas, não necessariamente iguais, dos tribunais ordinários e mesmo

dos superiores³⁷ sobre uma determinada questão; súmula vinculante é um enunciado geral e abstrato, decorrente de reiteradas decisões sobre a mesma questão constitucional, tendo o fim precípua de evitar a divergência de interpretações e o ajuizamento de demandas semelhantes, garantindo a segurança jurídica; o precedente é uma decisão que serve de paradigma para a solução de casos futuros emoldurados pelas mesmas circunstâncias, levando em conta, para isso, as questões fáticas e os fundamentos utilizados na decisão “modelo”³⁸.

Em regra, poder-se-ia dizer que, ao contrário da súmula vinculante (de observância obrigatória) e do precedente (que pode ter caráter vinculativo ou persuasivo), a jurisprudência é apenas um instrumento de orientação derivado de muitas decisões num mesmo sentido – mas não necessariamente –, que inclina o juiz a aplicar a mesma solução nos casos sucessivos³⁹.

2.1.2 Precedente Vinculante e Precedente Persuasivo

O precedente vinculante é próprio da *common law*, onde o direito é pautado, primordialmente, pelo sistema do *stare decisis*, ou seja, impõem-se “[...] aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas [...]”⁴⁰ (TUCCI, 2004, p. 12). Nos países que adotam o sistema da *civil law* – direito baseado especialmente na lei – predomina o entendimento de que uma decisão judicial (ou precedente) não tem eficácia vinculante, mas sim eficácia meramente persuasiva.

Afirma-se que essa era a regra vigente no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação do novo Código de Processo Civil, em que pese as várias reformas legislativas dirigidas a conferir mais força às decisões judiciais. A nova legislação processual civil traz

³⁷ Vale lembrar que para Daniel Mitidiero os tribunais superiores não formam jurisprudência, mas apenas precedentes, haja vista sua função precípua de dar coerência ao direito.

³⁸ Daniel Mitidiero (2017, p. 91) observa que as súmulas – inclusive as vinculantes – são apenas enunciados destinados a reproduzir o precedente e, bem por isso, tais institutos se encontram em diferentes níveis, onde aquelas se colocam “[...] em um nível acima do nível do precedente [...]”. Rigorosamente, não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes”.

³⁹ Como explica Daniel Mitidiero (2015, p. 3), “[...] Tradicionalmente, a jurisprudência consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para a *solução de casos*, cuja *múltipla reiteração* gera a *uniformidade* capaz de servir de *parâmetro de controle*, não gozando de *autoridade formalmente vinculante*”. (grifos do autor)

⁴⁰ Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12-13) chama a atenção de que “[...] Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedente in point*) de uma corte hierarquicamente superior”.

uma importante mudança de paradigmas: institui o referido “microsistema de precedentes obrigatórios”.

Como visto, o precedente judicial caracteriza-se por uma decisão proferida num caso concreto, que poderá ser aplicado em casos futuros análogos, em razão dos fatos e, especialmente, da sua *ratio*. Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12) explica que

[...] todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada de *precedente vinculante* (*bidding authority*: sistema da *common law*) e *precedente persuasivo*, ou *de fato*, ou *revestido de valor moral* (*persuasive authority*: em regra, sistema da *civil Law*). (grifos do autor)

Michele Taruffo (2007, p. 715) salienta que a *ratio decidendi* nada mais é que a razão de decidir ou, nas palavras do autor, “[...] ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso [...]”. *Obiter dicta* são todos os argumentos utilizados para elaborar a sentença, “[...] potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione [...]”. Quando a decisão contiver fundamentos que, embora auxiliem na resolução do caso, não se mostram imprescindíveis, tem-se um *obiter dicta* e, portanto, um precedente persuasivo, mas não vinculante. Daí por que não se pode afirmar categoricamente que todo precedente é sempre vinculante⁴¹.

Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 8) lembra que as *obiter dicta* não raro se aproximam da *ratio decidendi*, por tratarem “[...] de maneira aprofundada de ponto de direito relacionado ao caso [...]”. Assim, muitas vezes não é fácil diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta*, já que “[...] apenas por meio da referência direta dos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão [...]” (TARUFFO, 2011, p. 146).

Há quem entenda que o precedente persuasivo, por conter argumentos úteis, mas não fundamentais, seria apenas uma fonte material capaz de influenciar o julgador do caso subsequente. A contrário senso, o precedente vinculante seria uma espécie de fonte formal, de utilização obrigatória, pois dotada de força capaz de modificar o resultado de outro caso (ROSA, 2014, p. 14).

⁴¹ Nesse sentido, ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes judiciais em perspectiva. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 261-308, jan./jun. 2014. p. 6.

Daniel Mitidiero (2017, p. 35-36) observa que o precedente persuasivo deve ser considerado tão somente como um exemplo “[...] que obriga apenas nos limites em que a *experiência* anterior persuade o seu destinatário [...]”. Cabe ao juiz do caso posterior, se ficar convencido pelos argumentos do precedente, aplicá-lo. Porém, essa espécie de precedente não chega a criar uma regra obrigatória, porquanto, mesmo reconhecendo a semelhança dos casos, o juiz poderá deixar de aplicá-lo na sua decisão. Para o autor, o “[...] precedente persuasivo se resume ao fim e ao cabo à oferta de uma *escolha totalmente livre* ao juiz [...]. O precedente persuasivo resolve-se na abertura de um amplo juízo de conveniência do juiz”.

Michele Taruffo (2007, p. 716) combate a classificação do precedente, como vinculante ou persuasivo; e critica a associação pura e simples do precedente vinculante com o sistema da *common law* dizendo que

[...] non è appropriato dire che il precedente di *common law* è vincolante, nel senso che ne derivi un vero e proprio obbligo del secondo giudice di attenersi al precedente. È noto che nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudice usano numerose e sofisticate tecniche argomentative, tra cui il *distinguishing* l'*overruling*, al fine non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire (TARUFFO, 2007, p. 716).

Ou seja, apesar de esperar-se que o juiz, ao comparar o paradigma com o caso futuro, adote o precedente para fundamentar o seu julgamento, nada impede que, em nome da justiça, deixe de aplicá-lo, por considerar que as razões do primeiro não se mostram suficientes para a correta solução do último. Assim, parece forçoso reconhecer que o precedente será vinculante ou não a partir da atividade interpretativa do juízo no caso que está julgando: “[...] o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha. No caso contrário, o precedente vem *overruled*” (TARUFFO, 2011, p. 147). Como o juiz do caso posterior vai verificar se há decisões pretéritas tratando do mesmo tema e se essas podem ser aplicadas à solução do caso atual, é claro que nem todas as decisões passadas serão consideradas precedentes⁴². Daí afirma-se que a vinculatividade “[...] somente é constatada pelo juiz do caso ulterior, que assim o faz diante da análise dos fatos do caso julgado e do caso em julgamento. Em suma, é o juiz do caso ulterior que ‘descobre’ e ‘cria’ ou não o precedente” (CIMARDI, 2015, p. 91).

⁴² Nesse sentido, ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes judiciais em perspectiva. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 261-308, jan./jun. 2014. p. 4.

Assim, ao contrário do precedente vinculante, o precedente persuasivo pode ser equiparado a um simples modelo, que não desempenha “[...] uma função propriamente justificativa e, por isso, não tem uma eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo” (TARUFFO, 2011, p. 153).

Michele Taruffo (2011, p. 149) anota que a vinculação de um precedente pode ocorrer num sentido horizontal, isto é, quando vincula órgãos de mesmo grau de jurisdição; ou num sentido vertical, quando “[...] a força do precedente desce de alto para baixo: as verdadeiras ‘cortes do precedente’ são as cortes superiores, cujas decisões se impõem a todos os órgãos judiciários de grau inferior; depois vêm as cortes de apelação, e assim segue [...]”.

Assim,

[...] Um caso particular e interessante de precedente horizontal é representado pelo assim chamado *autoprecedente*, ou seja, dos precedentes emitidos da mesma corte que decide caso sucessivo. O problema pode se referir a qualquer juiz, mas se coloca em particular nas cortes superiores, a respeito das quais se pergunta se elas são ou devam ser, de algum modo, vinculadas *a seus próprios precedentes*. Uma resposta positiva a esta questão parece justificada, essencialmente em razão da necessidade de que casos iguais venham a ser tratados do mesmo modo pelo mesmo juiz. Uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do autoprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes⁴³ (TARUFFO, 2011, p. 149).

Há quem diga que o novo Código de Processo Civil trouxe essas duas espécies de precedentes: a vinculante e a persuasiva. A vinculante refere-se a um precedente mais “qualificado”, porque permite o oferecimento de reclamação para garantir a sua observância, tendo origem no julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, de incidente de assunção de competência e de incidente de resolução de demandas repetitivas. O precedente persuasivo decorreria de julgamentos que não ensejam o instituto da reclamação, como no caso dos recursos especial e extraordinário “simples”, da apelação, do agravo de instrumento etc. (NOGUEIRA, 2015, p. 3).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016a, p. 69) sustentam que a formação dos precedentes está necessariamente vinculada à atividade judicante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – denominada por eles de “Cortes de

⁴³ Como se verá ao longo do presente estudo, o novo Código de Processo Civil, ao instituir o incidente de assunção de competência – dentre outros que seguem a mesma lógica – parece aumentar a força vinculativa horizontal, na medida em que, havendo acórdão proferido em sede do referido incidente pelo Órgão Especial do respectivo tribunal, as Turmas ou Câmaras a ele vinculadas deverão, obrigatoriamente, aplicar a decisão tanto nos casos presentes quanto nos casos futuros (CPC, art. 947, § 3º c/c art. 985, I e II).

Precedentes” – e que estes sempre serão vinculantes, sob pena de se tornarem meros exemplos: “[...] *a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*” (grifo do autor).

Lenio Streck (2016, p. 8) critica a ideia de que o sistema de precedentes obrigatórios inseridos no novo Código de Processo Civil “[...] extrairia sua legitimidade da autoridade da qual emanou [...]”. Segundo o autor

[...] A teoria dos precedentes à brasileira não consegue lidar com o problema da discricionariedade judicial, pois deixa de tematizá-la adequadamente na medida em que vem a ignorar a questão da livre atribuição de sentido aos textos normativos quando da formação dos precedentes. Vale dizer, primeiramente, a “Corte de Precedentes” cria o precedente e, no máximo, trabalha com a questão da fundamentação das decisões numa perspectiva apofântica, cindindo fundamentação e decisão. A problemática da interpretação e, portanto, de uma teoria da decisão, é deixada de lado, numa perspectiva [...] bastante semelhante à matriz kelseniana [...]. Num segundo momento, opera-se uma fusão entre subjetivismo e objetivismo (mantendo-se um forte aspecto positivista) na medida em que o valor do precedente não estará no seu conteúdo, mas sim, no seu *pedigree*. Em suma, é algo assim: O precedente vincula porque assim decidiu um órgão dotado de autoridade. Daí seus defensores afirmarem que “a *autoridade* do precedente, ao contrário do *acerto* da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes” ou que seria equivocado imaginar que juízes e tribunais de segunda instância poderiam afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e as soluções nele formuladas.

[...]

A teoria dos “precedentes à brasileira”, portanto, não é outra coisa senão uma espécie de *positivismo jurisprudencialista* em que a Corte de Precedentes dá, conforme sua vontade, o sentido aos textos normativos, que passam a ocupar um papel superior à lei (!) no ordenamento jurídico. Aqui, assim como no positivismo exclusivo, não importa o conteúdo da regra formada pelo precedente. A validade o precedente independe do seu conteúdo [...]. Não há diferença entre legitimidade e autoridade do precedente. Tudo se resume à autoridade (STRECK, 2016, p. 8).

Esposamos esse entendimento: o precedente vale pelo seu conteúdo e não pelo tribunal em que tenha nascido. Independentemente do órgão prolator, o precedente apresenta duas categorias: ou é regra e, portanto, tem efeito vinculante, obrigatório para os julgadores dos casos sucessivos; ou constitui simples exemplo, que poderá ser aplicado ou não, nos casos futuros, conforme a discricionariedade de cada juiz, circunstância que o torna meramente persuasivo. Aliás, ao que tudo indica, essa é a lógica dos precedentes da *common law*, onde o legislador brasileiro parece ter buscado inspiração para criar os novos institutos processuais. Qualquer tribunal pode produzir um precedente judicial, pois o que interessa é tão somente a sua *ratio*, como parece bem claro na disciplina do incidente de assunção de competência – a despeito de posições em sentido contrário – que será analisado logo adiante.

2.2 EVOLUÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A ideia de uniformização da jurisprudência existe, no Brasil, desde o Regulamento 737, de 1850, que cuidava da organização judiciária, apesar de ainda não haver, naquela época, “[...] qualquer texto legal que tivesse disposto sobre o valor dos *precedentes judiciais* para suprir eventuais lacunas da lei e, muito menos, para prevenir divergência em casos semelhantes”⁴⁴ (TUCCI, 2010, p. 55). Desde então, porém, já se tinha a percepção de que as leis não passam de textos gerais e abstratos, incapazes de prever todas as circunstâncias no mundo dos fatos, até porque

[...] Ordinariamente, a regra jurídica é sempre elaborada depois que surgem os fatos sociais que a determinaram, inúmeras e reiteradas vezes sob pressão, partida de uma ou várias camadas sociais, naquele movimento que costumamos denominar como constitutivos das fontes materiais de direito. Como sucedem os fatos sociais que determinaram a sua criação, as regras jurídicas vêm sempre depois, o que nos leva a concluir que o regramento jurídico costuma regular as situações fáticas com atraso.

[...]

[...] não se pode pretender uma lei totalmente perfeita, capaz de prever todas as possibilidades de conduta humana e que possa fazer dos juízes meros aplicadores dela. Igualmente se verifica que as normas devem possuir uma flexibilidade que permita sua adequação às novas realidades e necessidades da vida, de tal sorte que o regramento jurídico possa satisfazer as necessidades de segurança, sem entravar o progresso [...] (CORRÊA, 1977, p. 23).

Também se sabia que o juiz precisava valer-se da interpretação para julgar, tanto que no próprio direito romano já havia institutos como a *apellatio*, em que “[...] o Imperador, no uso de poder jurisdicional, impunha a exata aplicação da lei [...]” e o *rescriptum*, em que o juiz “[...] atuando com poder legislativo, resolvia pontos duvidosos, fazendo valer verdadeira interpretação autêntica, que passava a ter aplicação obrigatória” (MANCUSO, 1989, p. 11).

A uniformização da jurisprudência é instituto inspirado nas Ordenações Manuelina e Filipina, cujos “assentos”, produzidos em Portugal, mas aplicáveis no Brasil, possuíam força de lei e efeito cogente⁴⁵. Tais “assentos”, nos dizeres de Pontes de Miranda (1974, p. 5), “[...] eram prejulgamentos, no sentido de decisões que não julgavam *in casu*, e apenas fixavam a

⁴⁴ Nesse ponto, Luiz Paulo Roseck Germano (2013, p. 6-7) assinala que “A compreensão de que os órgãos jurisdicionais de menor hierarquia deveriam respeitar as decisões prolatadas pelos tribunais superiores surgiu em 1843, quando José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou um projeto conferindo ao mais alto tribunal do império – o Supremo Tribunal de Justiça – o direito de julgar definitivamente as causas em que se concedesse revista. Era inconcebível na ótica do jurista que as decisões prolatadas pelo Tribunal pudessem ser descumpridas ou ignoradas pelos órgãos de jurisdição inferior”.

⁴⁵ Nos dizeres de Luiz Paulo Rosek Germano (2013, p. 7), o objetivo era “[...] o de solucionar dúvidas especialmente no que tange a execução de leis civis, comerciais e criminais manifestadas em julgamento divergentes do mesmo tribunal [...]”.

inteligência das leis [...]”⁴⁶. As Ordenações deram lugar às Leis nº 2.684/1875 e nº 6.142/1876, bem como à Consolidação Ribas de 1876, que atribuiu ao Supremo Tribunal de Justiça a tarefa de emitir “assentos” com força vinculante⁴⁷, a fim de dar segurança jurídica para a sociedade, (TUCCI, 2010, p. 55). No entanto, a Suprema Corte nunca chegou a emitir os ditos “assentos” porque, conforme Pontes de Miranda (1974, p. 7), “[...] a livre interpretação mais corresponde à convicção do povo brasileiro [...]”.

Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 56) assevera que

A doutrina coetânea mais abalizada [...] tinha consciência da relevância dos *precedentes judiciais* como subsídio útil à interpretação da legislação. [...] a autoridade moral das sentenças dos tribunais superiores em relação aos inferiores era uma lógica consequência da estrutura hierárquica do sistema judiciário. Foi a própria lei que permitiu àqueles tribunais reformarem as decisões destes e, portanto, que prevaleçam as suas teses. Desse modo, os órgãos inferiores, em regra, adotam as opiniões de seus superiores, evitando, pois, estéril luta em prejuízo das partes [...].

Em 1891, foi criado o Supremo Tribunal Federal, a quem competia julgar recurso extraordinário contra as decisões dos tribunais de segundo grau que apresentassem divergência na interpretação das leis federais. A finalidade era propiciar o “[...] controle nomofilático sobre a distribuição da justiça pelos órgãos jurisdicionais inferiores” (TUCCI, 2010, p. 58).

Em 1923, é editado o Decreto nº 16.273, que cuidava da organização judiciária do Distrito Federal e previa, no seu artigo 103, § 1º, a análise por duas Câmaras sempre que houvesse necessidade de interpretar a lei no julgamento. O resultado final seria de observância obrigatória para o caso concreto e “[...] norma aconselhável para casos futuros,

⁴⁶ Explica Pontes de Miranda (1974, p. 5-6) que o Livro I, Título 5, § 5º, das Ordenações Filipinas, foi baseado no Título 58, § 1º, das Ordenações Manuelinas V, e estabelecia que quando no julgamento de um caso houvesse dúvida acerca de algum entendimento firmado na Ordenação, a questão deveria ser levada à “[...] Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer [...] e, segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. [...] mandará o Regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida [...]. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê”.

⁴⁷ Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 57-58), comenta que o renomado Clóvis Beviláqua, já sustentava que “[...] a praxe judiciária tinha como ponto de partida uma sentença ‘que teve a ventura de provocar imitações. Para proferir o seu julgamento, o magistrado, diante de uma lei deficiente, ou de preceito legal, que o desenvolvimento da cultura tornou antiquado, absurdo ou injusto, procurou, no acervo de ideias e sentimentos que a educação e o comércio da vida depositaram no seu espírito, os elementos para formular a regra jurídica exigida pelo caso sujeito à sua apreciação. Umhas vezes ser-lhe-ão auxílio bastante os preceitos da hermenêutica; outras vezes terá de remontar aos princípios gerais de direito, e até ao patrimônio mental e emocional dominante no momento histórico e no grupo social, a que pertence. [...] Assim se estabelece o costume, e a regularidade com que é observado mostra que, como a lei, ele é manifestação da mesma força, que organiza a sociedade e a dirige aos seus destinos”.

salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se idêntico procedimento de instalação das câmaras reunidas [...]” (MIRANDA, 1974, p. 8). Tratava-se do “prejulgado”.

O instituto do prejulgado foi recepcionado pelo Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo e, posteriormente, pela Lei nº 319 de 1936, de modo que passou a vigorar em todo País, “[...] visando a obviar os males da contradição entre julgamentos no âmbito de todas as cortes de justiça brasileiras”⁴⁸ (TUCCI, 2010, p. 59).

Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 60) assinala que a Lei nº 319 foi o documento que atribuiu força vinculante ao prejulgado. No entanto, tratava-se de uma “[...] eficácia vinculante *intra muros*, e, portanto, *horizontal*”, com a possibilidade de recurso de revista no caso de inobservância da regra anteriormente fixada pelo tribunal. O autor, ainda comenta que

[...] o art. 103, § 1º, do velho Decreto 16.273, determinava que o *prejulgado* era obrigatório para o caso concreto, “e norma aconselhável para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se idêntico procedimento de instalação das câmaras reunidas.

Já o art. 7º do Decreto 19.408, dispunha que o *prejulgado* destinava-se a “uniformizar a jurisprudência das câmaras”.

Frisava-se então o prestígio e o grau de persuasão do julgamento uniformizador, para a solução de litígios análogos no futuro, era de ordem eminentemente ética (TUCCI, 2010, p. 60).

O prejulgado ganha evidência com a “unificação processual” de 1939, que dispôs expressamente sobre o instituto no seu art. 861⁴⁹ e, a partir daí, outros ramos do direito, como o direito do trabalho e o direito eleitoral, acolhem a medida. Vale comentar que o Código Eleitoral deu ao prejulgado a verdadeira conotação de precedente judicial, estabelecendo, no seu artigo 263, que as decisões anteriores constituíam prejulgados para os casos sucessivos⁵⁰.

Prejulgado, para Pontes de Miranda (1974, p. 9-10), é

[...] julgamento. O prejulgado, como suscitamento é recurso, porque ainda não se decidiu, na câmara ou turma julgadora, a questão: só se recorre do que ocorreu. Mas é *julgamento* no recurso, é parte *do recurso* [...] o prejulgado, apreciação de matéria do recurso, posto que limitada àquele ponto, recurso é. Não é *outro* recurso; é recurso, porque é parte do recurso. Em si, abstraindo-se do julgamento em que se suscita, não é recurso; é *pré saltum*. Diz-se *per saltum* o julgamento por tribunal superior, em que entre ou não os juízes do tribunal ou corpo julgador a que está

⁴⁸ Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 59) observa que “[...] Além de aperfeiçoar o respectivo procedimento, porque permitiu a provocação do *prejulgado* a qualquer juiz integrante da turma julgadora, o citado diploma legal apresentava redação bem mais precisa do que a dos textos legais anteriores [...]”.

⁴⁹ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13-14.

⁵⁰ Nesse sentido, TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61.

entregue a causa, de ordinário sobre *quaestio iuris*. Os juízes, aí, não recorrem; os juízes devolvem a cognição.

O prejudgado pode ocorrer sem ser em recurso. O processo há de ser em Tribunal, mesmo em julgamento da competência originária da câmara ou turma.

O prejudgado ou é parte do julgamento do recurso, ou parte da decisão de causa da competência originária da câmara ou turma. Não se pode dizer que prejudgado seja preliminar. É julgamento de preliminar, se a *quaestio iuris* concerne a preliminar, é julgamento de mérito; é julgamento de mérito, se a *quaestio iuris* concerne ao mérito. O que importa precisar-se é que o prejudgado *cinde* o julgamento: em vez de se *aplicar* a lei, primeiro se resolve sobre a lei [...].

Como se percebe, o problema da divergência de interpretações e a necessidade de dar unidade ao direito não é algo contemporâneo. Na verdade, sempre existiu. E o instituto do “prejudgado” parece ter sido o passo inicial para a criação de mecanismos que propiciassem uniformização dos julgados, com “[...] a finalidade de evitar divergência e, pois, recurso posterior [...]” (MIRANDA, 1974, P. 10). A ideia, portanto, era de produzir uma eficácia vinculante.

O problema é que, como bem observa Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 61), o sistema de precedentes vinculantes nunca foi bem visto na história jurídica brasileira, a não ser nos casos em que a Constituição expressamente autorizava a criação de “[...] regras genéricas e abstratas, aplicáveis a casos futuros [...]”. Tal circunstância acabou por facilitar conclusões divergentes para casos idênticos.

O Código de Processo Civil de 1939 previu, para além do “prejudgado” (art. 861), outros mecanismos que abrigavam a mesma lógica do que entendemos, na atualidade, por “uniformização de jurisprudência”, como a *revista* (art. 853), o *recurso extraordinário* (art. 863) e ainda, segundo alguns, a própria *ação rescisória* (art. 798, I, ‘c’) (MANCUSO, 1989, p. 13-14). A propósito, Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 63) sustenta que como o Código de Processo Civil de 1939 não previu o recurso de revista contra o acórdão que decidisse de forma diversa da constante nos prejudgados, estes acabaram não produzindo efeito vinculante.

De todo modo, o fato é que com a introdução desses mecanismos, a ideia de jurisprudência uniforme foi sendo inserida no contexto jurídico como meio de encontrar soluções mais adequadas aos anseios da sociedade e de evitar que determinada questão pudesse ser objeto de novas ações. Quer dizer, tais instrumentos propiciavam a diminuição dos litígios e a redução dos “[...] inconvenientes da incerteza do direito, porque de antemão fazia saber qual o resultado das controvérsias” (TUCCI, 2010, p. 63).

O que hoje parece uma obviedade para os operadores do direito, em outros tempos levou os doutrinadores a observar que não se poderia considerar jurisprudência um único precedente, pois faltariam os requisitos da repetição da questão e da uniformidade⁵¹.

A Emenda Constitucional de 1963 permitiu que o Supremo Tribunal Federal instituisse as “súmulas da jurisprudência predominante”, caracterizadas por um enunciado que resumia a tese jurídica adotada nos julgamentos proferidos pela maioria absoluta da Corte. Tais súmulas tornavam-se precedentes para uniformizar a jurisprudência, mas não eram dotadas de efeito vinculante, apenas de eficácia persuasiva⁵².

A ideia das súmulas era, sim, a de atribuir efeito vinculante às decisões proferidas pela Corte, porém, ante a “[...] compreensão à época de que tais mecanismos engessariam o Judiciário, além de prejudicar a livre convicção do juiz, um dos princípios norteadores da atividade jurisdicional”, a pretensão restou frustrada (GERMANO, 2013, p. 7).

Em 1964, foi editada a Resolução Unificadora da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que obrigava os tribunais e juízes a seguirem o entendimento adotado em três acórdãos, por maioria absoluta dos membros daquela Corte, até que houvesse revisão da tese. Aí é que, para Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 64-65), nasce o caráter vinculante das súmulas e dos prejudgados.

Mais modernamente ainda, em 1973, no anteprojeto do Código Buzaid, a intenção era dar força vinculativa aos institutos de uniformização da jurisprudência. Porém, isso também não vingou, ao argumento de que a eficácia vinculante seria contrária aos princípios constitucionais da época, razão pela qual a uniformização da jurisprudência teve como matriz as Súmulas de Jurisprudência produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, aparecendo em diversas disposições legais da época⁵³.

Com efeito, o início de vigência do Código de Processo Civil de 1973 é marcado pelo governo militar, que dificultava em certos casos o acesso à justiça e “[...] a aplicação do direito aos casos concretos era mitigada pelas contingências políticas que determinavam, por

⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 63.

⁵² Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 63-64) aduz que as súmulas visaram apenas documentar os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal e simplificar os seus julgamentos. Tratava-se de um instrumento mais flexível, a título de uniformização de jurisprudência, em comparação a rigidez dos “assentos” e a inefetividade dos “prejudgados”. A ideia era a de que as súmulas trariam maior unidade nas decisões.

⁵³ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.14. Luiz Paulo Roseck Germano (2013, p. 8), por sua vez, explica que “[...] o instituto ora adotado não possuía o mesmo condão dos assentos portugueses, como propusera Buzaid, pois não tinha caráter impositivo nem obrigatório, ou seja, não obtinha força de lei, configurava-se apenas como “jurisprudência dominante” [...]”.

meio do uso da força, quais os direitos estavam em vigor e a medida desses direitos” (CIMARDI, 2015, p. 72).

Somente após a Constituição Federal de 1988, que trouxe um amplo rol de direitos fundamentais, é que o acesso ao Poder Judiciário se tornou disponível para toda a população, mediante processo justo, adequado e efetivo.

A preocupação, então, passou a ser no sentido de que

[...] é imprescindível que ocorra a natural evolução da jurisprudência, acompanhando as mudanças da sociedade, e assim possibilitando a necessária permeabilidade de elementos de outros sistemas. Da mesma maneira, faz-se necessário o progresso de certas teses jurídicas, para que se tenha o aprimoramento das proposições argumentativas, possibilitando o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

[...] se, de um lado, o sistema jurídico, necessariamente, deve acompanhar as evoluções da sociedade e o aperfeiçoamento das teses jurídicas, por outro, seu funcionamento pressupõe a uniformidade de entendimento jurisprudenciais, sob pena de restar estruturalmente abalado. O almejado estado de equilíbrio do sistema supõe, portanto, a uniformização das interpretações contidas nas decisões, principalmente as dos Tribunais Superiores, e sua eventual, mas pontual alteração [...] (CIMARDI, 2015, p. 191-192).

Mesmo assim, a Carta Política de 1988 veio a ser objeto de diversas emendas, buscando inserir no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos que pudessem proporcionar a uniformização da jurisprudência. Hoje já contam-se nada menos que 99 emendas à Constituição⁵⁴. Talvez, para o objetivo da pesquisa, a emenda de maior relevância tenha sido a de número 45/2004, que alterou a redação do artigo 102, § 2º para estabelecer a eficácia vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo constitucional impôs o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário. E o artigo 103-A e parágrafos, criou o instituto da súmula vinculante, estabelecendo que a Corte Suprema poderá aprovar uma súmula ante as reiteradas decisões sobre matéria constitucional proferidas por dois terços dos seus membros, as quais terão “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” depois de sua publicação no Diário Oficial.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 4 dez. 2017.

O Código de Processo Civil de 1973 – que originariamente não se preocupara com a questão – foi sofrendo, ao longo de sua vigência, diversas reformas, cada qual com o objetivo de criar mecanismos para concretizar uma jurisprudência uniforme, com certo grau de influência na atividade judicante. Exemplo disso é a inclusão do parágrafo único no artigo 120 pela Lei nº 9.756/1998, permitindo o julgamento de plano do recurso que discutisse questão objeto de jurisprudência dominante; o acréscimo, também pela Lei nº 9.756/1998, do § 1º-A, ao artigo 557, autorizando o relator a dar provimento ao recurso quando a decisão impugnada estiver em “manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”; e a inserção do § 3º no artigo 543-A, pela Lei nº 11.418/2006, que considera haver repercussão geral “[...] sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

Seguindo essa mesma lógica, dentre outros diplomas legais, a Lei nº 11.672/2008 criou o instituto dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC/73, art. 543-C e parágrafos 1º a 9º); e a Lei 12.322/2010 autorizou o relator a negar seguimento a recurso manifestamente em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal ou dar provimento a recurso quando presente algumas destas hipóteses (CPC/73, art. 544, § 4º, I e II, ‘a’, ‘b’ e ‘c’).

Ainda, a Lei nº 10.352/2001 alterou a redação do artigo 555, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 e, acrescentado o § 1º, introduziu o instituto da assunção de competência ao lado da uniformização de jurisprudência, prevista no artigo 476 e seguintes do antigo Código de Processo Civil.

A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso (1989, p. 26,29) assinala que a uniformização de jurisprudência veio substituir o prejudgado, apresentando certa semelhança com a declaração de inconstitucionalidade. Diz o autor que é um

[...] simples *incidente* (como aliás o *nomen júris* o está a mostrar), ocorrente se um juiz do órgão julgador do recurso, *ex officio* ou por provocação da parte – por achar iminente a configuração do dissídio, fixe interpretação sobre esta ou aquela *quaestio iuris*. Tanto é um mero *incidente* e não um recurso, que ele é factível *também* em hipóteses que não configuram “julgamento de recurso”, como por ocasião do julgamento de causa de competência *originária* do Tribunal [...]. Aliás, cabe registrar dois *pontos comuns* entre os incidentes de uniformização e de declaração de inconstitucionalidade: ambos integram a mesma topologia – processos de competência originária dos Tribunais [...] – e em ambos se opera o chamado julgamento *per saltum*, isto é: o sobrestamento do julgamento em curso no órgão fracionário para se acolher o pronunciamento do Pleno sobre a *vexata quaestio* e posterior retorno dos autos ao órgão suscitante, retomando-se os trabalhos [...] (MANCUSO, 1989, p. 28-29).

Embora seja notório que o principal objetivo desses institutos foi “[...] evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas, uniformizadas, assim, a jurisprudência interna dos tribunais” (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 893), na prática não funcionaram a contento. Especialmente a assunção de competência e a uniformização de jurisprudência – mecanismos diretamente relacionados com o objeto do presente estudo – mostraram-se insuficientes para os fins colimados, tanto porque o incidente só poderia ser instaurado apenas em sede de recurso de apelação ou de agravo de instrumento, quanto porque a decisão proferida servia como mera “orientação” para o julgamento dos casos futuros⁵⁵.

Nesse contexto, percebendo que o Código de Processo Civil de 1973 – a despeito das diversas reformas – não conseguia atender de maneira satisfatória os anseios do jurisdicionado, o legislador optou por reformar a legislação, instituindo mecanismos que realmente permitissem a homogeneização das decisões judiciais, proporcionando mais celeridade na tramitação dos processos e segurança jurídica pela efetiva uniformidade das decisões.

2.3 DIRETRIZES DO DIREITO JURISPRUDENCIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015, como é notório, foi pensado e estruturado a partir de uma perspectiva constitucional: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (CPC, art. 1º).

De acordo com a sua exposição de motivos,

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

[...] um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.

[...]

O Novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

[...]

⁵⁵ Nesse sentido, RODRIGUES, Walter Piva. Breves anotações sobre o incidente de assunção de competência no novo CPC/2015. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 97, p. 17-21, set./out. 2015, p.19.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um Novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistema, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL, 2015, p. 307-309).

Assim, como referido nos itens anteriores, o novo Código de Processo Civil veio com a preocupação de “[...] regular um modelo de utilização de precedentes, tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme e estável, assegurando os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica⁵⁶ [...]” (BARIONI, 2016, p. 1).

Para tanto, reservou um capítulo à uniformização da jurisprudência (Livro III, Capítulo I, arts. 926 a 928).

O artigo 926 estabelece textualmente a obrigação dos tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a “estável, íntegra e coerente”. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 40)⁵⁷ anotam que a redação do dispositivo leva a acreditar que o dever de uniformização da jurisprudência teria sido atribuído a todos os tribunais. Contudo, ressaltam os mestres, é necessário lembrar que os tribunais ordinários têm a função de oferecer uma decisão justa, ao passo que cabe aos tribunais superiores dar unicidade ao direito:

[...] A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos

⁵⁶ A exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, no que tange à segurança jurídica, assim dispôs: “O Novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas obras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tende a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’ podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta” (BRASIL, 2015, p. 311).

⁵⁷ Nesse ponto, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 38-39) lembram que a divergência de interpretações acerca de um texto jurídico é inerente à atividade jurisdicional, até porque, no mais das vezes, os textos são ambíguos e as normas são gerais e abstratas demais, não permitindo antever quais situações da vida concreta se encaixam nos seus enunciados. Bem por isso, o novo Código determinou a “[...] ‘estabilidade’ – que é um dos elementos do conceito de segurança jurídica – na interpretação judicial do direito. O resultado do trabalho interpretativo dos ‘tribunais’ deve ser seguro justamente porque a interpretação não importa em *simples descrição declaratória* de uma norma prévia, tendo antes *significado adscritivo e reconstrutivo* da ordem jurídica diante da indeterminação inerente à natureza do Direito [...]”. Salientam, também, que a ideia de segurança jurídica pressupõe “cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade”, sendo o aspecto da estabilidade o escolhido pelo novo Código de Processo Civil, no sentido de que “[...] é preciso uma conjugação de esforços entre o legislador, o juiz e a doutrina para que os textos adquiram significados normativos [...]” e possam orientar a conduta do jurisdicionado.

direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre *cortes para decisão justa* e *cortes para a formação de precedentes* – ou, dito mais sinteticamente, entre *Cortes de Justiça* e *Cortes de Precedentes*.

[..]

É claro que, em ambos os níveis, o material com que trabalham os juízes é muito semelhante – o processo civil, sendo meio para tutela dos direitos, depende sempre da afirmação de um *caso* sobre o qual discordam as partes a respeito da adequada solução. A distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras com que os *casos ganham relevo e colocam-se no influxo* da atividade das cortes. Quando a corte está pré-ordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a *interpretação normativa* é meio para obtenção do *fim justa decisão do caso*. Do contrário, quando está direcionada para a tutela do direito mediante precedente, o *caso concreto é apenas um meio* – um verdadeiro “*pretexto*” – para *formulação da adequada interpretação das normas envolvidas* (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 41) (grifo do autor)⁵⁸.

Nessa esteira, o artigo 927 prescreve que os juízes e os tribunais devem observar a jurisprudência, os enunciados de súmulas e os precedentes, tanto internamente, numa vinculação horizontal, quanto hierarquicamente, numa vinculação vertical⁵⁹. O respeito aos precedentes está diretamente relacionado com as “[...] *razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para a solução de determinada questão de um caso [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 64). Daí porque casos idênticos devem receber tratamento uniforme, por todos os órgãos da jurisdição, evitando-se que diretriz jurisprudencial seja “[...] alterada de forma injustificada e repentina, sob pena de inexorável comprometimento da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica” (CIMARDI, 2015, p. 208).

Com essa mira, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 a 987) e o incidente de assunção de competência

⁵⁸ Michele Taruffo (2014, p. 36-37) assevera que “[...] La realizzazione della finalità rappresentata dall’uniformità della giurisprudenza viene di solito affidata, soprattutto, alle Corti supreme. Si tratta anzi di un aspetto importante – forse il più importante – di quello che chiamerei il mito delle Corti supreme: esse si collocano al centro del sistema giuridico e all’apice della struttura giudiziaria, e si tende a pensare che in esse si concentra l’amministrazione della giustizia. Da qui la conseguenza che spetta a queste Corti la funzione fondamentale di assicurare il valore rappresentato dall’uniformità della giurisprudenza”.

⁵⁹ Ao que tudo indica, para Marinoni e Mitidiero (2016, p. 65), essa passa ser a razão pela qual o precedente judicial deve ser considerado uma fonte primária do direito, oriunda da “[...] *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado. O mesmo vale para a jurisprudência vinculante”. Além disso, “[...] Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como *parâmetro necessário* para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para a conformação do espaço de liberdade de cada um e para a densificação da segurança jurídica [...]”. (grifos do autor)

(CPC, art. 947), além de dar nova roupagem aos recursos extraordinário e especial repetitivos⁶⁰ (CPC, art. 1.036 a 1.041).

Consta na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil que tais instrumentos serão capazes de inibir a dispersão jurisprudencial, criando condições para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário e, conseqüentemente, conferir maior qualidade aos julgamentos.

Marinoni (2016b, p. 2311-2312) faz uma ressalva:

[...] falar na observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos também diz pouca coisa. E isso por duas razões: a palavra “acórdão” nada diz sobre a sua substância e, assim, sobre a porção da substância do acórdão que realmente pode obrigar os juízes e tribunais. Essa porção não é o resultado ou o julgamento propriamente dito. Só pode ser o fundamento determinante ou a *ratio decidendi*.

Além disso, é pouco mais do que evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário. Sem dúvida, e isso não precisa ou precisaria estar escrito no Código de Processo Civil, as *rationes decidendi* dos julgados proferidos em sede de recursos extraordinários têm claro e inocultável efeito vinculante.

Feitas essas considerações, chega o momento de examinar, ainda que de maneira geral, cada um dos novos instrumentos, notadamente do incidente de resolução de demandas repetitivas, o recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos, já que o incidente de assunção de competência é o tema central do presente estudo.

Os recursos “extremos” repetitivos não constituem exatamente uma novidade do novo Código de Processo Civil, embora tenham merecido importante aprimoramento. Havendo multiplicidade de recursos extraordinário ou especial que discutam idêntica questão de direito (CPC, art. 1.036, *caput*), o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido deverá selecionar alguns recursos “representativos da controvérsia” que serão encaminhados aos tribunais superiores “para fins de afetação”, determinando a suspensão de “todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso” (CPC, 1.036, § 1º). Os tribunais superiores deverão julgar os recursos afetados no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os *habeas corpus* (CPC, art. 1.037, § 4º). O colegiado julgará prejudicados os demais

⁶⁰ Conforme explicado na exposição de motivos, o aprimoramento no procedimento dos recursos repetitivos se deu porque, agora, se permite a suspensão das ações desde o primeiro grau de jurisdição, além da suspensão dos demais recursos extraordinário ou especial até o julgamento final (BRASIL, 2015).

recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão com base na “tese firmada” (CPC, art. 1.039, *caput*). Publicado o acórdão, os tribunais de segundo grau negarão seguimento aos recursos sobrestados quando a tese for coincidente (CPC, art. 1.040, I), reexaminarão o acórdão objeto do recurso quando contrário ao decidido pelas Cortes de Cúpula (CPC, art. 1.040, II) e retomarão os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (CPC, art. 1.040, III).

A ideia é permitir o julgamento em bloco, pois

[...] Não há qualquer sentido em obrigar o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça afirmar inúmeras vezes a mesma solução a respeito de determinada questão. Sendo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça cortes de interpretação e de precedentes, a completa análise de determinada questão em uma única oportunidade é tendencialmente suficiente para que essas Cortes tenham por adimplidas suas funções paradigmáticas. Por essa razão, o ideal é que o STF e o STJ sequer recebessem recursos repetitivos. Nada obstante, tendo recebido semelhantes recursos, o respectivo julgamento em bloco acaba harmonizando-se com o novo perfil de recursos extraordinário e do recurso especial (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 290).

Todavia, caso o tribunal recorrido mantenha a sua decisão contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deverá encaminhar o recurso especial e extraordinário ao respectivo tribunal superior, para os devidos fins (CPC, art. 1.041, *caput*).

Destaca-se que somente podem ser selecionados como representativos da controvérsia os recursos que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (CPC, art. 1.036, § 6º) e que o relator nos tribunais superiores está autorizado a selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito, “independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem” (CPC, art. 1.036, § 5º).

O relator do recurso no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça poderá admitir a participação de “pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, designar audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria, “com a finalidade de instruir o procedimento” (CPC, art. 1.038, II),

além de requisitar informações aos tribunais inferiores e intimar o Ministério Público para manifestar-se (CPC, art. 1.038, III)⁶¹.

Havendo questões que não tenham sido objeto do recurso afetado, caberá ao tribunal de origem realizar o juízo de admissibilidade e, sendo o caso, remeter o feito à consideração do respectivo tribunal superior (CPC, art. 1.041, § 2º).

A doutrina observa que o novo Código de Processo Civil tornou o processo mais aberto ao diálogo, o que se verifica também no procedimento dos recursos repetitivos, pois, como visto, “[...] cuanto mayor la pluralidad y la representatividad de las partes y de eventuales terceros intervinientes, más calificado será el proceso o recurso como causa piloto [...]” (DIAS, 2016, p. 246).

Handel Martins Dias (2016, p. 246) salienta que poderão ser considerados representativos: “[...] los recursos co la mayor cantidad y diversidad de argumentos posibles, de modo que abarquen todos los puntos de vista potencialmente condicionantes de aquel debate [...]”.

A Lei nº 11.418/2006, quando acrescentou os artigos 543-A e 543-B no revogado Código de Processo Civil, para estabelecer o requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários repetitivos, já inaugurara “[...] La eficacia expansiva del *decisum* [...]”. Negada a repercussão geral, os recursos sobrestados não eram conhecidos de plano (DIAS, 2016, p. 242). Logo após, esse mecanismo foi levado para o recurso especial, por meio da Lei nº 11.672/2008.

Apesar disso, Handel Martins Dias (2016, p. 242) comenta que

El principal destaque se centra em la eficacia vinculante de los juicios de mérito em el régimen de los recursos extraordinarios y especial repetitivos. A tenor del *caput* del artículo 1.039 del nuevo Código Procesal Civil, decididos los recursos afectados, los órganos colegiados deben declarar prejudicados los demás recursos y versar sobre idéntica controversia o decidirlos aplicando la tesis fijada. El efecto vinculante es reforzado em el *caput* del artículo 1.040 del Código [...].

Para esse respeitado jurista, o novo Código de Processo Civil fez por ampliar a eficácia expansiva dos julgamentos proferidos em recursos extraordinário e especial repetitivos, outorgando-lhes o *status* de verdadeiros precedentes, na medida em que lhes atribuiu eficácia vinculante – e não apenas persuasiva, como era antes.

⁶¹ Nesse sentido, DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, v. 44, p. 223-249, 2016, p. 239.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, por sua vez, é uma genuína novidade do Código de Processo Civil de 2015 (artigos 976 a 987), com a finalidade precípua de “[...] desafogar o judiciário, através de resolução de demandas em massa [...]” (LOPES, 2012, p. 31). A inspiração provém do direito alemão, que adotou o instituto da “*Musterverfahren*” (processos-modelo) no momento em que ações individuais referentes ao mercado de capitais passaram a ser ajuizadas por milhares de acionistas⁶².

O incidente de resolução de demandas repetitivas, no dizer de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2015, p. 284),

[...] é uma das grandes apostas do novo diploma processual, cujo objetivo é firmar uma tese jurídica única aplicável a todos os casos repetitivos, a partir de um procedimento incidental em que se forme um modelo da controvérsia, conferindo prestação jurisdicional isonômica e previsível aos jurisdicionados e reduzindo o assoberbamento do Poder Judiciário com demandas seriadas.

Trata-se de assunto da competência originária dos tribunais de segundo grau, instaurado de ofício pelo juiz ou relator, a requerimento das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública “por petição” (CPC, art. 977, I-III), para resolver “questão unicamente de direito”, diante da “efetiva repetição de processos” (CPC, art. 976, I). A finalidade do incidente é, portanto, a fixação de uma tese jurídica que possa ser aplicada a todos os casos, presentes e futuros, versando sobre a mesma temática de direito. Com isso, evita-se a disparidade das decisões e propicia-se, em tese, maior segurança jurídica⁶³.

O incidente será julgado pelo órgão indicado no Regimento Interno do respectivo tribunal (CPC, art. 978) que deverá julgar “igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente” (CPC, art. 978, § único). O tribunal deverá providenciar a mais ampla divulgação do incidente para que a sociedade tome conhecimento das questões que estão sendo discutidas, pois a decisão deverá ser aplicada a todos os casos idênticos, pendentes e futuros (CPC, art. 979, *caput*, §§ 1º e 2º).

⁶² Guilherme Rizzo Amaral (2011, p. 255-256) explica que no “[...] instituto da *Musterfahren* [...] se elege uma “causa piloto” na qual serão decididos determinados aspectos gerais e comuns a diversos casos já existentes, sendo que a solução encontrada será adotada para todas as ações pendentes sobre o mesmo tema, as quais prosseguirão apenas para o julgamento de questões específicas de cada uma das demandas individuais”.

⁶³ Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 3) assinala que “[...] Na exposição de motivos do anteprojeto, foi acentuada a preocupação com a necessidade de se obter maior efetividade processual, assegurando-se a *isonomia e segurança jurídica*. [...] Também nessa finalidade de obter maior efetividade processual, bem como de assegurar isonomia e segurança jurídica, o projeto prevê normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência, sobretudo em casos de demandas repetitivas [...]”.

Admitido o incidente, o relator ouvirá as partes e os demais interessados (CPC, art. 983); suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso (CPC, art. 982, I); comunicará a suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes (art. 982, § 1º); poderá requisitar informações ao órgão jurisdicional de origem (art. 982, II); intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias (CPC, art. 982, III), quando ele não for parte.

Para instruir o incidente, o relator poderá designar audiência pública (CPC, art. 983, § 1º) e, no julgamento, permitirá a sustentação oral das partes, dos intervenientes e do Ministério Público (CPC, art. 984, I e II, ‘a’ e ‘b’). A tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos, individuais e coletivos, presentes ou futuros, “na área de jurisdição do respectivo tribunal” (CPC, art. 985, I e II).

“Não observada a tese adotada no incidente caberá reclamação” (CPC, art. 985, § 1º) e a revisão da tese far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou a requerimento dos legitimados (CPC, art. 986). Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso (CPC, art. 987), com efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida (CPC, art. 987, § 1º).

O julgamento de mérito dos apelos extremos terá efeito *erga omnes* para todo território brasileiro, ao passo que o acórdão dos tribunais ordinários será aplicável somente no âmbito do respectivo território. Com o trânsito em julgado, o incidente será devolvido à origem, a partir do que, como esclarece Sérgio Luiz de Almeida Riberio (2015, p. 203-204),

[...] a tese nele estabelecida terá força obrigatória e, portanto, será aplicada a todos os processos idênticos (pendentes e futuros) no âmbito de competência do tribunal, além dos respectivos juizados especiais do estado ou região.

O efeito vinculante não decorre da ementa ou súmula do IRDR, mas sim de seus fundamentos determinantes, conforme Enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

[...]

A tese firmada no IRDR constitui-se numa interpretação da lei, pelo tribunal, acerca e determinado tema repetitivo e representa a sua posição consolidada sobre referido assunto.

Apesar da doutrina, em sua maioria, parecer otimista com o incidente de resolução de demandas repetitivas, por vislumbrar a possibilidade de minimizar o problema da morosidade processual, não tem faltado críticas consistentes ao instituto.

Conquanto inspirado no direito alemão, o incidente doméstico difere do paradigma em diversos aspectos, notadamente porque o modelo germânico é restrito às controvérsias

suscitadas no mercado de capitais. Entre nós, a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas será ampla, “[...] abarcando qualquer matéria jurídica, inclusive para dirimir questões processuais [...]”. Além disso, o procedimento alemão inclui também as questões de fato e, no Brasil, o incidente versará somente sobre questões de direito (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 227).

Júlio Cesar Rossi (2012, p. 229-230) comenta que

[...] o instituto brasileiro pretende padronizar decisões, aproximando-se, em muito, da súmula vinculante e, como tal, estabelecendo precedente peremptoriamente obrigatório (em enunciado canônico abstrato e geral com viés legislativo) para a solução das demandas repetitivas sobrestadas, inviabilizando a análise do caso concreto.

Há quem diga também que o incidente de resolução de demandas repetitivas padece de inconstitucionalidade, notadamente no que se refere ao devido processo legal. A um, porque desobedeceria a independência funcional dos juízes, que estarão submetidos à decisão proferida no incidente; a dois, porque haveria ofensa ao contraditório, uma vez que não há previsão de “[...] controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão [...]”; a três, porque afrontaria o próprio direito de ação, tendo em vista que não se prevê a possibilidade das partes requererem a sua exclusão do julgamento “coletivo” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 224).

Apesar disso, como dito, a vertente majoritária tem se mostrado bastante esperançosa com o incidente de resolução de demandas repetitivas por acreditar que realmente poderá diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário, além de oferecer ao jurisdicionado uma tutela efetiva e adequada em decisões judiciais isonômicas, concretizando o ideal de segurança jurídica (MANCUSO, 2016a, p. 302).

Na mesma linha do incidente de resolução de demandas repetitivas, o artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de assunção de competência, que será objeto de estudo mais detido no próximo capítulo. Porém, apenas para oferecer uma noção geral do tema, convém destacar desde já uma diferença fundamental: enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe a “repetição de processos” (CPC, art. 976, I), o incidente de assunção de competência só terá cabimento quando não houver repetição da questão de direito em “múltiplos processos” (CPC, art. 947, *caput*).

O incidente poderá ser suscitado a pedido das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou, até mesmo, de ofício pelo relator (CPC, art. 947, § 1º); reconhecido o

interesse público na assunção de competência, o órgão colegiado julgará o incidente (CPC, art. 947, § 2º) e o respectivo acórdão terá efeito vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal (CPC, art. 947, § 3º).

Com base nessas brevíssimas considerações preambulares, cumpre verificar se o incidente de assunção de competência constitui uma jurisprudência vinculante ou um precedente vinculante.

2.4 PRECEDENTE VINCULANTE

Ilustres doutrinadores, entre eles Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, consideram haver sensível diferença entre as figuras da jurisprudência e do precedente, não só do ponto de vista conceitual, mas também sob o aspecto da competência jurisdicional: os julgamentos das Cortes Superiores formarão precedentes; os acórdãos dos tribunais ordinários farão jurisprudência. Deve-se levar em conta, também, a qualidade do julgamento: se a questão for amplamente debatida, tem-se o precedente; do contrário, haverá simples jurisprudência. Importante, igualmente, a quantidade dos julgamentos: um conjunto de casos dá origem à jurisprudência; a decisão de um caso isolado poderá caracterizar um precedente.

Para além destas diferenças, cumpre não esquecer que a “jurisprudência” também não pode ser confundida com “jurisprudência vinculante”, nem equiparada a “precedente vinculante”. Isto porque, segundo Marinoni e Mitidiero (2016a, p. 69), o precedente é unicamente resultante da atividade jurisdicional das Cortes Superiores (“Cortes de Precedentes”) – o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Daí por que os precedentes são sempre vinculantes, sob pena de se reduzirem a meros exemplos: “[...] *a autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*” (grifo do autor).

Já, a jurisprudência é criada pelas “Cortes de Justiça”, isto é, pelos tribunais ordinários federais e estaduais, podendo ser vinculantes ou não. Os aluídos doutrinadores escrevem que,

Se o conceito de precedente pode ser visto a partir de um prisma unitário na ordem jurídica brasileira, o mesmo não se passa com o conceito de jurisprudência, na medida em que é preciso distinguir entre a *jurisprudência* e a *jurisprudência vinculante*. Em comum, ambas têm apenas o fato de resultarem da *interpretação formulada pelas Cortes de Justiça*, isto é, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça.

Ao contrário da *jurisprudência*, a *jurisprudência vinculante* não constitui um conjunto de julgamentos de casos em um dado sentido. Como deixam claro os arts. 927, III e V, 947 e 976 a 987, CPC/2015, a jurisprudência vinculante depende mais da *forma* com que o julgamento é realizado – mediante incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de controle de constitucionalidade – do que propriamente da *reiteração de vários julgados* (grifo do autor) (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 70).

De acordo com esses prestigiados autores, o acórdão proferido em incidente de assunção de competência se caracterizaria como “jurisprudência vinculante”, não só pela forma, mas também por ser oriundo dos tribunais de segundo grau. Acontece que – como se verá – a assunção de competência também é cabível no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o que, segundo a lógica dos doutrinadores, poderia configurar um “precedente vinculante” porque emanado das “Cortes de Precedentes”. Daí a razão pela qual – na opinião Lenio Streck, como visto em tópico anterior – não tem cabimento caracterizar um instituto apenas em função do órgão de que for proveniente⁶⁴. De todo modo, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016^a, p. 70-71), ao contrário do precedente vinculante, a jurisprudência vinculante deve resultar do julgamento em incidente de assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e, ainda, em incidente de controle de constitucionalidade⁶⁵.

A ideia de que apenas as decisões emanadas dos tribunais superiores concretizam “precedentes vinculantes” está presente no ordenamento jurídico desde a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 102 da Constituição Federal estabelecendo que as decisões nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade teriam efeito vinculante perante os demais órgãos de jurisdição. Segundo Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 70-71), o principal objetivo do legislador com essa mudança “[...] foi, sem dúvida, a

⁶⁴ Isto porque, como será estudado no próximo capítulo, por conta do efeito vinculante que o acórdão em assunção de competência produz, a sua decisão deve ser muito bem fundamentada, todas as circunstâncias da relevante questão de direito em análise devem ser levadas em consideração.

⁶⁵ Com base nisso, esses autores defendem a ideia de que o novo Código de Processo Civil está eivado de equívoco. Primeiro, porque os recursos especial e extraordinário “simples”, por assim dizer, também possuem a função de dar unidade ao direito, assim como os embargos de divergência, de modo que não seria imperativo “[...] ligar necessariamente a formação de precedentes mediante esses recursos ao incidente de assunção de competência [...] ou à forma repetitiva [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 70). Ou seja, não há nenhum motivo para fazer qualquer distinção entre recursos repetitivos e não repetitivos, porquanto devem ser considerados precedentes vinculantes todos os acórdãos proferidos pelas Cortes de Cúpula, independentemente de advirem de recursos repetitivos ou não.

de instituir um mecanismo destinado a subordinar o desfecho de demandas em curso perante juízos inferiores – monocráticos e colegiados – às decisões do Excelso Pretório pátrio”⁶⁶.

Essa é também a concepção defendida por Michele Taruffo (2011, p. 148-149), para quem a força de um precedente está na sua “direção”:

[...] A *força* do precedente, em realidade, não se exprime de maneira geral e de modo indiferenciado em relação a qualquer juiz, mas depende, advirto, da sua *direção*.

O caso típico de aplicação do precedente se dá quando a sua direção é *vertical*, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judiciária. Isso depende do fato de que, tradicionalmente, a força do precedente se funda sobre a autoridade e sobre o respeito do órgão que emitiu a decisão. A este turno, autoridade e respeito se relacionam à posição do órgão: quanto mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis são as suas decisões⁶⁷.

Não se nega que as decisões dos tribunais superiores devam ser vinculantes, até porque a sua função é justamente nortear a atividade judicial. E, como referido, não teria sentido deixar de seguir as orientações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – embora, na prática, isso aconteça com frequência, até mesmo no âmbito dos próprios tribunais superiores. Contudo, não parece correto dizer que somente os tribunais superiores formariam precedentes vinculantes, restando aos tribunais ordinários construir jurisprudência, ainda que, de acordo com os doutrinadores citados, ambos os institutos possam ser dotados de eficácia vinculante. Como visto, jurisprudência não se confunde com precedente: aquela decorre da reiteração de julgados e independe da análise aprofundada de todos os casos; esse só adquire tal característica quando o caso sucessivo corresponder à situação do caso pretérito. E, para que isso aconteça, não há como evitar a comparação dos casos e a análise da fundamentação exposta no paradigma.

⁶⁶ Rogério Cruz e Tucci (2010, p. 71-72) traz a reflexão feita pelo então Ministro Francisco Rezek, diante da Emenda Constitucional nº 3, entendendo que eficácia vinculante dos precedentes não importaria em violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Disse o Ministro: “[...] faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com o seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipótese de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o § 2º do art. 102, por força da Emenda nº 3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade”.

⁶⁷ O autor adverte, contudo, que “[...] Naturalmente, pode ocorrer que um corte superior pronuncie uma decisão ruim e um juiz de primeiro grau pronuncie uma decisão excelente, mas isso é causal e, portanto, não prejudica o fundamento da concepção vertical do precedente” (TARUFFO, 2011. p.149).

Aliás, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016a, p. 70), discorrendo sobre a distinção entre “jurisprudência vinculante” e “precedente vinculante”, criticam o legislador por considerar como “jurisprudência vinculante” os acórdãos decorrentes de incidente de assunção de competência ou de incidente de resolução de demandas repetitivas sem valorizar o que é mais importante para a vinculação: os fundamentos da decisão.

O legislador, na ânsia de conferir estabilidade às decisões judiciais, esqueceu que, no sistema da *common law*, é realizada uma detida análise das circunstâncias fáticas do paradigma e uma profunda comparação entre os casos confrontados. Aqui, costuma-se invocar meros enunciados gerais e abstratos, sem qualquer preocupação com os fatos que levaram a determinado julgamento⁶⁸. Em outras palavras, o direito brasileiro não leva em conta a *ratio decidendi*, razão pela qual Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2016, p. 398-399) observam que

Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente. Assim, o valor do precedente (e do direito jurisprudencial como um todo) decorre da ausência do mencionado grau zero interpretativo, pois não constitui (nem deve ter pretensão para tanto) a primeira palavra (nem a última) sobre determinado tema, inserindo-se no (e incrementando o) histórico institucional do direito, cujo DNA é refletido nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e, também, nos precedentes [...].

As razões de decidir determinam a qualidade do julgado e, segundo Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 174), um precedente só pode produzir eficácia vinculante se “[...] guardar absoluta pertinência substancial com a *rattio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedente in point*”. Trata-se dos motivos determinantes de uma decisão.

⁶⁸ Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p. 15-16) chamam a atenção de que “[...] tal fenômeno de um “*common law* à brasileira” se dá sem a preocupação científica de consolidação de uma “teoria dos precedentes” para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência às súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar certa súmula, esta é autônoma frente à discussão subjacente - diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *stare decisis* [...] Costumeiramente, no direito comparado se tematiza a questão do modo como os Tribunais superiores se valem dos precedentes. [...] A primeira questão é que, mesmo havendo precedente, a atividade judicial ordinária de solução de um caso não se realiza apenas pela repetição dos casos anteriores. Como mostra Edward Re, o precedente é um *principium*, um ponto de partida que contribuirá para a decisão. [...] Percebe-se que um sistema fundado no *stare decisis* não está, contudo, preso a leituras “exegéticas” dos precedentes. A relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se deva repetir sem mais”.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 431-432) assinala que o precedente é vinculante quando “[...] a depender da relevância/singularidade da matéria e/ou a consistência jurídica da motivação – vir a se converter num ponto de referência, um vero *leading case*, com aptidão para projetar *expressiva influência* no julgamento de outros casos análogos [...]”. A isso, o autor dá o nome de “superprecedentes”.

A *ratio decidendi* inclui as circunstâncias fáticas e a fundamentação utilizada para a solução do caso. Por meio dela é possível “[...] identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*)”⁶⁹ (MARINONI, 2012, p. 3). A *ratio decidendi* só adquirirá tal importância, por assim dizer, quando o juiz do caso sucessivo, analisando-a, consegue “[...] extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”⁷⁰ (TUCCI, 2004, p. 175).

Tal decisão pressupõe a manifestação de todos os envolvidos no julgamento sobre a integralidade da causa de pedir e sobre todos os pedidos formulados, independentemente de se tratar de ação originária ou do julgamento de um recurso⁷¹.

Deveras, a doutrina não se cansa de frisar a importância de comparar as situações fáticas do paradigma e do caso em julgamento. Conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 5),

[...] Não há dúvida que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos – que, em abstrato, podem ser identificados em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, e, assim, não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma

⁶⁹ Diz o jurista: “[...] É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, **a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling***. É por isso que a esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia” (MARINONI, 2012, p. 3). (grifo nosso)

⁷⁰ Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 175-176) observa que “[...] A submissão ao *precedente*, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos *precedentes* (*stare rationibus decidendi*). A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal, e repercute, portanto, sobre todos os casos futuros aos quais tenha ela pertinência: assim, o vínculo do *stare decisis* distingue-se do dever de respeito à *res iudicata* (que é a disciplina do caso concreto)”.

⁷¹ Marinoni (2015, p. 34), ao ressaltar essa questão, adverte também que isso não significa a “[...] necessidade de o colegiado se pronunciar [...] de modo individualizado sobre cada um dos fundamentos contidos na causa de pedir [...]”.

solução para que violado não seja o princípio da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma.

As razões para o encontro da solução do caso são imprescindíveis para a compreensão racional do precedente. O método fático importa como auxiliar, capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedente case*), e isso apenas quando há dúvida sobre a inserção fática dentro da moldura do precedente. [...] a distinção entre situações concretas apenas tem razão de ser quando representam hipóteses que, numa perspectiva valorativa e jurídica, efetivamente reclamam tratamento diferenciado.

Necessário verificar, outrossim, que parte do acórdão proferido em assunção de competência deve ser considerada como precedente vinculante: apenas o dispositivo ou também a *ratio decidendi*?

É certo que o incidente de assunção de competência pode ser suscitado tanto perante os tribunais de segundo grau quanto nos tribunais superiores (CPC, art. 947, *caput*) e é certo, também, que o incidente se limita a discutir uma relevante questão de direito, seja por sua grande repercussão social, seja pela necessidade de prevenir ou compor divergência de interpretação entre os órgãos internos do tribunal.

Apesar de renomada doutrina sustentar que somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem ser formadores de precedentes vinculantes, defende-se a ideia de que o acórdão no incidente de assunção de competência, por todas as circunstâncias que envolvem o seu julgamento, também pode constituir precedente vinculante, mesmo que proferido por tribunal inferior.

Se for verdade que o precedente é formado “[...] quando a questão de direito é objeto de adequada deliberação e a maioria do colegiado compartilha do mesmo fundamento para resolvê-la [...]” (MARINONI, 2016a, p. 289), então parece forçoso reconhecer que o resultado do incidente de assunção de competência também pode produzir um precedente vinculante.

O argumento que a doutrina utiliza para considerar como precedente vinculante apenas as decisões dos tribunais superiores repousa no entendimento de que a função desses órgãos é realizar a interpretação do direito. Como será demonstrado, no entanto, o incidente de assunção de competência também tem a função de fixar o entendimento sobre determinada relevante questão de direito e, conseqüentemente, proporcionar integridade, coerência e estabilidade à jurisprudência. Pouco importa que tribunal haja proferido o acórdão, pois a função é a mesma. A diferença está apenas na extensão do efeito vinculante, que, nos termos do § 3º, do artigo 947, do Código de Processo Civil, atingirá tão somente juízes e órgãos

fracionários do respectivo tribunal. Mas isso, insista-se, não retira do acórdão o caráter de precedente vinculante.

No sistema da *common law*, a parte da decisão que verdadeiramente interessa para o efeito vinculante é a *ratio decidendi*. No Brasil, partidário da *civil law*, pode-se dizer que, por algum tempo, o dispositivo era a parte que interessava para fins do efeito vinculante, pois “[...] em vista da primitiva função incorporada pelo Judiciário e pelas cortes de vértice, não havia motivo para preocupação com as razões de decidir [...] havia motivo apenas para se preocupar com o resultado do julgamento [...]” (MARINONI, 2015, p. 42-43).

No entanto, quando se passou a valorizar o poder/dever de interpretar a lei e criar autênticas regras jurídicas a partir do caso concreto, os fundamentos da decisão assumiram nova e particular relevância. “As decisões judiciais conseqüentemente inserem-se na ordem jurídica, constituindo o direito que regula a vida em sociedade e pauta os julgados dos juízes e tribunais” (MARINONI, 2015, p. 44).

Como dito, o precedente nasce de uma decisão proferida após amplo e exaustivo debate acerca da questão e aplica-se quando os seus fundamentos – ou seja, sua *ratio* – se encaixam no caso *sub judice*. Mas é perfeitamente possível que o seu conteúdo seja repleto de argumentos irrelevantes para a solução dada ao caso (os *obiter dicta*)⁷². A *ratio* é o que efetivamente vincula, pois representa o motivo determinante da decisão.

Nessa senda, é lícito concluir que a eficácia vinculante do precedente formado em assunção de competência não está, apenas, na parte dispositiva, mas também, e talvez principalmente, na fundamentação do acórdão, isto é, na sua *ratio*. É que o julgamento do incidente de assunção de competência pressupõe – repita-se – a presença de todos os requisitos que caracterizam uma decisão como precedente: exige fundamentação exaustiva e permite a participação de todos os que puderem ser atingidos pelo resultado, em respeito ao contraditório. Em outras palavras, é a integralidade do acórdão que produz a eficácia vinculante do precedente formado em assunção de competência.

Até porque, como será estudado, a eficácia vinculante *erga omnes* do incidente de assunção de competência não se confunde com a coisa julgada, que sabidamente não alcança “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (CPC, art. 504, I). A força vinculativa do acórdão na assunção de competência provém de outra fonte, do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil.

⁷² Nesse sentido, CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 199, p. 213-245, set. 2011, p. 229.

Vale advertir, por fim, que o debate sobre a classificação do acórdão em assunção de competência – “jurisprudência vinculante” ou “precedente vinculante” – não passa do plano puramente teórico. Na prática, seja qual for a posição adotada, o julgado terá incontestável eficácia vinculante, tanto para os casos presentes quanto para os casos futuros, até que haja revisão da tese (CPC, art. 947, § 3º).

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A busca pela unificação do direito, como visto, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 expressamente garantiu o direito de acesso à justiça, valorizando a prestação jurisdicional justa, adequada, coerente, segura e em tempo razoável.

Nas últimas décadas observou-se o crescimento estratosférico das demandas judiciais, muitas vezes discutindo questões semelhantes, outras vezes envolvendo relevantes questões de direito com grande repercussão social. Paralelamente, constatou-se a proliferação de decisões totalmente conflitantes sobre a mesma relevante questão de direito, o que naturalmente aumentou a necessidade de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, sem falar no frequente desrespeito às decisões dos órgãos judiciais superiores.

Tudo isso conduziu à elaboração de um novo Código de Processo Civil, a fim de instituir mecanismos que efetivamente pudessem proporcionar a uniformidade dos julgados e, por via reflexa, a segurança jurídica.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, deu nova estrutura ao incidente de assunção de competência, promoveu o aprimoramento dos recursos especial e extraordinário repetitivos – tudo, precisamente, para conferir eficácia concreta aos precedentes, coerência e uniformidade às decisões judiciais. Esse conjunto de mecanismos processuais tem sido classificado pela doutrina como um “microsistema de precedentes obrigatórios”.

O acórdão proferido em incidente de assunção de competência adquire, assim, o *status* de precedente vinculante, independentemente do grau de jurisdição em que prolatado. Seu principal objetivo é firmar o entendimento sobre uma relevante questão de direito, dotada de grande repercussão social, suscetível de divergência jurisprudencial já instalada ou não. A tese fixada na assunção de competência servirá de norte para a atividade judicial.

3 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O crescente ajuizamento de demandas judiciais agravou o problema da morosidade na tramitação dos processos e da insegurança jurídica, provocada pela prolação de decisões díspares para casos semelhantes. Ações judiciais que discutem as mesmas questões de direito são “[...] fator de empecilho à qualidade e ao bom fluxo da atividade jurisdicional”, tornando “[...] imperativo prestigiar mecanismos que evitem o dispêndio de atenção e de recursos com controvérsias que já tiveram a complexidade esmaecida” (TESHEINER; VIAFORE, 2013, p. 173). A estabilização da jurisprudência brasileira passou a ser uma necessidade em nosso ordenamento jurídico.

Outro fator que contribuiu para isso foi a significativa mudança na atuação dos juízes, que passaram a exercer, com maior vigor, o controle de constitucionalidade difuso, isto é, no caso concreto, aproximando o nosso sistema da prática vigente na *common law*⁷³. O problema da uniformização de jurisprudência, no Brasil, tem raízes no sistema da *civil law*,

[...] em dogmas, próprios à Revolução Francesa, que negam postulados que paulatinamente foram sendo estabelecidos durante a transformação da realidade social e do conteúdo dos Estados de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei [...] (MARINONI, 2016, p. 11).

Com efeito, a uniformização da jurisprudência, tal como posta no novo Código de Processo Civil, parece aproximar-se bastante dos sistemas baseados na *common law*, onde predomina o direito dos costumes e a importância das decisões judiciais como paradigmas para casos futuros.

Mesmo antes da nova legislação processual civil, o ordenamento jurídico já previa as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, os recursos extraordinário e especial repetitivos, os institutos da Assunção de Competência e da Uniformização de jurisprudência

⁷³ Sobre isso, Marinoni (2016, p. 12) observa que “[...] A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, esta noção manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a descaracterizasse. A força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes – o que se afigura altamente nocivo ao sistema de distribuição de justiça, à afirmação do Poder e à estabilidade do direito no Brasil”.

(artigos 555, § 1º e 476 e seguintes, do revogado Código de Processo Civil). Esses mecanismos tinham o principal objetivo de inibir a discrepância dos julgados e conferir uniformidade à jurisprudência⁷⁴.

Contudo, na prática tais instrumentos não se mostraram eficientes⁷⁵. Como visto, o problema da segurança jurídica agravou-se com a multiplicação de demandas sobre questões idênticas, que acabavam obtendo julgamentos diferenciados.

Para muitos, teria sido desnecessária a mudança da lei processual. Em alguns casos, bastaria uma melhor organização judiciária, com

- [...] a) o incremento do papel ativo dos órgãos distribuidores de segundo grau, como órgãos de primeiro contato do recurso, os quais podem vir a desempenhar, no futuro, a competência funcional de filtro, para o descarte de casos cuja inviabilidade se apresente *icto oculi*; inclusive no caso de pacificidade jurisdicional da tese suscitada (o que nada tem que ver com a controvertida súmula vinculante);
- b) a redivisão da competência entre Câmaras dos Tribunais, de modo a especializarem-se e a evitar a concorrência de julgamento de questões idênticas, fator de relevo, também, na dispersão jurisprudencial – redivisão especializada que é o caminho já experimentado com sucesso em numerosas jurisdições recursais estrangeiras;
- c) alteração da forma de sumulação de julgamentos, de modo a ensejar a padronização da publicação de precedentes (BENETI, 2005, p. 792-793).

Seja como for, o novo Código de Processo Civil teve a visível preocupação de estabilizar a jurisprudência e dar segurança jurídica, criando um “[...] microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios [...]” (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 168).

Esse microssistema prevê a força vinculante das decisões, sendo formado basicamente pelo incidente de assunção de competência, pelo incidente de resolução de

⁷⁴ Nesse sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo de conhecimento. Revista dos Tribunais: São Paulo, 15. ed. 2015. p. 893. Sidnei Agostinho Beneti (2009, p. 3) comenta que o artigo 555, § 1º, do Código Civil de 1973 – criado com a edição da Lei nº 10.352/2001 – foi visto, à época, com entusiasmo pelos operadores do direito, especialmente porque seu procedimento era mais simples e célere em comparação com o da uniformização da jurisprudência. Nos dizeres do jurista, tratava-se de “[...] instrumento necessário para a célere prolação de julgamentos formadores de jurisprudência, ante o interesse público que encerrem. Esse instrumento reserva-se à grande utilidade [...]”.

⁷⁵ Segundo Sidnei Agostinho Beneti (2009, p. 3), os tribunais não aproveitaram “[...] todo o rendimento que poderia ter [...] o instituto”. José Maria Rosa Tesheiner e Daniele Viafore (2015, p. 172) observam, que “[...] Há certo tempo tem-se buscado um instrumento que seja apto a resolver os litígios massificados, com a presença constante de certos litigantes e os mesmos fundamentos. A explosão da litigiosidade levou o ordenamento jurídico a criar métodos de tratamento coletivo de questões comuns para conferir racionalidade às decisões do judiciário [...]”. Embora o incidente de assunção de competência não seja aplicável aos litígios de massa – porque, nesses casos, foi previsto o incidente de resolução de demandas repetitivas – a ideia dos dois institutos é a mesma. Até porque, na prática, o incidente de assunção de competência também servirá para inibir a repetição de demandas, pouco importando, para tanto, se são de massa ou não.

demandas repetitivas e pelos recursos especial e extraordinário repetitivos⁷⁶. A força vinculativa dos precedentes ganhou destaque a partir do Código de Processo Civil de 2015 porque os mecanismos até então existentes não produziram a efetividade esperada⁷⁷. Preponderava, entre nós, a ideia de que

[...] a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica. A tradição de *civil law* afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei [...] (MARINONI, 2016, p. 12).

A esperança é que as coisas mudem, pois, como destaca Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 12-13),

[...] ao se tornar indisfarçável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos iguais, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de forma que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do próprio Poder que a editou.

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p. 41) assinalam que “[...] A cada dia assistimos o reforço da importância dos julgamentos dos Tribunais, especialmente os superiores, na fundamentação das decisões proferidas [...]”⁷⁸.

⁷⁶ Sobre esse aspecto, Luciana da Silva Paggiatto Camacho (2015, p. 128) assinala que o incidente de assunção de competência “[...] é um instituto criado para essa finalidade, qual seja, uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, buscando ainda uma solução ligada à organização judiciária e que, ainda por via oblíqua, além de proporcionar uniformidade, também se direciona para propiciar maior celeridade processual em abono ao princípio da razoável duração do processo [...]”.

⁷⁷ Ninguém ignora que nos países da *civil law* a jurisprudência não tem a dimensão e a importância que lhe é dada nos regimes da *common law*. Como assinala Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 12), nos moldes do sistema processual brasileiro, cada juiz dá a sua interpretação pessoal à lei e, inevitavelmente, as decisões distintas para casos semelhantes acabam fragilizando a realização da justiça. É que a lei continua sendo a garantia da segurança jurídica.

⁷⁸ Diz Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 20) que “[...] No atual *estado da arte*, a complexidade da experiência jurídica nos vários países ou aos internos das diversas *famílias jurídicas*, não mais se coaduna com certas posturas excludentes ou dicotomias radicais, cabendo antes e superiormente, sob uma postura conciliatória, ter presente que o Direito e a Moral têm origem comum, enquanto radicados na ética (do grego *ethycós*: aquilo que deve ser), tratando-se de ramos nomotéticos do conhecimento, isto é, que se expressam através de enunciados (*jurídicos*: normas escritas, cogentes e atributivas; *morais*: não escritas, mas espontaneamente prestigiadas numa dada coletividade, sob a aceitação geral quanto à sua legitimidade). **Uma postura de isolamento dos ramos jurídicos hoje se torna impraticável**, não se justificando nem mesmo por argumentos reportados a contingenciamentos geográficos, diferenças culturais ou distinta evolução histórica de cada povo. O fato de os países da família *common law* terem privilegiado o precedente judiciário (*stare decisis et non quæta movere*), enquanto os do *civil law* escolheram a norma como fonte principal dos direitos e correlatas obrigações [...], **hoje já não basta para se pretender o confinamento de um ou de outro desses sistemas em**

O incidente de assunção de competência – previsto no artigo 947 e nos seus quatro parágrafos do Código de Processo Civil de 2015 – não chega a ser uma novidade: a revogada legislação processual civil já continha a assunção de competência (art. 555, § 1º) e o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 e seguintes). Daí por que, segundo importantes doutrinadores, o instituto atual seria a reunião do incidente de uniformização de jurisprudência com a referida assunção de competência⁷⁹.

Vinicius Silva Lemos (2015, p. 107) observa que

[...] A assunção de competência, na verdade, agregou o incidente de uniformização de jurisprudência à sua existência, escolhendo as partes boas de cada uma das possibilidades processuais, com a adequação à realidade prática e melhorando ambos ao transformarem em um só incidente, com a preferência pela assunção, mas com características da uniformização [...].

Em verdade, o incidente de assunção de competência teve inspiração no direito alemão e no direito norte-americano, onde as questões de direito com grande repercussão social, devem merecer tratamento uniforme⁸⁰.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 559) entendem que, no Brasil, a fonte do incidente de assunção de competência está no artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Vinicius Silva Lemos (2015, p. 110) acrescenta que ideia semelhante pode ser encontrada no artigo 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que manda remeter o processo ao Plenário quando a matéria for objeto de divergência entre as Turmas ou entre as Turmas e o Plenário, bem como quando convier o seu pronunciamento para prevenir divergências internas e ainda quando houver relevante questão de direito a ser decidida.

Ocorre que tais disposições regimentais não obrigam a aplicação dos acórdãos produzidos, que serviriam apenas como mera orientação. Esse fato pode ser facilmente constatado diante da frequente divergência entre julgados proferidos em casos semelhantes nas Cortes Superiores.

searas comunicáveis; antes, a realidade contemporânea vai exibindo uma tendencial e crescente intercomunicação das experiências [...]” (grifo nosso).

⁷⁹ Nesse sentido, Walter Piva Rodrigues (2015, p. 17-18) comenta que o incidente de assunção de competência “[...] não é propriamente uma ‘inovação’ na medida em que a regra contida no § 1º, do art. 555 do CPC/1973, [...] contemplou essa técnica de julgamento cujo objetivo atende o de ‘prevenir ou compor divergência entre câmeras ou turmas do tribunal’”.

⁸⁰ Nesse sentido, BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: DPJ, 2005, p. 794.

Ainda, no entender de Luciana Camacho (2015, p. 135), o “novo” instituto estaria relacionado com alguns outros instrumentos já existentes em nosso ordenamento jurídico como, por exemplo, a improcedência de plano e a possibilidade de o relator proferir decisões monocráticas com o objetivo de “[...] dirimir, superar e sanar não só as divergências internas nos julgados dos tribunais, mas do ordenamento jurídico como um todo [...]”.

O que parece notório é que, seja uma novidade ou não, o incidente de assunção de competência tem por fim

[...] evitar ou compor divergência entre os órgãos fracionários do tribunal – função essa, aliás, semelhante à que se pretendia desenvolvida pelo antigo incidente de uniformização de jurisprudência, que não existe mais no sistema atual –, de forma a tornar unívoca a aplicação do direito no âmbito da corte (art. 947, § 4º) ou ainda simplesmente atribuir a um órgão representativo da opinião do tribunal ou julgamento de alguma questão de direito que possua grande repercussão social (art. 947, *caput*). Mais do que isso, seu propósito é oferecer decisão que se imponha também a todos os juízes sujeitos à competência do tribunal, gerando jurisprudência capaz de orientá-los a respeito da posição do tribunal a respeito da interpretação do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 560).

O Código de Processo Civil de 2015, ao excluir do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da uniformização de jurisprudência, conferiu à assunção de competência uma nova fisionomia, buscando a coerência das decisões, a sua estabilidade e a celeridade da prestação jurisdicional, sem esquecer a efetividade e a segurança jurídica.

Rodrigo Barioni (2016, p. 2) comenta que

[...] a assunção de competência deve assumir papel de elevada relevância nos precedentes obrigatórios. O aproveitamento adequado desse instituto pode transformá-lo no mais importante instrumento de formação de precedentes, inclusive com maior proximidade dos precedentes dos países de *common law*, por ser formado em procedimento no qual se julga a própria causa discutida em juízo e não em mero incidente processual voltado a tratar exclusivamente a questão de direito [...]. No CPC/2015, o perfil da assunção de competência foi drasticamente alterado: deixou de servir puramente à uniformização da jurisprudência interna do tribunal para se tornar mecanismo de formação de precedentes que possam ser aplicados não apenas pelo tribunal competente para o julgamento da causa, mas igualmente para outros órgãos jurisdicionais que lhes estejam vinculados [...].

Na sua moldura atual, o incidente de assunção de competência dá maior concretude à tese firmada no julgamento do caso, valorizando, na prática, a importância do precedente⁸¹. A

⁸¹ Nesse sentido, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Capítulo III: Do Incidente de Assunção de Competência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2349-2352. Rodrigo Barioni (2016, p. 2), nesse ponto, também observa que o

ideia de que a lei basta para transmitir segurança jurídica, nos moldes da *civil law*, está ultrapassada. Na sociedade contemporânea, marcada pela massificação dos litígios, é preciso ter uniformidade e coerência das decisões, sob pena de perpetuar o caos que hoje parece instalado. Em contrapartida, é evidente que, se os casos forem distintos, o tratamento também deverá ser diverso. Essa, aliás, é a lógica da *common law*.

Por ser geral e abstrata, a lei não consegue prever todas as situações que poderão ocorrer no mundo dos fatos, o que inevitavelmente leva a divergências na sua aplicação: alguns julgadores podem entender que determinada lei é inconstitucional no caso concreto; outros podem considerar que, em caso análogo, a mesma lei é perfeitamente legítima. Isso provoca, inexoravelmente, grande insegurança jurídica, permitindo pensar que “[...] qualquer caso pode ser decidido de qualquer forma. Esta noção, bastante equivocada, viola o Estado de Direito que se diz Democrático, pois despreza o valor fundamental da igualdade” (PUGLIESE, 2016, p. 17). Trata-se da “jurisprudência lotérica”, referida por Eduardo Cambi (2011, p. 1-3), que deve ser veementemente combatida.

Nessa senda, o incidente de assunção de competência permitirá reduzir o

[...] problema gerado por decisões oscilantes, que, além de causar insegurança jurídica, faz com que o inconformismo da parte a impulsione a recorrer diante de mera expectativa de ver sua ação julgada de forma diferente, justamente porque, internamente, naquele Tribunal, existe divergência sobre a matéria que versa sua ação (CAMACHO, 2015, p. 134).

Sem dúvida, o novo Código de Processo Civil, preocupado em “[...] regular um modelo de utilização de precedentes, tornar a jurisprudência dos tribunais uniforme e estável, assegurando os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica [...]” (BARIONI, 2016, p. 1), veio para valorizar a ideia dos precedentes. E o “novo” incidente de assunção de competência parece ter exatamente a vocação de

[...] *qualificar* o procedimento de formação dos precedentes, para que apenas decisões proferidas em determinados casos constituam precedentes de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, submetidos à hierarquia do tribunal formador do precedente [...] (BARIONI, 2016, p. 2).

novo Código de Processo Civil permitiu “[...] menor abstração da tese formada no julgamento do caso concreto, tendo em vista estar atrelado aos fatos descritos e apurados no processo. Com isso, a tese jurídica da decisão do caso concreto será estendida aos demais casos similares, de maneira a definir a pauta de conduta estabelecida no ordenamento jurídico”.

Muitas são as diferenças entre a revogada assunção de competência e o atual incidente. Antes, o incidente só poderia ser instaurado em sede de recurso de apelação ou de agravo de instrumento, nos termos do artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973. Ou seja, só cabia perante os tribunais de segunda instância. Diferentemente de agora, a decisão proferida servia tão somente como mera orientação, não havia a obrigatoriedade da sua aplicação no futuro, como estabelece o § 3º, do artigo 947 da atual legislação processual civil.

O vigente Código de Processo Civil fez por alargar os efeitos do instituto, estabelecendo expressamente a sua afetação e vinculação, veio ampliar as possibilidades para sua instauração, permitindo que seja suscitado não só em agravos e apelações, mas também em sede de recurso especial e de recurso extraordinário, além do reexame necessário e das ações de competência originária. Isso implica o fortalecimento dos precedentes judiciais, permitindo que “[...] questões relevantes em processos nos tribunais que não têm características recursais também sejam pacificadas por um órgão colegiado maior” (LEMOS, 2015, p. 109).

Ainda, o legislador ampliou a legitimação ativa, para incluir, além do relator – como acontecia no revogado incidente – as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública (CPC, art. 947, § 1º). E estabeleceu, como hipóteses de cabimento, a existência de relevante questão de direito com grande repercussão social (*Caput* do artigo 947), bem como a prevenção e a composição de divergência jurisprudencial (§ 4º, do artigo 947).

3.1 NATUREZA JURÍDICA

Nos termos do *caput* do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, o incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer recurso, reexame necessário ou ação de competência originária dos tribunais.

Apesar disso, não pode ser considerado um recurso: primeiro, pela singela razão de que não está elencado no rol taxativo do artigo 994 e incisos do Código de Processo Civil de 2015; segundo, porque não visa à impugnação de decisões proferidas no processo. Como será analisado, o incidente de assunção de competência tem por objetivo colher a manifestação prévia acerca de determinada relevante questão de direito com grande repercussão social ou com necessidade de prevenção ou composição de divergência interna dos tribunais para a

fixação de uma tese jurídica aplicável aos demais casos presentes e futuros que versarem sobre aquela mesma questão; e terceiro, porque dentre os legitimados para suscitar o incidente, encontra-se o relator, que pode atuar de ofício, sem provocação das partes. Desnecessário lembrar, neste passo, que os recursos devem obediência ao princípio dispositivo, que torna indispensável o ato da parte que pretende recorrer. Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 179) – ao tratar do incidente de resolução de demandas repetitivas, cujo desenho é perfeitamente aplicável à espécie aqui analisada, com as devidas adaptações –, adverte que, apesar do instituto

[...] estar, assim como a dos recursos, tratada no Livro III do NCPC (“*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”), apenas a *primeira parte* do cabeçalho lhe diz respeito. O IRDR não é meio de impugnação de decisão judicial. É processo de competência originária dos tribunais [...]. Por isso que o NCPC, corretamente inseriu a regulamentação do IRDR no Título I do referido Livro III, que versa apenas sobre “Processos de Competência Originária dos Tribunais”.

O incidente de assunção de competência também não pode ser confundido com ação autônoma porque não instaura uma nova relação processual, não envolve a efetiva entrega do bem da vida, nem inaugura qualquer litígio entre as partes. O incidente pressupõe uma causa já posta em juízo e, mediante simples requerimento das partes ou de ofício pelo juiz, tem o objetivo principal de firmar uma tese jurídica, que deverá ser aplicada a outros casos sobre idêntica relevante questão de direito. Não se submete aos requisitos de uma petição inicial, não há citação da parte adversa, embora deva ser amplamente divulgado e autorize a participação de todos os interessados, nem contém valor da causa.

Não sendo recurso nem ação autônoma, se faz necessária a análise do que vem a ser questão incidente ou processo incidente.

Como bem sabido, questão incidente de fato ou de direito surge no decorrer da lide principal e precisa ser solucionada antes da resolução do mérito. Pode ser decidida por sentença (quando se referir, por exemplo, a carência de ação, a litispendência, a coisa julgada), como também pode ser objeto de decisão interlocutória (quando disser respeito a competência, a conexão, etc.).

Processo incidente, por sua vez, pressupõe a existência de uma nova relação processual, que não faz parte do processo principal, mas é instaurada em razão deste. Trata-se de um processo autônomo, com objeto próprio, resolvido por sentença que põe fim ao processo incidente e influencia o processo principal. É o caso, por exemplo, dos embargos de

terceiro e dos embargos à execução, cujo resultado final interfere diretamente na solução do processo principal⁸².

Com base nessas considerações, parece evidente que a assunção de competência é uma questão incidente, que provoca um deslocamento de competência. Admitido, o incidente deve ser remetido a um órgão colegiado soberano, a quem incumbirá julgar não só a assunção de competência em si, mas também o próprio mérito do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária dos tribunais. É o que comentam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 560):

[...] A medida em exame não é *novo recurso*. Trata-se, antes, de *incidente de procedimento recursal* por meio do qual se atribui o julgamento do recurso (de qualquer um deles), ou eventualmente de reexame necessário ou ainda de ação de competência originária, a outro colegiado, maior que o original, a fim de fixar a orientação da Corte sobre questão de direito ou de prevenir ou compor divergência de interpretação sobre alguma questão de direito [...].

Compartilham dessa compreensão Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 895) ao dizerem que o incidente de assunção de competência – atual forma de uniformização da jurisprudência – possui a natureza jurídica de um “[...] incidente processual (e não uma ação incidental) de caráter preventivo, por meio do qual se quer predeterminar o conteúdo de uma decisão que ainda não foi proferida”.

A assunção de competência, de acordo com Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 176), é um incidente processual, porque dotada de acessoriedade, incidentalidade, procedimentalidade e acidentalidade. Acessoriedade, porque dependente de um processo principal; incidentalidade, porque se trata de uma questão surgida no bojo de um processo já existente; procedimentalidade, porque exige um procedimento específico; e acidentalidade, porque “[...] representa um desvio ao desenvolvimento normal do processo”.

Em verdade,

[...] trata-se de instituto *sui generis*: plasma-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve, diretamente, ao interesse dos litigantes (embora também esses possam pedir sua instauração), mas há concretização da segurança jurídica, evitando instabilidade e proporcionando previsibilidade (MEDINA, 2016, p. 1478).

⁸² Estes conceitos de questão incidente, de processo incidente ou de incidente de processo foram extraídos da obra de DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v. p. 464-468.

José Miguel Garcia Medina faz referência ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, como ambos os institutos formam o microsistema de precedentes e, na essência, perseguem o mesmo objetivo, a sua compreensão pode ser aplicada ao incidente de assunção de competência.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 248) entendem que assunção de competência não se caracteriza como questão prejudicial, pois não discute “[...] questão que afeta, diretamente, a sorte da tutela de direitos individuais múltiplos [...]”.

Contudo, se for verdade que questão prejudicial é a que condiciona o julgamento da questão principal⁸³ e que, no incidente de assunção de competência, o órgão designado a julgar o caso no todo, isto é, o incidente processual e o mérito do recurso, reexame necessário ou ação de competência originária, deverá primeiro julgar o incidente firmando a tese jurídica para depois julgar o caso concreto aplicando a tese fixada, não se vê como negar que ele pode versar sobre questão prejudicial.

Desse modo, a compreensão aqui adotada – contrariando em parte o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero – é a de que o incidente de assunção de competência pode constituir verdadeira questão prejudicial, na medida em que sua decisão “[...] constitui pressuposto lógico do julgamento da demanda prejudicada, a declaração feita sobre ela irradia efeitos e tem a eficácia de comandar o julgamento de todas as possíveis demandas prejudicadas [...]” (DINAMARCO, 2002, p. 155-156).

Em resumo, a assunção de competência é um incidente processual, que pode tratar de questão prejudicial, na medida em que condiciona o julgamento da questão principal.

3.2 CABIMENTO

Diz o *caput* do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015 que é cabível a instauração do incidente de assunção de competência quando, em sede de qualquer recurso, reexame necessário ou ação de competência originária se verificar a existência de “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”. O § 4º, do mesmo dispositivo legal, estabelece que será igualmente cabível o incidente quando

⁸³ Bruno Garcia Redondo (2015, p. 3) afirma que as questões prejudiciais “[...] influenciam a resolução do mérito. Não impedem nem postergam o exame do mérito, mas **condicionam, de certo modo, o sentido no qual ele deve ser resolvido**. Trata-se a prejudicial, portanto, não de qualquer questão prévia, mas apenas **aquela que se caracterizar como antecedente lógico e verdadeiramente necessário à solução do mérito [...]**”. (grifo nosso e do autor)

for conveniente a “prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”.

Portanto, três são as hipóteses de cabimento: (a) quando houver relevante questão de direito com grande repercussão social; (b) quando for necessário prevenir divergência interna dos tribunais; e (c) quando houver necessidade de compor divergência já existente entre os órgãos do mesmo tribunal. Essas duas últimas hipóteses serão analisadas em conjunto porque não há razão científica para tratamento separado, tanto que o próprio legislador ordinário optou por indicá-las num mesmo dispositivo legal.

Antes, porém, importa referir que a relevante questão de direito – seja para a hipótese de ter grande repercussão social (CPC/2015, art. 947, *caput*), seja para prevenir ou compor divergência (CPC/2015, art. 947, § 4º) – pode residir tanto no direito material quanto no direito processual, ou seja,

[...] não há restrição de matéria. Qualquer questão de direito que seja relevante, independentemente do tema, pode ensejar a instauração do incidente de assunção de competência, transferindo o julgamento para um órgão de maior composição que, ao julgar o caso, irá firmar precedente obrigatório [...] (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 174)⁸⁴.

O Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis proclama que “[...] Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”. Reforça esse entendimento – por aplicação analógica – o disposto no Enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que sustenta inexistir limitação de matéria para instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

3.2.1 Existência de Relevante Questão de Direito com Grande Repercussão Social

Nos termos do artigo 947, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, a matéria objeto do incidente de assunção de competência deve versar, necessariamente, sobre a aplicação e a interpretação de uma norma jurídica ou de um instituto jurídico. Ou seja, precisa

⁸⁴ Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 179) comenta que “[...] isso é um grande avanço, pois nesse aspecto o CPC/2015 progrediu em detrimento ao entendimento que se mantinha cristalizado, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, com base no CPC/1973”. Citando vários precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do “AgRg nos EREsp 1.326.030/MT”, o autor destaca que “[...] Interpretando o CPC/1973, o STJ manteve o posicionamento de que era descabido discutir matéria de direito processual através da via de Embargos de Divergência, ao afirmar que tais Embargos não permitiam a discussão sobre requisitos de admissibilidade de Recurso Especial”.

haver questão de direito. Não é cabível a instauração do incidente para discutir simples questão de fato⁸⁵.

Relevante questão de direito é a que foge da banalidade, do comum no dia a dia; a que, mesmo não acontecendo em larga escala, seja capaz de impactar a sociedade, a ponto de provocar “[...] mudanças de rumo em políticas públicas, aumento de preços, que pode afetar grupo de pessoas, consumidores, empresas, etc.” (CÔRTEZ, 2015, p. 2112).

A identificação da relevância é eminentemente subjetiva, pois cada pessoa tem uma percepção própria da realidade, algo que possa se mostrar relevante para um, pode não ser para outro⁸⁶. Bem por isso, é de extrema importância que o incidente só seja instaurado com base em argumentos robustos, que demonstrem objetivamente a importância da questão, os impactos e os efeitos que pode provocar na sociedade⁸⁷.

Além da sólida fundamentação, é indispensável que seja evidenciada a “grande repercussão social” da questão. Embora uma leitura superficial do dispositivo possa dar a impressão de que haveria dois requisitos distintos, na verdade eles são indissociáveis, um complementa o outro. Se a relevante questão de direito não tiver grande repercussão social, não é cabível a instauração do incidente.

Nessa linha, o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 561) ao sustentarem que

[...] quando a adequada solução da questão de direito puder mostrar-se significativa para fomentar o debate para a promoção da unidade e da estabilidade do sistema

⁸⁵ Marinoni (2016a, p. 52-53) chama a atenção de que “[...] A tentativa de separação entre questão de direito e questão de fato sempre esteve centrada numa preocupação funcional. Nesse sentido, a busca desta separação não decorre de uma compreensão teórica que supõe que um fato, quando afirmado no processo, não constitui o direito, nem que o direito pode existir enquanto algo isolado de qualquer elemento fático. Ou melhor, a distinção entre questão de fato e de direito não diz respeito a categorias ontologicamente diferentes, mas apenas supõe *Standards* com base nos quais se pode decidir. A busca de distinção entre fato e direito, no âmbito da *civil law*, relacionou-se especialmente com as Cortes Supremas. Como estas não devem tratar de fatos, afirmou-se que não há como admitir que o recorrente possa fundar seu recurso em uma questão que não seja de direito [...]”.

⁸⁶ Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 561) destacam que “[...] o conceito de ‘relevância’ não poderá ser encontrado se for pensado como critério eminentemente subjetivo (aquilo que pode ser relevante para alguém pode não ser para outrem) [...]”.

⁸⁷ Nesse sentido é o comentário de Vinícius Silva Lemos (2015, p. 108): “[...] A sensibilidade na análise para entender a existência de uma relevância quanto à questão de direito é, não somente, importante, mas essencial para a instauração do incidente. Há a necessidade de uma percepção sobre a matéria e suas possibilidades, sobre o impacto no julgamento e uma possibilidade posterior de múltiplas demandas. Para a utilização do incidente de assunção de competência necessita-se de uma questão importante no direito a ser uniformizada e estabilizada, até para impossibilitar uma futura multiplicidade. Evidente que o caráter da relevância tem uma subjetividade imensa, dependendo da argumentação dos requerentes ou do próprio julgador que suscitar o incidente, qualquer deles deve justificar essa importância para aquela questão de direito, com seus impactos e efeitos”.

jurídico, estará presente a *relevante* questão de direito, a autorizar a aplicação do instituto em exame. Por outro lado, se o tema já é pacificado (especialmente pelo STF ou pelo STJ), não haverá razão para reconhecer-se o interesse público ou a repercussão social, nem estará autorizado o deslocamento da competência. (grifos do autor)

Vale dizer, relevante questão de direito e grande repercussão social constituem requisitos cumulativos, necessariamente interligados e não excludentes. Em outras palavras, “[...] Há uma simbiose entre a relevância da questão de direito e a grande repercussão social, [...]. Para uma grande repercussão social não necessita somente a multiplicidade, porém de um impacto na sociedade, uma repercussão sobre aquele assunto” (LE MOS, 2015, p. 108).

O problema é que a expressão “grande repercussão social” também remete ao subjetivismo. Trata-se igualmente de um conceito vago, aberto, indeterminado, uma autêntica cláusula geral. E, como se sabe, cláusulas dessa natureza exigem a complementação pelo julgador, com base nas circunstâncias do caso concreto⁸⁸.

Portanto, assim como acerca da relevante questão de direito, também se mostra indispensável uma adequada fundamentação para demonstrar a “grande repercussão social”, evitando-se a discricionariedade incontrolável de cada juiz. A saída está na “racionalidade da justificativa” (valendo-se dos exatos termos utilizados por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, 2016, p. 256), que é essencial inclusive para garantir o juiz natural, visto que o incidente implica o deslocamento da competência para o julgamento da causa. A argumentação racional pode basear-se nas decisões proferidas pela

[...] Corte Suprema incumbida de definir o modo como uma cláusula geral deve ser aplicada diante de determinada circunstância específica, que se repete em casos similares. Só o respeito aos precedentes da Corte Suprema pode deixar claro que a cláusula geral se destina a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. A norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante a ser definido pelas Cortes Supremas, na medida em que não terá racionalidade caso não possa ser aplicada a casos futuros marcados pela mesma circunstância (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 256).

⁸⁸ No ponto, explicam Marinoni e Mitidiero (2016, p. 255) que “[...] a percepção de que determinadas ‘conclusões’ dependem das circunstâncias específicas das situações concretas e dos momentos históricos fez o legislador compreender que, nessas hipóteses, deveria editar normas dotadas de conceitos vagos ou indeterminados ou dar ao juiz o poder de expressamente completar o texto legislativo, escolhendo uma opção adequada à justiça do caso concreto. A técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elementos que requer complementação pelo juiz. Em virtude da cláusula geral, o juiz tem poder para elaborar a norma adequada à regulação do caso. A cláusula constitui texto legislativo que, conscientemente, lhe dá espaço para participar do processo de frutificação do Direito”.

Os critérios já adotados em processos anteriores não podem ser ignorados nos casos futuros, pois “[...] a decisão de tribunal que tem efeito vinculante vertical não pode deixar de ter eficácia vinculante horizontal. De modo que as decisões do colegiado sempre vincularão o próprio colegiado em relação à questão decidida [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 257), notadamente para identificar a relevância da questão de direito com grande repercussão social.

Esse pressuposto significa que a questão de direito deve ultrapassar os limites subjetivos da lide, extrapolar os interesses individuais das partes litigantes, ser capaz de influenciar as esferas sociais, econômicas, culturais, políticas, jurídicas, etc. da sociedade, mediante consistente fundamentação, pois, como explica Luiz Guilherme Marinoni (2016c, p. 2)

[...] Questão de direito com grande repercussão social é aquela que, além de não ter relevo apenas para a solução do caso sob o julgamento, tem valor para a sociedade. Na verdade, quando se fala em questão com grande repercussão social não, se quer apontar para algo que diz respeito à sua relevância técnico-processual, que atingiria outros casos repetitivos ou casos respeitantes a direitos coletivos ou difusos. Alude-se a uma questão de direito com grande repercussão social para evidenciar o seu exponencial **relevo em face da vida social nas perspectivas política, religiosa, cultural, econômica.**

É preciso perceber, no entanto, que se trata antes de tudo de questão de direito com impacto relevante na vida social, e não, simplesmente, de questão com impacto na sociedade, inclusive na dimensão jurídica. Deve se pensar, assim, numa questão jurídica que tem relevante impacto sobre uma ou mais das várias facetas da vida em sociedade. Porém, não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região. É preciso que a resolução afete diretamente, e com relevante impacto, tais aspectos da vida social para que possa ser considerada de “grande repercussão social”. (grifos nosso)⁸⁹.

Diante da imprecisão do conceito sob exame, Leonardo Cunha e Fredie Didier Júnior (2015, p. 174) sugerem que se utilizem os mesmos requisitos exigidos para caracterizar a repercussão geral no recurso extraordinário (CPC/2015, art. 1.035, § 1º). Isto é, a relevante

⁸⁹ Nesse aspecto, no Processo nº 5016877-19.2016.4.04.0000, que teve como pedido principal o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e pedido alternativo o Incidente de Assunção de Competência, propostos em razão da divergência existente entre as 3ª e 4ª Turmas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca do *quantum* de honorários advocatícios deve ser arbitrado nas ações que tratam do fornecimento de medicamentos, com base nos critérios estabelecidos pelos artigos 85, § 4º, inciso III c/c o § 11, do mesmo dispositivo legal, do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal entendeu por não admitir ambos os incidentes. No caso da assunção de competência, o argumento do e. Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior foi justamente a ausência da relevante questão de direito com grande repercussão social, haja vista que, nas palavras do Relator “[...] se discute interesse privado do advogado e meramente econômico”. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5016877-19.2016.4.04.0000**. Suscitante: Clécio Beppler. Interessado: Estado de Santa Catarina. Interessado: Município de Joinville. Rel. Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 18 mai. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

questão de direito deverá ter grande repercussão social “[...] do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

A propósito, Rodrigo Barioni (2016, p. 4-5) propõe que a identificação da relevante questão de direito com grande repercussão social passe por uma análise interna e outra externa. No plano interno, a questão deve ser fundamental para a solução do debate estabelecido no processo; em nível externo

[...] a questão jurídica há de ser reputada relevante externamente à causa, de modo a tornar necessária a formação do precedente que possa expressar a pauta de conduta definida pelo ordenamento jurídico. O *referencial externo* da assunção de competência está relacionado à segurança jurídica e à previsibilidade propiciadas pela interpretação de preceitos normativos que não encontram, obrigatoriamente, ressonância em outros casos concretos submetidos a julgamento [...].

A [...] assunção de competência faz com que o art. 947 do CPC/2015 seja interpretado no sentido de impor aos tribunais a análise de hipóteses cuja tese seja não apenas relevante do ponto de vista jurídico para o julgamento do caso concreto, mas cuja pauta de conduta estabelecida possa reverberar extraprocessualmente. Não é qualquer matéria; não é qualquer causa. A questão de direito em discussão deve transcender os limites da causa, alcançando repercussão no sistema jurídico.

[...] A intensidade com que a questão jurídica pode repercutir na sociedade é fator que influencia diretamente a presença do requisito autorizador para instaurar a assunção de competência. Em outras palavras, da perspectiva do *referencial externo*, é possível identificar dois grupos de questões relevantes: as mais e as menos relevantes. Esse critério absolutamente fluido, normalmente se torna mais claro comparando-se as questões jurídicas a ser tratadas. Apenas as que se revelarem no grupo das mais relevantes terão lugar na assunção de competência [...] ⁹⁰. (grifos do autor)

Percebe-se que, diferentemente do revogado artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973 – que falava apenas na relevante questão de direito, sem aludir à grande

⁹⁰ Com base nesses pressupostos, o Relator Desembargador da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, suscitou o Incidente de Assunção de Competência na Apelação Cível nº 70068766716 para a fixação da tese acerca do cabimento, ou não, de aplicação da pena pecuniária prevista no artigo 250 do Estatuto da Criança e da Adolescência, tendo em vista que o dispositivo legal não estabelece um valor mínimo e máximo. Ao argumento de que a multa prevista caracteriza-se como sanção “que tem marcante cunho punitivo”, o e. Desembargador entendeu que incidia, no caso, o Princípio da Reserva Legal, também aplicável às sanções administrativas, de modo que “[...] não se pode cogitar de uma infração, sem lei anterior que a defina, nem de aplicação de uma sanção ou penalidade sem prévia cominação legal [...]”. O Incidente de Assunção de Competência (Processo nº 70070361597) foi admitido pelo 4º Grupo Cível sob o fundamento de que estavam presentes, no caso, a relevante questão de direito com grande repercussão social, bem como de que havia interesse público, resultando, ao final, acolhido. A tese fixada foi no sentido de que a aplicação de pena pecuniária para as infrações administrativas só será cabível quando a lei expressamente estabelecer um valor. Este o teor da tese: “Cuidando-se de infração administrativa, as penalidades aplicáveis devem estar expressamente previstas na lei, em atenção ao princípio da reserva legal, sendo vedado ao julgador aplicar uma multa cujo valor pecuniário ou referencial não esteja previsto na lei”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4º Grupo Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 70070361597**. Proponente: C.S.C.C, interessado: R.M.C.B.G e F.B.G.V.G.G, interessado: MP. Rel. Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Julgado em 16/09/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

repercussão social – o atual Código de Processo Civil exige expressamente a “grande repercussão social”, indicando claramente a importância do instituto em nova roupagem.

Como dito, não se admite o incidente para discutir questão de fato, embora seja inegável que “[...] o fenômeno do direito ocorre, efetivamente, no momento do processo interpretativo e de aplicação do direito no mundo real”⁹¹. Cada caso tem as suas características e peculiaridades próprias. Pode haver, é claro, semelhanças de fato entre vários casos, que poderão ser solucionados por meio de uma só ação coletiva, como se verifica, por exemplo, na hipótese de dano ambiental, ainda que algumas vítimas sofram mais do que outras. Nesses casos, determina-se a existência ou não do dano e a responsabilidade do causador; o *quantum* indenizatório depende do nexos causal e da extensão do dano individualmente sofrido.

Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 220-221) sugere a possibilidade da discussão de questões de fato no incidente quando houver uma origem comum e homogeneidade da situação. Para esse doutrinador, em tais casos a decisão proferida seria genérica, apenas para definir o dever de indenização do responsável pelo dano. Após, cada vítima teria demonstrar individualmente o seu enquadramento na situação fática para pleitear a respectiva indenização. Salienta, contudo, que isso exigiria uma regulamentação específica.

Luiz Guilherme Marinoni (2016a, p. 53) diz que

[...] A necessidade de separar fato e direito para legitimar a função de um órgão judicial ou de uma técnica processual fez surgir a suposição de que a questão é de direito se apenas um fundamento de direito é posto em dúvida no processo e, depois, deu origem à noção de que existiria questão de direito quando, não obstante a clara e estreita relação do direito com os fatos, esses não necessitassem ser provados ou valorados. Recorde-se, aliás, que se diz que o Superior Tribunal de Justiça pode julgar o recurso especial quando a questão de direito envolver fatos, mas não for necessário perguntar sobre a sua existência ou valorar provas.

Nessa linha, o legislador “[...] não quis proibir a resolução de questão de direito que repouse sobre fatos, mas desejou evidenciar que o incidente não pode ser invocado quando é necessário elucidar matéria de fato”. O que não se pode discutir na assunção de competência é

⁹¹ Anota o autor: “[...] Embora o fenômeno jurídico seja simultaneamente formado pelo elemento de fato e o direito, o aspecto problemático desse fenômeno pode incidir prioritariamente sobre questões de fato ou questões de direito. É como se o juiz estivesse sob movimento pendular, examinando de um lado e de outro aspectos problemáticos resultantes do fenômeno jurídico. Se o fluxo do pêndulo interromper mais vagarosamente do lado onde estão os fatos, o aspecto problemático abrangerá questões predominantemente de fato. Caso o pêndulo se fixe com mais atenção sobre as normas, o aspecto problemático resolverá em torno das questões predominantemente de direito” (CAVALCANTI, 2016. p.195).

questão fática dependente de dilação probatória. “[...] Fatos incontroversos abrem oportunidade para o surgimento de uma *mesma* questão de direito [...]”⁹² (MARINONI, 2016a, p. 53-54).

Se o juiz precisa reconstruir o contexto fático-probatório há uma questão puramente de fato. Mas quando os aspectos fáticos se mostram superados ou incontroversos, então o julgador “limita-se” a interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto. Isso caracteriza uma questão de direito.

Bruno Wurmbauer Júnior (2016, p. 208) entende que, se as questões de fato também pudessem ser objeto do incidente,

[...] certamente haveria de ser pacificada tanto quanto possível uma referida interpretação ou declaração acerca de determinado fato. Nesta situação, também seria alcançada a finalidade última do incidente, que é pacificação da jurisprudência e o impedimento do surgimento de novas interpretações tanto variegadas quanto dissonantes da leitura ou declaração que fora feita anteriormente pelos tribunais superiores. [...] a utilização do incidente para o julgamento de questões controvertidas de fato seria bastante apropriada, dado que daria uma maior completude [...], bem como ajudaria a alcançar os objetivos para os quais fora proposto, quais sejam, proporcionar tratamento isonômico e equânime, com segurança jurídica para o jurisdicionado.

Realmente, a tarefa de distinguir questão de fato e questão de direito nem sempre é fácil. Assim, não raras vezes, equívocos têm sido observados, como ocorreu, por exemplo, no julgamento do Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁹³.

⁹² Diz Marinoni (2016a, p. 54), em outras palavras, que será cabível o incidente “[...] quando a questão reclama mera interpretação de norma ou solução jurídica com base em substrato fático incontroverso. Assim, por exemplo, o incidente pode ser instaurado quando se discute a respeito da legalidade de um ato ou quando se indaga a responsabilidade de uma empresa em vista da prática de fatos sobre os quais não pende controvérsia”.

⁹³ O incidente foi suscitado para definir a interpretação da Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, firmando-se a tese no sentido de que a comunhão de esforços na aquisição de bens é presumida nos casamentos regidos pela separação legal. Discorda-se, contudo, tanto da admissibilidade do incidente de assunção de competência quanto da tese firmada. Primeiro, porque se entende que a questão posta é puramente de fato e, assim, faltaria o requisito da questão de direito (muito embora, não se ignore a relevância e a grande repercussão social). Segundo, porque parece forçoso reconhecer que a demonstração da comunhão de esforços se mostra indispensável para o adequado e justo deslinde da causa, de modo que se trata, em verdade, de uma presunção relativa e não absoluta, aceitando-se, por isso, prova em contrário. E como diz Marinoni, quando houver a necessidade de investigação probatória sobre a questão de fato, mesmo que ela tenha relação com alguma questão de direito, não poderá ser suscitada em incidente de assunção de competência. Seja como for, na espécie, o tribunal entendeu se tratar de relevante questão de direito com grande repercussão social fixando o entendimento de que “Na interpretação da Súmula 377 do SFT, presume-se a contribuição em relação aos bens adquiridos no curso do casamento”. Assim, a partir de agora, pela lógica do atual sistema (de aplicar a tese fixada em todos os processos presentes e futuros de todos os órgãos fracionários vinculados ao tribunal, portanto, em todo o Estado do Rio Grande Sul, nos termos do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015), não

Ainda que, muitas vezes, a doutrina aborde a questão de fato com referência ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o mencionado microssistema de precedentes do atual Código de Processo Civil permite aproveitar os estudos para o incidente de assunção de competência.

Outro ponto que pode sugerir, *a priori*, a ideia de mais um requisito para a instauração do incidente de assunção de competência é a expressão “interesse público”, contida no artigo 947, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015. Trata-se de termo utilizado com muita frequência no direito administrativo⁹⁴ e, na espécie, absolutamente não representa mais um requisito de cabimento do incidente.

Nas palavras de Ricardo de Carvalho Aprigliano (2011, p. 67-68), “interesse público”

[...] deve ser associado aos objetivos que o Estado-juiz procura alcançar por meio da atividade jurisdicional, os quais guardam direta relação com a oferta de meios para acesso à justiça e com a obtenção de resultados efetivos quanto à crise de direito material trazida, eliminando conflitos mediante critérios justos. [...]

[...], pode-se afirmar que o interesse público que informa e se encontra na base da ordem pública significa, em relação ao plano do direito processual, que a atividade jurisdicional deve ser realizada visando a obtenção do resultado mais efetivo, justo e tempestivo da crise de direito material trazida a julgamento. Para tanto, somente se justifica a recusa em proferir decisão de mérito se for respeitado o princípio da economia processual, com a eliminação da circunstância impeditiva do julgamento de mérito desde logo.

No processo civil, a expressão indica uma questão de direito que, por sua relevância, não poderia ficar adstrita exclusivamente à lide, num caso específico⁹⁵ (CACURI, 2003, p. 4-5).

cabará mais prova em contrário, de modo que sempre que o casamento for regido pela separação legal, o patrimônio será dividido igualmente entre o casal. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673**. Quarto Grupo Cível. Proponente: 8ª Câmara Cível. Interessado: R.M. Interessado: I.N.M. Rel. Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

⁹⁴ Antônio Caccuri (2003, p. 2) traz exatamente essa noção de que o interesse público é a expressão, por excelência, do Direito Administrativo e não tem outro significado “[...] senão o bem comum, que o Direito e o Estado procuram alcançar. O Estado mantém a ordem jurídica, ou social, entendida como situação de equilíbrio obtida pela submissão da sociedade ao ordenamento positivo, para tornar possível a prossecução daquele fim último; não constituindo o Estado um fim em si mesmo, mas apenas meio para buscar o bem comum, a preservação da ordem jurídica e, com ela, do próprio Estado e da sociedade, se impõem, como fim imediato, para que ele possa dedicar-se àquela finalidade mediata, configuradora da sua razão de ser [...]”.

⁹⁵ É como refere Antônio Caccuri (2003, p. 4): “[...] O interesse público, portanto, será identificável sempre que encampado como tal pelo ordenamento jurídico e protegível na medida em que seja por este instrumentado a receber especial proteção, isto é, através de normas cogentes e inderrogáveis que traduzam os já invocados princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade daquele”. Para Ricardo Mendonça (2015, p. 9), o interesse público “[...] possibilita o debate amplo das questões com praticamente todas as esferas envolvidas; possibilitam a universalização da prestação reconhecida pela decisão

Gisele Santos Fernandes Góes (2017, p. 250) propõe que o “interesse público” diz respeito a “[...] interesses gerais – como interesses de toda a sociedade – que se apresentam como bem jurídico a ser tutelado [...]”. Portanto, a expressão deve ser entendida como equivalente à “grande repercussão social”, uma questão que extrapola os limites da lide.

Marinoni (2016a, p. 163) explica que o incidente de assunção de competência comporta dois juízos de admissibilidade: um realizado pelo órgão originário, ao verificar se a relevante questão de direito possui, realmente, grande repercussão social a justificar o deslocamento da competência para o julgamento; e outro pelo órgão colegiado efetivamente responsável pelo julgamento do incidente, ao qual caberá confirmar a existência da “grande repercussão social”, denominada pelo legislador, nessa fase, de “interesse público”. Isto porque,

[...] o “deslocamento” e a “admissão do julgamento” constituem fases de uma mesma situação jurídica. O que realmente importa é saber se a assunção de competência é cabível, pois o deslocamento e a admissão do julgamento são apenas conseqüências do seu cabimento. Ora, não é possível supor que, para duas decisões que aferem a mesma circunstância, é possível exigir requisitos diferentes. Os dois requisitos teriam que ser necessários tanto para o deslocamento quanto para a admissão do julgamento.

Porém, além de o art. 947 ter aludido a “interesse público” ao tratar de uma fase específica, **das duas locuções insertas no artigo – “grande repercussão social” e “interesse público” – pode-se retirar previsões absolutamente similares, de modo que não se pretendeu criar dois requisitos diferentes para a admissão da assunção de competência.** Objetivou-se, isto sim, frisar que tanto o órgão originariamente competente, quanto o órgão para o qual a competência foi deslocada, têm poder para aferir razões para a assunção da competência com base tanto em uma quanto em outra locução. Na verdade, **pretendeu-se evidenciar que o órgão competente para a assunção deve, após ter sido decidido o deslocamento pelo órgão de competência originária, afirmar ou não razão suficiente para a assunção da competência** (MARINONI, 2016a, p. 163)⁹⁶. (grifos nosso)

judicial a todos os que se encontram na situação de direito material subjacente à demanda, independentemente de serem partes [...]. A um só tempo, por conseguinte, satisfazem-se dois escopos do direito processual: aplica-se a decisão a todos quantos se encontrem na mesma posição jurídica diante do objeto litigioso, atendendo ao princípio maior da isonomia; e aglutina num só processo as aspirações de toda uma coletividade, em substituição a um sem número de ações individuais, encarnando o princípio da economia processual”.

⁹⁶ Marinoni (2016a, p. 163-164) chama a atenção de que “[...] o órgão para o qual foi deslocada a competência só pode decidir pela assunção da competência depois de o órgão originário ter reconhecido que a questão de direito tem “grande relevância social”. Ora, se não pode haver dúvida que resolução de questão de direito de “grande relevância social” é indicativo bastante de existência de interesse público, o interesse público obviamente jamais poderia servir para o órgão colegiado da segunda fase negar a existência de “grande repercussão social”, mas, a princípio, apenas para o colegiado afirmar i) que há grande repercussão social e, por conseqüência, interesse público, ii) que há interesse público além de grande repercussão social ou iii) que há apenas motivo de interesse público e não de grande impacto social. Essas duas hipóteses, porém, são inaplicáveis. Em primeiro lugar, porque **não haveria sentido em exigir um requisito para abrir mão da competência e dois para assumir a competência**, quando, como visto, trata-se apenas de saber se há razão para a “assunção de competência”. Além disso, **a grande repercussão social é o critério para o órgão originariamente competente abrir mão da sua competência em favor da assunção**, de modo que não há

Sidnei Agostinho Beneti (2009, p. 3), de forma bastante sucinta e objetiva, assinala que a locução “interesse público” refere-se àquelas relevantes questões de direito que estão “[...] aptas à produção multitudinária de recursos em que se repetem as mesmas teses, como exteriorização de uma mesma macrolide, que foge à razoabilidade enfrentar judiciariamente tantas vezes quantas individualmente deduzidas”.

Em síntese, para fins do incidente de assunção de competência, “grande repercussão social” e “interesse público” são locuções equiparadas, que possuem o mesmo significado.

3.2.2 Necessidade de Prevenção ou Composição de Divergência em torno de uma Questão de Direito

O artigo 947, § 4º, do Código de Processo Civil, dispõe sobre a segunda e a terceira hipóteses de cabimento do incidente: prevenir divergência de entendimentos ou compor desacordos já existentes entre as câmaras ou turmas dos tribunais acerca de uma relevante questão de direito.

Essa previsão é exatamente igual à do revogado artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, sendo encontrada também no artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nos artigos 6º, inciso II, ‘b’; 11; 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’ e 343.

No caso do aludido parágrafo quarto, o legislador não exigiu que a questão de direito ostentasse também grande repercussão social. Isto porque, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 257-258),

[...] a dicção do art. 947, *caput*, é no sentido de que é admissível a assunção de competência quando “envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social”. No entanto, tal como descrito o pressuposto do *caput*, não há razão para supor que deve haver uma questão relevante *e de* grande repercussão social. É que a norma fala em relevante questão de direito, qualificando-se como de grande repercussão social após a vírgula, ou seja, não alude a relevante questão de direito *e de* grande repercussão social. A relevante questão de direito é, bem vista as coisas,

qualquer sentido em supor que o colegiado que assume a competência pode negar a existência da grande repercussão social em favor de outro critério, que estaria encartado no interesse público [...]. Tudo isso significa que a locução “interesse público”, posta no § 2º do art. 947, gera ao colegiado para o qual o caso foi deslocado a necessidade de reafirmar que a questão tem grande repercussão social e, por conseqüência, de declarar que há interesse público no julgamento do caso. Isso exatamente porque o colegiado ao qual a competência é deslocada tem que concordar em assumir a competência, não bastando a decisão originariamente competente [...]”. (grifos nosso).

qualificada, ou definida, como de grande repercussão social, de modo que importa apenas saber se existe questão de “grande repercussão social”. **No § 4º, no entanto, fala-se apenas em relevante questão de direito, de forma que o “relevante” não busca ou tem qualificação, mas apenas considera a questão de direito. Nos termos do § 4º a questão de direito tem que ser relevante; de acordo com o caput a questão de direito relevante é a de grande repercussão social.** (grifo nosso)

Segundo esses doutrinadores, quando o incidente de assunção de competência for suscitado com fundamento no *caput* do artigo 947, o que precisa ser demonstrado é a grande repercussão social – uma qualidade – da relevante questão de direito. Diferentemente, no caso do parágrafo quarto, não se exige a grande repercussão social, pois, como explicam, “[...] Relevante questão de direito, para o efeito do § 4º, é a questão de direito cuja solução é relevante para o esclarecimento da ordem jurídica [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 258)⁹⁷.

Tal compreensão, todavia, não é compartilhada por Rodrigo Barioni (2016, p. 5), para quem a mesma lógica utilizada na interpretação do *caput* do artigo 947 deve ser aplicada na hipótese do parágrafo, porque “[...] A existência de divergência interna sobre determinada questão de direito é indicativo da probabilidade de se tratar de assunto não circunscrito aos interesses das partes do processo [...]”. Ou seja, embora o parágrafo quarto não tenha empregado a expressão “grande repercussão social”, a mesma exigência deve ser observada.

O entendimento adotado na presente pesquisa é no sentido de que, no incidente de assunção de competência instaurado com base no parágrafo quarto, não se exige a “grande repercussão social” da relevante questão de direito, o que, porém, não afasta necessariamente a sua existência. A necessidade de prevenir ou compor divergência em torno de uma relevante questão de direito, por si só, é critério suficiente para os fins do parágrafo quarto. A rigor, o artigo 947 foi mal redigido. Melhor teria sido não deixar qualquer margem para dúvidas⁹⁸.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 259),

[...] Além de a questão dever ter uma natureza que faça presumir a sua constante aparição nos feitos futuros, a divergência que pode se formar diante dela, em vista

⁹⁷ Explicam que nos termos do § 4º, quando houver uma “[...] questão de direito controvertida, oriunda do novo CPC, cuja solução é importante para o adequado funcionamento do processo, é questão de direito relevante”. (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 258).

⁹⁸ Talvez, a melhor configuração do dispositivo legal para indicar as hipóteses de cabimento pudesse ser da seguinte forma: Art. 947. É admissível a assunção de competência quando, sem repetição em múltiplos processos, o julgamento de recurso, remessa necessária ou de processo de competência originária envolver: I – relevante questão de direito com grande repercussão social; II – relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. E, a partir daí, o artigo contaria com apenas três parágrafos.

do seu significado, deve ter um valor capaz de permitir ver que é conveniente a sua prevenção, ou composição, em nome dos valores da estabilidade e das posições jurídicas que, na situação concreta, dela dependem.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 1876) aduzem que a previsão do parágrafo quarto “[...] é uma espécie de compensação em razão da exclusão do procedimento de uniformização de jurisprudência que constava no CPC/1973”.

Osmar Mendes Paixão Côrtes (2016, p. 2352) assinala que

[...] O § 4º do art. 947 do atual CPC prevê que o incidente pode ter lugar se a relevante questão estiver sendo ou puder ser objeto de divergência no âmbito internos do tribunal. Afeta-se, assim, a discussão ao colegiado superior para, desde logo, ser fixada a tese que, em seguida, será observada pelos órgãos fracionários (turmas ou câmaras) que estejam ou possam vir a divergir entre si acerca da matéria. A intenção, mais uma vez, é a de trazer segurança e racionalizar a prestação jurisdicional, impondo a observância ao que decidido por órgãos superiores dos tribunais.

Esse é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 561), para quem a instauração do incidente para dirimir potencial ou efetiva divergência está intimamente relacionada com um dos objetivos do instituto, talvez o principal, que é propiciar segurança jurídica, “[...] sempre que puder ocorrer dúvida séria, demonstrada pela provável ou concreta disparidade na interpretação [...]”.

Há, todavia, quem critique a forma preventiva de assunção de competência porque isso poderia inibir o amadurecimento da discussão sobre uma relevante questão de direito. Não é possível ignorar que a matéria possa ser objeto de repetição em demandas futuras e também não se pode negar que, no futuro, poderá não haver interpretações distintas, de modo que, com a prevenção, a divergência poderá nunca vir a ocorrer⁹⁹.

Daí por que é preciso contar com a sensibilidade das partes legitimadas para suscitar o incidente, pois

[...] Atuar de forma preventiva, julgando de antemão num órgão maior, auxilia na busca por uma pacificação de jurisprudência, resolvendo uma questão, com uma discussão maior para este caso definido pela assunção de competência, sem a

⁹⁹ É o que refere Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 171-172), ao dizer que “[...] a antecipação da discussão, em alguns casos, poderia ensejar o déficit do contraditório necessário e esperado em casos como esses, além de uma resolução ainda pouco maturada diante do raso diálogo das partes com os diversos órgãos do Poder Judiciário. Não podemos esquecer, da mesma forma, que muitas vezes uma questão que hoje é levada ao Judiciário pode, num futuro próximo, multiplicar-se em outras tantas demandas, mas ainda assim, não ensejar decisões conflitantes, mas ao contrário, receber uma resposta unívoca do judiciário, ou seja, não é pelo fato de haver repetição de demandas individuais e/ou coletivas, que isso fará da questão uma matéria apta a ensejar falta de isonomia e quebra de segurança jurídica”.

necessidade de cada turma ou órgão fracionário menor julgar diversos processos para firmar entendimento e posteriormente, verificar divergências. A solução vem de maneira antecipada, com uma discussão maior no início da verificação de divergência, por vezes, até impedindo uma multiplicidade de demandas ou, se vier a acontecer, o tribunal tem posicionamento pacificado para utilizar (LEMOS, 2015, p. 110).

A instauração do incidente para evitar a divergência, portanto, permite antecipar a interpretação uniforme da relevante questão de direito e, por consequência, dispensar o ajuizamento de futuras ações para discutir a matéria¹⁰⁰.

Vinícius Silva Lemos (2015, p. 108) destaca que a possibilidade de prevenção é precisamente o que diferencia o incidente de assunção de competência dos seus congêneres porque permite

[...] o julgamento de um recurso por um órgão maior do que o competente, resolvendo a demanda com mais desembargadores ou ministros... com um resultado mais eficaz, com uma utilidade maior, impedindo, num melhor cenário, o surgimento de demandas repetitivas ou resolvendo-as com esse entendimento comum. Mesmo com demandas futuras repetitivas, se um incidente de assunção de competência analisou a matéria, com um entendimento daquele colegiado firmado, o enfrentamento dessa multiplicidade se torna mais fácil pela aplicabilidade de um precedente daquele tribunal, oriundo da existência preventiva do incidente.

Há quem diga que a possibilidade de suscitar o incidente para prevenir interpretações dissonantes é a “função prevalecte” do instituto, proporcionando uniformidade jurisprudencial, isonomia e segurança jurídica¹⁰¹.

Então, havendo a possibilidade de decisões contraditórias em um tribunal, será indicado o deslocamento da competência para um órgão colegiado superior encarregado de pacificar a matéria, mesmo que a questão não apareça em múltiplos processos¹⁰².

¹⁰⁰ Sobre esse ponto, Vinícius Silva Lemos (2015, p. 108) explica que o incidente de assunção de competência para prevenir divergências, exige “[...] uma percepção sobre a matéria e suas possibilidades, sobre o impacto no julgamento e uma possibilidade posterior de múltiplas demandas. Para a utilização do incidente de assunção de competência, necessita-se de uma questão importante no direito há de ser uniformizada e estabilizada, até para impedir uma futura multiplicidade [...] O incidente da assunção de competência tem um caráter preventivo para a uniformização de jurisprudência. O intuito de sua existência e ampliação foi a necessidade de identificar as grandes questões de direito e pacificá-las, desde logo. Não há necessidade de divergência, mas a possibilidade desta. A simples prevenção do surgimento de posicionamentos diversos num mesmo tribunal possibilita instaurar o incidente de assunção de competência”.

¹⁰¹ Nesse sentido, RODRIGUES, Walter Piva. Breves Anotações sobre o Incidente de Assunção de Competência no Novo CPC/2015, *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 13, n. 97, p. 17-21, set./out. 2015. p.20.

¹⁰² Nesse sentido é o comentário de Vinícius Silva Lemos (2015, p. 108-109): “Fora a sua forma preventiva, o incidente é possível para compor divergência sobre a questão de direito relevante. Se, mesmo sem multiplicidade de demandas, há decisões contraditórias naquele tribunal, há a possibilidade de transferir a competência para um colegiado maior, com o intuito de resolver de antemão a questão. Sem a multiplicidade não cabe, neste caso, a atribuição do rito repetitivo, cabendo a instauração do incidente de assunção de competência,

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 258-259) chamam a atenção para o seguinte ponto:

[...] Se a razão de ser da transferência de competência prevista no § 4º do art. 947 é a prevenção e a composição da divergência, há que existir uma questão que já se repetiu, e pode ser repetir, em vários casos. A diferença é a de que, nessa hipótese, a questão de direito pode aparecer em diferentes demandas e, portanto, em recursos e ações originárias que não guardam qualquer semelhança, de lado, obviamente, a questão de direito. Bem por isso, a questão de direito não há que ser prejudicial ao julgamento de demandas¹⁰³; porém, apenas uma questão de direito envolvida no caso. Basta que a questão de direito apareça como controvertida em vários recursos – ou reexames necessários ou ações originárias – e, assim, possa dar origem a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Lembre-se que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, a repetição é das demandas que envolvem a mesma questão; aqui, basta a reiteração da questão em demandas distintas. Assim, por exemplo, uma questão de direito de natureza eminentemente processual, embora posta em recursos que dizem respeito a casos que não guardam qualquer semelhança, pode dar origem a julgamento destinado a prevenir, ou a compor, a divergência. Da mesma forma, uma questão de direito que pergunta sobre prescrição, ao se colocar em vários recursos, pode suscitar uma única solução para o mesmo fim de evitar a divergência.

Como o próprio dispositivo indica, a divergência existente ou provável deve ocorrer no âmbito interno dos tribunais, “entre câmaras ou turmas”, não havendo lugar para o incidente quando a divergência ocorrer entre tribunais. Nesse caso, a saída será o recurso especial, desde que observados os requisitos pertinentes. Em outras palavras, a desarmonia deve acontecer “[...] interna *corporis* entre julgados do mesmo tribunal [...]” (CAMACHO, 2015, p. 130).

Por certo,

[...] Um tribunal com decisões uniformes, que decide de forma igual processos que tratam de casos idênticos, de certo modo, também contribui para a celeridade processual, uma vez que a parte sucumbente se sente desestimulada a interpor determinado recurso, pois sabe previamente que suas chances de modificação do julgado são remotas e que tal ato implicaria mais custos processuais, sem alteração do resultado propriamente dito (CAMACHO, 2015, p. 130).

resolvendo a questão divergente, com um resultado de pacificação, mesmo sem uma multiplicidade ou deixar para os embargos de divergência, se for nos tribunais superiores”.

¹⁰³ Esses doutrinadores comentam, sobre isso, que “[...] O *caput* do art. 947, ao aludir a questão de direito com grande repercussão social, obviamente não quer dizer que a questão de direito com grande repercussão social não possa se repetir em algum processo; quer apenas esclarecer que *a sua caracterização não depende* de repetição em múltiplos processos. A questão de direito, que deve ser replicada em múltiplos processos para poder ser isoladamente julgada mediante incidente, é a que constitui questão prejudicial ao julgamento de demandas que se repetem. É a dita “questão idêntica” do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss.)” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 259).

A relevante questão de direito tem que ser atual, pois se já estiver superada não há razão para compor ou prevenir divergência¹⁰⁴.

Com alguma frequência, uma mesma turma ou câmara, até com a mesma composição, produz julgamentos discrepantes acerca de uma mesma relevante questão de direito. Nessa hipótese, quando muito poderá haver recurso especial, não o incidente de assunção de competência porque, como visto, a divergência é interna na própria turma ou câmara.

Diante disso, cabe indagar se não poderia ser suscitado o incidente de assunção de competência, com deslocamento da competência para um órgão superior, a fim de compor a divergência instalada. Se é possível suscitar o incidente em face da divergência entre câmaras ou turmas por que não estender a medida para os casos de divergência interna nas próprias câmaras ou turmas?

Note-se que não seria o caso de aplicar o artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015: não se trata de julgamento “não unânime” em apelação, ação rescisória ou agravo de instrumento, mas sim de diferentes recursos, remessas necessárias ou ações de competência originárias (processos A, B, e C) tratando da mesma relevante questão de direito, julgados de maneira contraditória pela mesma turma ou câmara.

Também não seria o caso de embargos de divergência, porque esse recurso é reservado tão somente aos tribunais superiores. Além disso, para cabimento dos embargos é indispensável que a composição da turma “[...] tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”.

À luz de todas as considerações desenvolvidas, o presente trabalho inclina-se por admitir o incidente de assunção de competência sempre que uma mesma turma ou câmara proferir julgamentos divergentes (nos processos A, B, e C) sobre idêntica questão relevante de direito, em homenagem ao princípio da isonomia e na busca de segurança jurídica.

Se é possível suscitar o incidente para compor divergência entre as câmaras ou turmas diferentes parece não haver motivo para impedir assunção de competência nas divergências internas do órgão fracionário, já que o legislador não previu nenhuma solução para combater esse problema.

¹⁰⁴ Esta é a observação feita por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 561) quando dizem que a relevante questão de direito deve ser “[...] atual, não podendo basear-se em situações pretéritas, já superadas [...]” e também deve ser “[...] verificada no interior do tribunal que deve apreciar a questão (e não entre tribunais ou dentro de outro tribunal)”.

Todos os dias verificam-se interpretações dissonantes no âmbito das próprias turmas ou câmaras. E se o novo Código de Processo Civil tem mesmo o propósito de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente (CPC/2015, art. 927, *caput*), então parece forçoso admitir o incidente de assunção de competência também para resolver divergências internas nos órgãos julgadores. Mas isso é uma simples proposta acadêmica.

De todo modo, sem dúvida o incidente de assunção de competência constitui instrumento valioso para pacificar a jurisprudência, ainda que “limitado” às divergências entre órgãos fracionários diversos nos tribunais.

3.2.3 Pressuposto Negativo da Inexistência de Múltiplos Processos tratando da mesma Questão de Direito

O incidente de assunção de competência só cabe quando não houver “repetição em múltiplos processos” (CPC, art. 947). Leitura superficial do dispositivo poderia levar à ideia de mais uma hipótese de cabimento. No entanto, não é assim. Na verdade, trata-se apenas de um pressuposto negativo, pois a lei prevê para o caso de múltiplas demandas o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, arts. 976 e seguintes), além dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, arts. 1.036 a 1.041).

Conquanto a expressão “múltiplos processos” seja vaga e indeterminada, a ideia do legislador parece ter sido justamente a de diferenciar os incidentes mencionados, que, no conjunto, formam o referido microsistema de precedentes: enquanto o incidente de assunção de competência pressupõe a inexistência de “múltiplos processos”, o incidente de resolução de demandas repetitivas exige a “efetiva repetição de processos” (CPC/2015, art. 976, I).

Por ser difícil delimitar objetivamente a expressão “múltiplos processos”, alguns autores sustentam que a lei deveria ter fixado um número específico para diferenciar os casos de assunção de competência dos casos de resolução de demandas repetitivas. Porém, como assinala Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 175)

[...] a fixação de determinado número, [...], pode ser temerosa, ao se engessar um quantitativo inalcançável em alguns tribunais, afinal de contas, cada tribunal e/ou região têm suas respectivas peculiaridades e especificidades sociais e culturais. Talvez a quantidade de 200 ou 300 processos definidos como suficientes seja conveniente, coerente e viável no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mas não seria, em tese, no Estado do Acre.

O autor preconiza o critério da proporcionalidade mediante percentuais “[...] sobre o real quantitativo de processos (referentes a cada tema de direito) em cada tribunal [...], levando-se em consideração as peculiaridades de Estados e regiões [...]” ou, pelo menos, um número mínimo de processos (PEREIRA, 2017, P. 176).

Para Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 215), a expressão “múltiplos processos” não significa “[...] a existência de uma enorme quantidade de processos repetitivos em tramitação [...]”. Nessa diretriz, o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis também considera que a “efetiva repetição de processos” – CPC/2015, art. 976, I) “[...] não pressupõe a existência de grande quantidade de processos [...]”.

Como se percebe, sendo eminentemente subjetivo, o conceito de “múltiplos processos” pode oferecer risco para o bom aproveitamento do instituto. Daí por que a doutrina tem recomendado que a relevante questão de direito com grande repercussão social não esteja sendo discutida em processos de massa¹⁰⁵, salientando a circunstância do

[...] incidente de assunção de competência caber para o julgamento do *caso que contém* a questão e o incidente de resolução para o julgamento da *questão contida* nos processos [...].

[...] um destina-se a permitir que determinado órgão do Tribunal assumira a competência para julgar caso que contém questão relevante, ou melhor, questão de grande repercussão social; o outro confere a determinado órgão do Tribunal a competência para definir uma questão de direito, que está sendo discutida em múltiplos processos que se repetem. O primeiro incidente requer apenas a *grande repercussão social* da questão contida no caso e o segundo exige que a *mesma questão* esteja sendo discutida em demandas repetitivas. Portanto, num incidente importa a *qualidade* da questão de direito; e no outro, apenas a sua *unidade*. Em um caso tem que conter questão de grande repercussão social; e no outro, basta que exista uma única questão replicada em diversas demandas (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 248). (grifo do autor)

Dizendo de outra forma, o incidente de assunção de competência só cabe quando houver relevante questão de direito com grande repercussão social “[...] em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade [...]” (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 174).

Não é impossível que as duas hipóteses de incidente estejam presentes ao mesmo tempo:

¹⁰⁵ É justamente o disposto no Enunciado nº 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis e, como explica Rodrigo Barioni (2015, p. 6), “[...] O número pode variar conforme a situação concreta apresentada. A expressão legal tem o propósito de evitar a concorrência com os instrumentos para o julgamento de casos repetitivos [...]. Isso não impede, porém, adotar o procedimento de assunção de competência quando houver casos repetidos em pequena escala. Assim, ainda que haja 100, 200 ou 500 processos sobre a mesma questão de direito, pode-se utilizar a assunção de competência para a formação do precedente. No entanto, para os casos de repetição em larga escala – v.g., 10 mil processos –, a técnica mais apropriada será a dos recursos repetitivos”.

[...] Imagine-se, por exemplo, que haja cinco ou dez processos sobre o mesmo tema. Todos foram julgados no mesmo sentido. Rigorosamente, há aí casos repetitivos, mas não há a existência de “múltiplos processos”. Por terem sido todos julgados no mesmo sentido, também não há risco de ofensa à isonomia, nem à segurança jurídica, mas a questão pode ser relevante, de grande repercussão social. Nesse caso, não caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas (por não haver risco à isonomia, nem à segurança jurídica), mas é possível que se instaure a assunção de competência, por ser conveniente prevenir qualquer possível divergência futura (CPC-2015, art. 947, § 4º) (CUNHA; DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 175)¹⁰⁶.

Vale salientar, ainda, que a expressão “múltiplos processos” pode abranger tanto ações individuais quanto ações coletivas, pois, como será estudado, o incidente de assunção de competência tem cabimento nos dois casos.

Antônio Adonias Aguiar Bastos (2010, p. 10-11) afirma que, no caso das ações coletivas, o incidente não ficaria adstrito apenas aos direitos individuais homogêneos¹⁰⁷, pois

[...] É possível conceber [...] a semelhança entre demandas individuais e coletivas, com base nos critérios [...] de afinidade entre as causas de pedir e os pedidos das diversas demandas. É o que pode acontecer se diversas sociedades de advogados ajuizarem suas respectivas ações individuais e se alguns Conselhos Seccionais da OAB propuserem ações coletivas, todas perquirindo sobre um aspecto em comum: o dever das sociedades de advogados recolherem determinada espécie tributária. É possível que todas estas causas sejam reunidas para julgamento conjunto ou sucessivo (BASTOS, 2010, p. 10).

Todavia, grande parcela da doutrina sustenta que, para fins da assunção de competência ou de demandas repetitivas, a multiplicidade estaria limitada às ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Também sobre esse ponto, Osmar Mendes Paixão Cortês 2016, p. 2350) assinala que “[...] A questão relevante é aquela diferenciada, distinta de questões corriqueiras e ordinárias que, embora não repetida em inúmeros outros processos, impacta a sociedade – repercussão social. É a questão que, por exemplo, uma vez definida, pode importar mudanças de rumo em políticas públicas, aumento de preços, que pode afetar grupo de pessoas, consumidores, empresas, etc.”.

¹⁰⁷ Antônio Adonias Aguiar Bastos (2010, p. 10-11), assinala que “[...] Podemos considerar os interesses individuais homogêneos como objeto das demandas repetitivas, sim. Do ponto de vista de cada processo, trata-se de um conflito individual, cuja resolução atingirá a esfera jurídica das partes ali envolvidas. Enfocando o conjunto de processos repetitivos, cuidar-se-á de uma *demanda-tipo*, em relação à qual haverá um procedimento apropriado que objetiva alcançar uma solução-padrão para os litígios concretos que se enquadrem naquela situação homogeneizada. Mas também podemos cogitar em demandas de massa que envolvem interesses coletivos. Basta tomarmos o exemplo em que cada conselho de classe (ex. OAB/BA, OAB/SP, CREA/BA, CREA/RJ, CRM/MG, CRM/RS etc.) propõe uma ação questionando se as sociedades simples de profissionais que integram a respectiva categoria estão obrigadas a recolher certo tributo (ex. Cofins). Elas possuem homogeneidade quanto à causa de pedir e quanto ao pedido. Por isso, estarão sujeitas ao regime dos processos repetitivos. [...] os tribunais podem fixar uma só tese acerca da obrigatoriedade do pagamento do tributo por tais pessoas jurídicas, independentemente de consistirem em sociedades de advogados, de engenheiros, arquitetos, médicos, da Bahia, do Rio de Janeiro etc.; o precedente poderá ser aplicado às futuras ações coletivas semelhantes, ajuizadas por outros conselhos de classe. Temos aí situações jurídicas coletivas e homogêneas, o que evidencia que as técnicas de processamento de causas massificadas não estão adstritas aos interesses individuais isomórficos [...]”.

Conquanto pareça que os direitos individuais homogêneos seriam mais adequados ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o entendimento aqui adotado é no sentido de que também se adéqua ao incidente de assunção de competência ao lado dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que são da essência do instituto em análise.

Marcos de Araújo Cavalcanti (2016, p. 218-219) diz, todavia, que direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não autorizam a instauração do incidente, ao argumento de que “[...] a natureza do direito material envolvido faz com que o ajuizamento repetitivo de processos configure, normalmente, *litispêndência* ou *conexão* entre demandas”:

[...] Não se exclui, entretanto, a possibilidade desses processos formarem com outras demandas (coletivas e/ou individuais) uma repetitividade de questões unicamente de direito. O tipo de direito material envolvido não tem importância para a configuração de uma demanda como repetitiva. É possível, por exemplo, que diversas ações civis públicas sejam ajuizadas pela União contra réus completamente diferentes, em diversos Estados da federação, discutindo uma mesma questão de direito relativa à publicidade enganosa (direito difuso). Nesse caso, é plenamente cabível a instauração do IRDR junto ao TRF para dirimir coletivamente a questão de direito, fixando-se a tese jurídica a ser aplicada aos casos concretos.

Em que pese o autor esteja se referindo ao incidente de resolução de demandas repetitivas, as suas observações parecem aplicáveis ao incidente de assunção de competência – logicamente, com as devidas e necessárias adaptações.

Outro ponto a considerar é a proibição do incidente de assunção de competência quando houver múltiplos processos sobre uma determinada relevante questão de direito. Logicamente, não se pode entender que a questão deva ser única e isolada, pois, como visto, a necessidade de compor divergências é uma das premissas do incidente. Se há interpretações dissonantes é porque a relevante questão de direito já foi discutida em mais de um processo. Bem por isso, a doutrina observa que esse requisito é mais aparente do que real:

[...] é admissível o incidente de assunção de competência também quando já exista divergência entre câmaras ou turmas sobre a interpretação da questão de direito cuja composição mereça ser realizada [...], se já existe a divergência é porque a questão de direito já se repetiu [...] (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 562).

Dizer que a questão não possa ser repetida em inúmeras demandas, não significa que “[...] a questão seja única e que jamais tende a repetir-se [...]”, até porque, se assim fosse,

¹⁰⁸ Nesse sentido, PEREIRA, Fabrício de Souza Lopes. **Resolução de demandas repetitivas, ações coletivas e precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 177.

faltaria o requisito do interesse público e da grande repercussão social para instaurar o incidente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 562).

O veto à repetição em múltiplos processos deve ser estendido às hipóteses do artigo 947, parágrafo 4º: o incidente de assunção de competência não é cabível quando houver interpretações dissonantes em processos de larga escala, até porque no caso de “efetiva repetição de processos” será adequado o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, art. 976, I e II).

Concluindo, o incidente de assunção de competência pode ser instaurado desde que haja pelo menos dois processos tratando da mesma relevante questão de direito com grande repercussão social.

3.3 PROCEDIMENTO: ASPECTOS GERAIS

Como visto, o incidente de assunção de competência pode ser suscitado em qualquer recurso, reexame necessário ou ação de competência originária, de ofício pelo relator ou a requerimento das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

O revogado Código de Processo Civil, no artigo 555, § 1º, limitava a assunção de competência à apelação e ao agravo de instrumento, conferindo legitimidade ativa apenas para o relator.

Já o novo Código de Processo Civil estendeu a competência para todos os tribunais¹⁰⁹, dilatou as bases de admissibilidade (apelação, agravo de instrumento, outros recursos, reexame necessário e processo de competência originária) e também ampliou a legitimidade ativa (além do relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública).

¹⁰⁹ A propósito, após a criação do “novo” incidente de assunção de competência, alguns questionamentos surgiram justamente acerca do cabimento perante os tribunais superiores, visto que já havia previsão regimental nesse sentido tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal. Lendo o disposto no *caput* do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, porém, se observa que não há qualquer impedimento nesse sentido. Primeiro, porque se assim fosse, o legislador – como fizera no revogado dispositivo legal – teria estabelecido um rol taxativo dos recursos aplicáveis ao incidente, o que não aconteceu. Pelo contrário, ao dizer que cabe o incidente em “julgamento de recurso”, está a referir que é qualquer recurso. E sendo assim, evidentemente, estão incluídos os recursos especial e extraordinário. Segundo, porque não teria lógica esta limitação apenas porque previsão semelhante já existia em normas regimentais. E terceiro, porque limitar o cabimento do incidente aos tribunais de segundo grau, além de manter a mesma ideia existente no revogado artigo, representaria um retrocesso ao principal objetivo do novo Código de Processo Civil que é trazer maior unidade ao direito, alcançando a segurança jurídica. Se a tarefa precípua dos tribunais superiores é dar interpretação ao direito, não haveria razão para continuar excluindo-os da norma.

Todas essas alterações foram muito bem recebidas pela doutrina contemporânea, notadamente a ampliação do rol de legitimados ativos¹¹⁰.

Luciana Camacho (2015, p. 132) lembra que, na vigência do Código de 1973, já havia “[...] um poder-dever, e não uma faculdade do relator intentar o incidente, pois, havendo divergência interna, o interesse público é presumido, devendo a questão divergente ser resolvida para fins de estabilização da jurisprudência daquele tribunal”.

Vinícius Silva Lemos (2015, p. 110) afirma que a legitimidade alargada aumenta “[...] as possibilidades processuais do próprio incidente, com a expectativa de maior utilização da assunção de competência”, pois

[...] O instituto anteriormente não tinha uma utilidade constante, diria que não pegou processualmente, talvez pela sua legitimidade limitada ou, simplesmente, pelos juízes ou partes não vislumbrarem seus benefícios [...].

O intuito do Código é a busca pela uniformização de jurisprudências, formalização de precedentes e estabilidade dos julgados, ao ampliar as possibilidades, expressando quais as partes legítimas para instaurar o incidente, concede maior ênfase ao instituto. Se a assunção de competência pode ser considerada uma evolução clara e melhor do antigo incidente de uniformização de jurisprudência, utilizar a legitimidade daquele instituto foi uma boa solução para incrementar e dar maior importância para a assunção de competência.

A legitimidade ativa do relator não exclui a iniciativa dos demais julgadores. Se é possível a suspensão do julgamento em virtude de fato superveniente constatado pelo relator (até por aplicação analógica do artigo 933, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015), a mesma lógica deve ser aplicada no incidente de assunção de competência, quando determinada relevante questão de direito tenha passado despercebida ao relator, mas não aos demais julgadores. Pensar diferente ressuscitaria, na prática, a regra limitativa do antigo Código. A legitimidade ativa de todos os membros do colegiado é, portanto, inerente ao sistema inaugurado pelo novo Código de Processo Civil. O legislador disse menos do que deveria, pois foi dada legitimidade ativa às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, pelo que não haveria razão em reservá-la apenas para o relator.

A instauração do incidente reclama fundamentação adequada sobre a relevância da questão de direito, a sua grande repercussão social ou a necessidade de prevenir ou compor divergência¹¹¹.

¹¹⁰ Nesse sentido, é o entendimento adotado por LEMOS, Vinicius Silva. O Incidente de Assunção de Competência: o Aumento da Importância e sua Modernização no Novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 106-116, nov./2015.

A ampliação da competência para todos os tribunais, em qualquer recurso, remessa necessária e ação de competência originária, deixou de ser uma norma regimental para se tornar regra de processo¹¹², permitindo inclusive que “[...] questões relevantes em processos nos tribunais que não têm características recursais também serem pacificadas por um órgão colegiado maior, seja de forma preventiva ou para compor divergência [...]” (LEMOS, 2015, p. 109).

Vinicius Silva Lemos (2015, p. 109) assevera que

[...] A utilidade do incidente de assunção de competência era restrita ao duplo grau de jurisdição, sem possibilidade de utilização nos tribunais superiores. Com a tendência da nova legislação processual no fortalecimento de precedentes, ampliou-se as possibilidades de aplicação e instauração do incidente, com cabimento em qualquer recurso, bem como na remessa necessária ou nas causas de competência originária. Uma amplitude maior do instituto, com uma valorização de sua aplicabilidade e importação para novos momentos processuais. Em qualquer tribunal e em qualquer situação de julgamento caberá o incidente de assunção, nos moldes do artigo 947.

Ressalve-se que a provocação por qualquer dos legitimados não obriga o relator a instaurar o incidente, que, aliás, também não pode ser determinado monocraticamente. A decisão do colegiado é imprescindível, mesmo quando a iniciativa partir do próprio relator que “[...] Jamais poderá decidir para imediatamente encaminhar os autos ao outro órgão colegiado” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 252).

Antes de admitir o incidente de assunção de competência, o relator deve oportunizar o contraditório (CPC/2015, arts. 7º, 9º e 10), assegurando, assim, a “paridade de tratamento” e evitando decisões surpresas¹¹³. Nas palavras de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2016, p. 96),

¹¹¹ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 926 ao 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252.

¹¹² Vinicius Silva Lemos (2015, p. 109-110) assinala que “[...] O incidente de assunção de competência ao ampliar sua atuação aos tribunais superiores positiva essa possibilidade, como uma regra processual, não mais regimental”.

¹¹³ Nesse sentido, diz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2016, p. 73-74): “[...] O novo Código de Processo Civil foi elaborado, desde a sua primeira versão – anteprojeto apresentado ao Senado, e assim se manteve até final aprovação – com a finalidade de atender aos anseios da população em geral. Priorizar a rapidez, a isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descuidar das garantias processuais constitucionais, tendo como meta inafastável um resultado necessariamente justo. [...] Dentre as normas presentes neste primeiro Livro do novo Código, [...] tem-se os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, da duração razoável do processo, da cooperação, da igualdade e tratamento, **do contraditório**, da publicidade, da motivação, do atendimento aos fins sociais, das exigências do bem comum, a dignidade da pessoa humana, da eficiência e da proporcionalidade. [...] O processo passa a dar efetividade à própria Constituição. Ele, no cumprimento de suas

[...] O direito de participação acompanha o processo do início ao fim, tendo origem no princípio do acesso à justiça, desenvolvendo-se sob o signo do contraditório.

O juiz não se encontra em papel de superioridade a nenhuma das partes [...].

Os direitos de participação e de diálogo, além da garantia dos debates estariam comprometidos e, via de consequência, o próprio contraditório, se o juiz pudesse decidir qualquer tipo de questão de direito processual ou material em desfavor de uma das partes, sem que ela fosse previamente ouvida.

A garantia do contraditório pressupõe não só o direito de as partes serem cientificadas de todos os atos do processo, de apresentarem as suas manifestações e provas em igualdade de condições, mas também que elas sejam devidamente apreciadas pelo juiz por ocasião da decisão [...].

O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor.

A finalidade do contraditório é justamente dar às partes o “[...] *direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões* [...]”¹¹⁴ (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 111-12). (grifo do autor)

Suscitado o incidente e oportunizado o contraditório prévio, o órgão originário fará o primeiro juízo de admissibilidade: se for rejeitada a assunção de competência, o processo terá seguimento normal; se for reconhecida a relevante questão de direito com grande repercussão social ou a necessidade de compor ou prevenir divergência, o feito será remetido a um órgão colegiado superior, indicado pelo Regimento Interno dos respectivos tribunais, para processar e julgar não apenas o incidente de assunção de competência, mas todo o caso por inteiro (CPC/2015, art. 947, § 1º).

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a competência soberana será das Turmas ou dos Grupos Cíveis, nos termos dos artigos 13, inciso II, ‘b’ e 16, § 4º, do respectivo Regimento Interno. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o seu Regimento Interno não faz menção expressa ao órgão designado para julgar o incidente de assunção de competência, mas, por analogia, pode-se entender que a competência será da Corte Especial Judicial (RITRF4, art. 12, X) ou das Seções (RITRF4, art. 14, letra h)¹¹⁵. No Superior

atribuições, mais tutela a Constituição do que esta a ele, afinal, coloca em movimento e dá vida aos princípios fundamentais”. (grifos nosso)

¹¹⁴ É que, nos moldes do novo Código de Processo Civil, o contraditório deixa de ser o “[...] mero direito à *bilateralidade de audiência* – mero direito de *dizer e contradizer* [...]” Trata-se de um “[...] contraditório como direito de influência na decisão [...], é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada – exercício de poder participado [...]” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 112).

¹¹⁵ As disposições regimentais referidas tratam, em verdade, do incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, como são institutos análogos, que visam objetivos muito semelhantes, se entende que esses órgãos colegiados também terão competência para processar e julgar o incidente de assunção de competência. A

Tribunal de Justiça, o órgão competente é a Seção, nos termos do artigo 14, inciso III, do Regimento Interno¹¹⁶. No Supremo Tribunal Federal, o incidente de assunção de competência ainda não foi regulamentado, embora possa ser aproveitado o artigo 22, parágrafo único, alíneas ‘a’ e ‘b’, do Regimento Interno, que atribui a competência do Plenário para dirimir as divergências entre as turmas ou entre as turmas e o próprio Plenário.

Naturalmente, o “órgão colegiado” a que se refere o § 1º, do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, há de ser um “[...] órgão superior às turmas ou câmaras encarregadas de julgamentos ordinários, como por exemplo, os órgãos especiais e sessões especializadas dos tribunais” (CÔRTEZ, 2016, p. 2351).

É conveniente destacar que

[...] não há como dar poder ao órgão definido como competente para revogar a decisão que não admitiu a assunção, proferida pelo órgão originariamente competente. Isso porque só o juiz natural pode decidir sobre a oportunidade de deslocamento da competência. Como é óbvio, nenhum outro órgão do tribunal pode se sobrepor ao juiz natural. De modo que haveria usurpação de competência – no caso de decisão tomada pelo órgão que assume a competência – ou deslocamento inconstitucional da competência – no caso de outro órgão do tribunal definir que a competência é daquele instituído para os casos de assunção de competência (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 252).

Caberá ao órgão superior renovar o juízo de admissibilidade do incidente, visto que “[...] também tem a obrigação de reconhecer que há um caso revestido de questão de direito de grande repercussão social, não obstante o § 2º do art. 947 fale em “interesse público” na

propósito, a 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região foi o órgão colegiado soberano para julgar o incidente de assunção de competência proveniente da apelação/remessa necessária nº 5007975-25.2013.4.04.7003, da 5ª Turma, para resolver divergência de entendimento sobre a possibilidade de concessão do benefício previdenciário mediante reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento), com o cômputo de tempo de serviço posteriormente ao ajuizamento da ação e até em que momento do processo isso poderá ser feito. O incidente foi acolhido, fixando-se a tese no sentido de que é possível a “reafirmação da DER até, no máximo, a data do julgamento da apelação ou remessa necessária”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da (4 Região). **Incidente de Assunção de Competência em Apelação/Remessa Necessária nº 5007975-25.2013.4.04.7003**. Suscitante: Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Edson Pelosi. Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 06 abr. 2017. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br>>. Acesso em: 05 fev. 2018).

¹¹⁶ Vale comentar que o inciso III foi inserido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por força da emenda regimental nº 24 de 2016, estabelecendo que as turmas deverão remeter os processos à Seção quando estiverem diante do incidente de assunção de competência.

assunção de competência” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 256-257)¹¹⁷. E, por óbvio, não está sujeito à decisão do órgão de origem¹¹⁸.

Rejeitado o incidente, o processo deve retornar à Câmara ou à Turma originárias¹¹⁹ para prosseguimento. Mas, se for instaurado, o órgão soberano assume a competência para julgar não só o incidente em si, mas também a própria causa (CPC, art. 947, § 2º), com a “[...] instrução processual pertinente ao microsistema de formação de precedentes [...]” (LEMOS, 2015, p. 111).

A concisão do artigo 947 em relação ao procedimento do instituto permite adotar, naquilo que seja compatível, as regras de procedimento tanto do incidente de resolução de demandas repetitivas quanto dos recursos repetitivos¹²⁰, porquanto

[...] O microsistema de formação de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição, com qualificação do debate para a formação do precedente, com a exigência de fundamentação reforçada e de ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema.

Além de normas relativas à formação do precedente, o referido microsistema compõe-se também das normas concernentes à aplicação do precedente.

Todas essas normas aplicam-se aos instrumentos que integram esse microsistema, incidindo no incidente de assunção de competência (CUNHA; DIDIER JÚNIOR., 2015, p. 169). (grifos do autor)

Assim, por aplicação analógica do artigo 982, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, instaurado o incidente, o relator determinará a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que versarem sobre a relevante questão de direito discutida. Essa disposição vai ao encontro dos objetivos do instituto, que é proporcionar segurança jurídica

¹¹⁷ Esses doutrinadores asseveram que “[...] A racionalidade da justificativa é imprescindível para permitir o controle e a legitimidade da assunção de competência [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 257).

¹¹⁸ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 926 ao 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252.

¹¹⁹ Conforme explica Vinícius Silva Lemos (2015, p. 111), “[...] A devolução à câmara ou turma originária recursal somente se realiza, no caso do órgão competente maior não aceitar a incumbência de assumir a competência, ou seja, não realizar a assunção de competência, não reconhecendo ao menos um dos requisitos necessários para o deslocamento da competência”.

¹²⁰ É exatamente a ressalva feita por Vinícius Silva Lemos (2015, p. 111-112): “[...] Não há previsão legal para esse processamento mais detalhado como no incidente de resolução de demandas repetitivas, entretanto, há de se imaginar que os institutos revelam-se parte de um microsistema de formação de precedentes, criando uma base legal de intersecção de normas, com a utilização das técnicas para ambos os institutos, ainda que falte previsão legal em um ou em outro, complementando-se com os dispositivos de outros meios de formação de precedentes. Se há um meio de formação dos precedentes, nesse caso o incidente de assunção de competência, não adianta somente proceder a transferência de competência para o colegiado maior, deve primar por conseguir esgotar a matéria, com a realização do exaurimento material, pela maior participação da sociedade e um maior entendimento do juízo sobre a matéria ali discutida”.

por meio de decisões uníssonas para casos semelhantes¹²¹. Segundo Bruno Dantas (2016, p. 2435), “[...] trata-se de medida relevante tanto pelo aspecto de economia processual quanto também por garantir a concretização da isonomia em todos os casos idênticos já existentes”.

O problema é que as partes podem requerer, perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, a suspensão de todos os processos que tramitem no território nacional e que discutam a mesma relevante questão de direito (CPC/2015, art. 982, § 3º). Essa mesma legitimidade é conferida às partes de outros processos, independente dos limites da competência territorial (CPC/2015, art. 982, § 4º). Significa dizer que o incidente de assunção de competência instaurado num determinado Estado pode provocar a suspensão de todos os processos idênticos em nível nacional¹²², bastando a provocação da parte interessada.

Para Bruno Dantas (2016, p. 2437) a finalidade da regra é “[...] evitar que a demora na chegada dos primeiros RE e REsp pudesse causar situações de perplexidade que agravassem a insegurança jurídica que o incidente pretende coibir”. O autor ressalva, porém, que o relator e as partes envolvidas no incidente não detêm legitimidade para requerer, perante as Cortes Superiores, a suspensão nacional, pois não compete a elas “[...] funcionar como fiscais da segurança jurídica e receber legitimação para praticar atos processuais flagrantemente desprovidos de interesse”. Este pedido, segundo o jurista, poderia ser formulado pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, em razão da natureza nacional dessas instituições.

Acontece que, como observam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 96-97), é demasiada a suspensão de ações idênticas em todo território nacional, como permitido nos §§ 3º e 4º, do artigo 982, do Código de Processo Civil de 2015, porque

[...] O legislador entende que tudo isso deve ocorrer em nome da segurança jurídica.

¹²¹ É que observa Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 204), ao dizer que “[...] Um dos objetivos centrais do incidente de resolução de demandas repetitivas (e, acrescenta-se, do incidente de assunção de competência) é dar segurança jurídica aos jurisdicionados, tratando de forma igual todas as pretensões isomórficas postas ao judiciário. Nem sempre isso será possível, mas a ideia principal é que isso possa ser perseguido pelo menos nas demandas repetitivas. Como objetivo secundário, acaba por promover a uniformização de parte da jurisprudência dos tribunais, tornando-os íntegros e coerentes, nos termos do art. 926 do CPC/2015. Em razão disso, previu o legislador que a simples decisão que admite o IRDR tem o condão de promover, *ope legis*, a suspensão dos processos individuais e/ou coletivos que tramitam na origem”.

¹²² Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 97) asseveram que, de acordo com o disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 982, “[...] uma vez instaurado incidente em determinado tribunal, torna-se possível requerer a suspensão no território nacional de todas as demandas repetitivas que dependam da solução da mesma questão. Sendo a questão de direito idêntica e essencial, admite-se o requerimento de suspensão de todos os processos que se desenvolvem no território brasileiro, independentemente do local do país em que esteja a demanda repetitiva”.

[...] é preciso ter claro que é pouco mais do que absurdo supor que a segurança jurídica clama por uma mesma decisão para todos os jurisdicionados que discutem uma mesma questão de direito. Direito à igualdade perante as decisões judiciais é algo completamente diferente de direito a uma única decisão para casos iguais. Direito a uma mesma e única decisão depende, necessariamente, de um processo em que haja participação direta de todos os litigantes ou representação adequada. Não há como idealizar a edição de uma única decisão por uma Corte Suprema [...] para resolver as demandas de jurisdicionados situados em diferentes locais do país, como se estes pudessem ser mantidos alheios a tudo ou, ainda, fossem empecilhos à atuação da jurisdição.

Perceba-se que a lógica do precedente considera especialmente o futuro, enquanto está se pretendendo, sob a artificial afirmação de que a decisão do incidente deve ser observada pelos juízes e tribunais (art. 927, III, do CPC/2015), simplesmente regular casos conflitivos concretos que já eclodiram no seio social. Isso, diga-se mais uma vez, não é elaborar precedente obrigatório, mas editar uma única decisão para todos os casos.

O entendimento aqui adotado segue essa diretriz. A suspensão deve ficar limitada, inicialmente, à competência territorial do tribunal responsável pelo julgamento do incidente e somente quando o acórdão proferido chegar aos tribunais superiores, por força de recurso especial ou extraordinário, estaria autorizada a suspensão nacional, mediante novo requerimento. Suspensão nacional imediata só teria cabimento quando o incidente fosse suscitado diretamente perante os tribunais superiores porque o acórdão proferido, nos exatos termos do § 3º, do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, será vinculante para os órgãos fracionários subordinados ao tribunal prolator da decisão. Se o incidente é processado, por exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e se não houver recursos para os tribunais superiores impugnando o acórdão na assunção de competência, o seu resultado vinculará apenas os processos presentes e futuros no território do Estado do Rio Grande Sul, não havendo por que suspender processos em outros estados da federação.

Em suma: se o incidente ficar restrito aos tribunais de segundo grau, não há razão para suspender todos os demais processos no território nacional, pois o acórdão proferido será de observância obrigatória apenas para os órgãos fracionários daquele respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (CPC/2015, art. 947, § 3º). Mas, se o incidente for submetido aos tribunais superiores, seja por meio de recurso, seja por ter sido suscitado diretamente nessa instância, então o acórdão proferido vai vincular juízes e tribunais no país inteiro, do que resulta óbvio o interesse nacional na sua resolução.

Vinícius Silva Lemos também tem esse entendimento, ressaltando que “[...] há um interesse menor do colegiado nesta espécie de decisão pela suspensão, pelo fato de somente ser possível sem a multiplicidade de ações, diferenciando de forma clara, os incidentes” (LEMOS, 2015, p. 112).

Assim como no incidente de resolução de demandas repetitivas, deve ser dada a maior publicidade e divulgação possível à instauração do incidente de assunção de competência, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (CPC, art. 979). Também, os tribunais deverão manter atualizados o seu banco de dados eletrônicos com informações precisas acerca da relevante questão de direito submetida ao incidente, além de cadastro com os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos relacionados (CPC/2015, art. 979, §§ 1º e 2º). A importância disso está no fato de que a ampla divulgação favorece uma discussão mais intensa sobre o tema¹²³.

Assim, antes do julgamento do incidente de assunção de competência, deve ser oportunizada a participação não só das partes envolvidas, mas também de outros interessados (*amici curiae*, pessoas, órgãos, entidades), nos termos da previsão contida nos artigos 983, *caput* e 1.038, inciso I, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Para Leonardo Cunha e Fredie Didier Júnior (2015, p. 169) isso visa a ampliar e qualificar os debates sobre a relevante questão de direito, podendo o Relator, ainda, designar audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e conhecimento na matéria (CPC/2015, art. 983, § 1º e art. 1.038, II). Como assinalam Marinoni e Mitidiero (2016a, p. 99), geralmente essas questões envolvem conflitos de entendimentos sob o aspecto moral, religioso, econômico, cultural, etc., as quais afetam os direitos fundamentais do cidadão¹²⁴.

No entendimento de Osmar Paixão Côrtes (2016, p. 2352), sempre é recomendável a intervenção do *amicus curiae*, “[...] pela legitimidade que dá à decisão vinculativa e pela efetiva contribuição que [...] pode trazer para a tese”.

Há quem sustente, porém, a inconveniência de ouvir estranhos à relação jurídica controvertida, argumentando que

[...] a questão de grande repercussão social não tem qualquer relação com pessoas, grupos ou classes determinados. Julga-se um caso específico que detém a questão de grande repercussão social. Mas não há solução de caso nem de questão de *terceiros*.

¹²³ Leonardo Cunha e Fredie Didier Júnior (2015, p. 171) referem que “[...] Para que se viabilize essa ampla discussão, é preciso que se confira ampla publicidade à instauração e ao julgamento do mecanismo destinado à formação do precedente. Isso ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC-2015, art. 979, §§ 1º, 2º e 3º), cujas regras devem aplicar-se igualmente aos recursos repetitivos e ao incidente de assunção de competência”. (grifos nosso)

¹²⁴ Esses doutrinadores observam que “[...] a figura do *amicus* tem relevância em face das discussões travadas no Supremo Tribunal Federal, dada a amplitude de significado das normas constitucionais, e a complexidade e a disputa entre valores que marcam os casos em que se busca a delimitação do sentido dos direitos fundamentais. Isso não que dizer, porém, que a definição do sentido da lei federal também não possa exigir a intervenção do *amicus* em face de questões complexas e relevantes, para a vida em sociedade” (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 99).

Por isso, não há motivo para reclamar a participação dos representantes adequados das partes que foram excluídas – como ocorre no incidente de resolução de demandas¹²⁵ (MARINONI, 2016a, p. 158).

Luiz Guilherme Marinoni (2016a, p. 159) sublinha que o acórdão proferido em sede de assunção de competência não produz a coisa julgada *erga omnes*, como ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas, a despeito de ter eficácia vinculante (CPC, art. 947, § 3º).

Contudo, mesmo que a assunção de competência não gere coisa julgada *erga omnes*, não há como olvidar que o julgamento do incidente processual haverá de influenciar sobremaneira todos os casos pendentes e futuros que versarem sobre a mesma relevante questão de direito. Sendo assim, o entendimento esposado no presente estudo reconhece a conveniência da manifestação de terceiros no processamento do incidente, em homenagem ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e até ao próprio direito fundamental de ação. Sustenta-se que na sessão de julgamento do incidente de assunção de competência também deve ser observado o artigo 984, inciso II, ‘a’ e ‘b’, do Código de Processo Civil de 2015, permitindo-se a sustentação oral das partes e dos demais interessados, além do Ministério Público, evidentemente.

Deslocada a competência para o órgão colegiado superior, o acórdão será composto por duas partes bem distintas: a que julgará o incidente em si e a que decidirá o recurso, o reexame necessário ou a ação de competência originária (LEMOS, 2015, p.113)¹²⁶. O acórdão

¹²⁵ Para Marinoni (2016a, p. 158-159), a participação de terceiros só se justifica no incidente de resolução de demandas repetitivas porque o órgão soberano irá discutir e definir tese jurídica “[...] que afeta diretamente a sorte da tutela de direitos individuais múltiplos. Para que não seja violado o *due process*, exige-se que os litigantes excluídos sejam representados adequadamente, para o que imprescindível a participação dos legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, nos termos dos arts. 5º, da LACP e 82 do CDC. A resolução de uma questão prejudicial à tutela de direitos de sujeitos que não podem discuti-la diretamente, mas apenas mediante representante adequado, tem o significado de coisa julgada sobre questão com eficácia *erga omnes*. [...] Uma vez que a questão deve ser resolvida por determinado órgão colegiado competente apenas por ter significativa importância para a sociedade, há apenas deslocamento da decisão da questão para outro órgão judicial, sem com que se possa pensar em exclusão de participação de partes que, sendo titulares de pretensões à tutela de direitos, têm o direito de discuti-la e de influenciar a Corte [...]”.

¹²⁶ É o que explica Vinícius Silva Lemos (2015, p. 112-113): “Definida a delimitação da questão de direito que ensejou a assunção de competência, com o deslocamento desta para o colegiado maior, não é somente esta questão que tem o enfrentamento realizado por este órgão, o recurso, mesmo com pontos materiais diversos do incidente, é julgado, após o julgamento e a estabilização da questão de direito. Não há uma cisão de julgamento, somente uma necessidade de preliminarmente julgar a questão de direito relevante, o que ensejou a própria existência do incidente. No acórdão que o órgão colegiado competente para o incidente decidir, naturalmente, há duas decisões diversas: uma primeira que decidiu a questão de direito relevante, objeto da assunção de competência, prevenindo uma divergência ou pacificando posicionamentos com a fixação da tese jurídica; um segundo momento de decisão, no qual o julgamento enfrenta os pontos não constantes nem na questão de direito relevante, tampouco na fixação da tese jurídica que se torna precedente, porém em pontos pertinentes somente àquele caso, com a decisão para o recurso e às partes. [...] Há um deslocamento de competência, uma alteração

proferido deverá conter “todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (CPC/2015, art. 984, § 2º).

Leonardo Carneio da Cunha e Fredie Didier Júnior (2015, p. 170-171) ensinam que

[...] Os instrumentos que se destinam à formação de precedentes – integrantes que são de seu específico microsistema – são estruturados [...], para viabilizar ampla cognição, com um debate qualificado. **A ampliação da cognição e do debate deságua numa decisão com motivação reforçada, a servir de paradigma, de orientação, de precedente, enfim, de regra a ser seguida nos casos sucessivos.**

[...]

O tribunal, ao julgar o incidente de formação concentrada de precedentes obrigatórios, **deve apresentar, no acórdão, de forma separada e destacada, uma espécie de índice ou sumário com todos os argumentos enfrentados pelo tribunal, separados de acordo com a relação que tenham a tese discutida: favoráveis ou contrários a ela.** Assim, o acórdão de incidentes deve ser escrito de um modo a que se destaquem as suas **três partes fundamentais: a) a lista dos argumentos examinados; b) a tese firmada; c) o julgamento do caso.**

Os referidos dispositivos não mencionam o incidente de assunção de competência, não havendo, no capítulo a ele destinado, texto normativo que reproduza a exigência de motivação reforçada. Sem embargo disso, **tal imposição aplica-se igualmente o incidente de assunção de competência, pois se trata de norma inserida no âmbito do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, do qual ele faz parte.** (grifos nosso)

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016, p. 250) observam que “[...] A assunção de competência requer não só a discussão individualizada da questão de direito que a justifica, mas a sua decisão, que só pode ser particularizada [...]”¹²⁷.

Como não poderia deixar de ser, o acórdão está sujeito a recurso. Se o incidente ocorreu nos tribunais de segundo grau, caberá recurso especial e/ou recurso extraordinário, cuja repercussão geral é presumida (CPC/2015, art. 987, *caput* e § 1º). Se o incidente foi

evidente do que foi estabelecido inicialmente, entretanto, esta mudança não ocorre em caráter horizontal para nomear-se como um mero deslocamento, acontecendo de forma vertical, para um órgão com um colegiado maior, geralmente com a junção das câmaras ou turmas, realizando uma remessa a este colegiado interno, que assume a competência para o julgamento”.

¹²⁷ É que como todos os componentes do colegiado soberano votam tanto para dar ou negar provimento ao recurso, quanto para acolher ou desacolher o incidente de assunção de competência, a fundamentação utilizada no julgamento deste se mostra de extrema importância, na medida em que não se pode afastar a hipótese de que o recurso seja provido, mas a relevante questão de direito tenha sido resolvida em favor da parte recorrida, justamente pelos argumentos acolhidos na análise do incidente. Segundo assinalam Marinoni e Mitidiero (2016, p. 250-251), “[...] o recurso pode ser provido com base em vários fundamentos, enquanto a questão de direito, no caso da assunção de competência, constitui fundamento para o provimento do recurso. Mesmo que exista um único fundamento, ou apenas a questão de direito dotada de grande repercussão social envolvida no recurso a ser julgado, isso não é garantia de que a questão de direito será discutida, e decidida, por todos os membros do colegiado [...]. Isso mostra, caso não bem delineada, a necessidade de discussão e decisão da questão de direito; essa poderá ser discutida, e decidida, apenas por alguns membros do colegiado, deixando-a de encontrar a voz ou o verdadeiro entendimento do colegiado definido como competente para resolvê-la. Por identidade de motivos, a discussão e a decisão da questão de direito devem ser justificadas de modo claro, sem mistura ou confusão com fundamentos que não lhe dizem respeito. Lembre-se que a assunção de competência só existe em virtude da relevância da questão e, portanto, para saber o que determinado colegiado pensa a seu respeito”.

instaurado no Superior Tribunal de Justiça, a única possibilidade será o recurso extraordinário. E quando processado no Supremo Tribunal Federal, só restará, em tese, a oposição de embargos declaratórios. Em todos os graus de jurisdição, sem dúvida, serão cabíveis os embargos de declaração¹²⁸.

Como o acórdão em assunção de competência deve ter duas partes (a que julga o próprio incidente e a que julga o recurso, o reexame necessário ou a ação de competência originária), os recursos podem ficar restritos à discussão do incidente de assunção de competência, versar apenas sobre o mérito da causa – circunstância que acarretará o trânsito em julgado da assunção de competência – ou, ainda, impugnar a integralidade do acórdão. Tudo dependerá do interesse recursal em cada caso concreto¹²⁹.

De acordo com o artigo 987, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, os recursos especial e extraordinário terão efeito suspensivo automático e o acórdão será aplicado no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos pendentes ou futuros que versem sobre idêntica questão de direito. Grande parte da doutrina prega a aplicação subsidiária dessa regra ao incidente de assunção de competência. Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Júnior (2015, p. 178), contudo, discordam por entender que se trata de “[...] regra peculiar ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos [...]”.

Ponto que merece reflexão é o efeito vinculativo do acórdão em todo território nacional nos recursos especial e extraordinário (CPC, art. 947, § 3º), já que no incidente de assunção de competência, além do efeito substitutivo inerente a qualquer recurso, o julgado terá eficácia vinculante em todo território nacional.

Adota-se, no presente trabalho, o entendimento de que deve ser mantida a regra geral dos recursos. Se o incidente foi instaurado perante tribunal de segundo grau, a eficácia vinculante estabelecida no § 3º, do artigo 947 continuará limitada aos órgãos fracionários ligados ao respectivo tribunal, mesmo diante de eventual recurso especial ou extraordinário interposto contra o acórdão na assunção de competência. Salvo melhor juízo, na ânsia de valorizar o instituto, o legislador acabou dizendo mais do que teria pretendido.

¹²⁸ Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 113.

¹²⁹ Observações feitas por LEMOS, Vinicius Silva. O Incidente de Assunção de Competência: o Aumento da Importância e sua Modernização no Novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 106-116, nov./2015. p. 113.

Parece tranquilo que todos os legitimados previstos no *caput* do artigo 947 – as partes, o Ministério Público, inclusive na posição de *custos legis*, e a Defensoria Pública – podem interpor recursos. A doutrina reconhece legitimidade recursal também aos terceiros interessados, no limite do incidente, pois serão afetados pelo resultado final.

Segundo Vinícius Silva Lemos (2015, p. 113-114),

[...] Com base na ampliação da utilização do microsistema de formação concentrada de precedentes vinculantes, os interessados que participaram somente da instrução do incidente, caso do Ministério Público ou Defensoria Pública, ou em manifestação de terceiros, na modalidade de *amici curiae*, por haver interesse deste na causa daquela questão de direito, pela admissão anterior para manifestação, há possibilidade de interposição de recurso, independentemente da existência de recursos de outros legitimados.

A possibilidade de interposição recursal para estes entes, que não são as partes processuais, se restringe a questão de direito delimitada pelo incidente de assunção de competência [...].

O doutrinador aconselha, ainda, uma interpretação expansiva do artigo 982, I, para incluir no rol dos legitimados recursais os terceiros que tiveram seus processos suspensos, vez que ficarão vinculados ao julgamento do incidente¹³⁰.

Comungamos dessa opinião, pois, embora a decisão do incidente assunção de competência não gere coisa julgada *erga omnes* (diferentemente do que acontece no incidente de resolução de demandas repetitivas), ela produz, indiscutivelmente, efeito vinculante *erga omnes*. Nessa perspectiva, os terceiros atingidos pela decisão devem ser considerados como juridicamente interessados (CPC/2015, art. 119 c/c arts. 122 e 123), com evidente legitimidade recursal (CPC/2015, art. 996, *caput* e parágrafo único). Até mesmo o *amicus curiae* possui legitimidade para recorrer do acórdão na assunção de competência (CPC, art. 138, § 3º).

Desnecessário ressaltar que cabe recurso contra o acórdão que julga o caso (a assunção de competência em si e o mérito do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária), mas não contra a decisão que admite ou não a instauração do incidente. Nesse sentido, é o pensamento de Osmar Mendes Paixão Côrtes (2015, p. 2113), embora, o entendimento que se inclina a adotar é de que não pareça absurdo pensar na possibilidade de recurso especial e extraordinário contra o acórdão que não admite o incidente de assunção de competência.

¹³⁰ Nos dizeres de Vinícius Silva Lemos (2015, p. 114), “[...] o resultado do julgamento do incidente influencia totalmente no processo de cada parte, tornando-o legitimado para a interposição do que entende que possa lhe prejudicar, aplicando as mesmas disposições do artigo 987 e do seu parágrafo 1º”.

Nada impede a desistência do recurso, que é sempre ato facultativo. Mas, a doutrina adverte que a desistência não impedirá o julgamento da questão de direito objeto do incidente de assunção de competência (CPC/2015, art. 988, *caput* e parágrafo único). Ou seja, apenas não será julgado o mérito do recurso sobre a causa propriamente dito¹³¹.

O artigo 947, § 3º, dispõe que o acórdão será vinculante “exceto se houver revisão da tese”. Nem poderia ser diferente, pois o direito deve acompanhar a evolução da sociedade. A possibilidade de rever a tese jurídica não colide com os objetivos do incidente. Pelo contrário, “[...] A intenção da legislação é deixar claro que não há risco de eventual engessamento da jurisprudência, que pode, naturalmente, ser revista em outra oportunidade [...]” (CÔRTEZ, 2016, p. 2351)¹³².

Luiz Guilherme Marinoni (2016c, p. 12) destaca que a revisão da tese nada mais é que

[...] a possibilidade de qualquer litigante, mediante argumentação, demonstrar que a decisão e o precedente, respectivamente, estão a merecer revisão e revogação.

[...]

Um precedente pode ser revogado quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência ou quando deixa de guardar coerência com os fundamentos de outras decisões da própria Corte Suprema. O precedente também pode ser revogado quando há alteração da concepção geral sobre o direito – revelada em artigos, etc. – ou quando, excepcionalmente, baseou-se num equívoco. Enfim, um precedente não pode ser colocado em discussão em razão da discordância de um litigante ou mesmo de um juiz, ainda que teoricamente sustentável¹³³.

¹³¹ Vinícius Silva Lemos (2015, p. 116) comenta que “[...] O incidente de assunção de competência não tem previsão sobre o que deve ser feito quando o recorrente desiste do recurso em que houve a transferência de competência pela instauração do incidente. Entendo que pela formação do precedente, deve levar em consideração a mesma regra do rito repetitivo, dado aos recursos afetados dessa forma em tribunal superior. Se o intuito da codificação recai em primar pela primazia do mérito, ao mesmo tempo em que valoriza os precedentes, seja em sua formação como em sua utilização, não há com deixar que a questão de direito não seja resolvida somente pela desistência recursal. Há de se pensar na coletividade, na formação jurídica e em sua segurança. Neste caso, o recurso que representa a controvérsia, no caso do incidente de assunção de competência, não é julgado, o resultado daquele julgamento não tem eficácia para o recurso em que a desistência se operou. A forma do julgamento neste caso funcionaria da mesma maneira do rito repetitivo e da repercussão geral e de uma forma diferente do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

¹³² Osmar Mendes Paixão Côrtes (2016, p. 2351) comenta, também, que “[...] Embora a intenção seja a de trazer estabilidade com a fixação da tese vinculativa (o que está em conformidade com os princípios do novo CPC), é sempre possível (muito embora não desejável a curto prazo e sem a mudança de condições sob as quais foi tomada a decisão vinculativa) que a tese seja revista [...]”.

¹³³ Importa referir – o que já fora comentado na pesquisa – que Luiz Guilherme Marinoni faz parte da doutrina que entende que o acórdão proferido em sede de incidente de assunção de competência não pode ser considerado precedente, pois, para ele, só há precedente quando a decisão é oriunda das “Cortes de Vértice”. Nesse sentido, esse doutrinador comenta que “[...] o que diferencia a revisão da decisão proferida em incidente de assunção de competência da revogação de precedente de Corte Suprema é a circunstância de que, no primeiro caso, há uma decisão que *esclarece* questão jurídica importante para a prestação jurisdicional no âmbito do tribunal, enquanto que, no segundo, há uma *ratio decidendi* que, ao *apontar o sentido* do direito, orienta a sociedade e regula os casos futuros em todo o território nacional. A tarefa de *esclarecer* questão de direito é

Mas a tese fixada só pode ser revisada mediante novos fundamentos, distintos daqueles discutidos anteriormente, pois evidentemente não haveria razão de alterar a tese firmada sem a apresentação de novas e relevantes razões. A vocação natural do incidente é a durabilidade (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 115-117).

A “revisão de tese” seguirá procedimento análogo ao da instauração do incidente, pois, afinal, é um “novo” incidente de assunção de competência (CPC, art. 986), podendo ser deflagrada pelo relator ou por qualquer dos outros legitimados que tenham participado do incidente anterior ou não (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 123)¹³⁴.

Há quem diga, no entanto, que a revisão da tese implicaria alteração da legitimidade, pois não haveria interesse dos participantes originários, ficando

[...] a cargo dos juízes ou relatores, de ofício ou, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, mediante requerimento, utilizando como base o artigo 947, parágrafo 1º. É admissível em outras demandas, com requerimento das partes destes suscitar a revisão da tese, nos mesmos casos possíveis para a revisão de forma oficiosa ou por requerimento. A revisão ao ser oficiada ou requerida deve ser encaminhada ao tribunal que realizou a estabilização da tese (LEMOS, 2015, p. 115-116).

É importante frisar que, em virtude do efeito vinculante, cabe reclamação diretamente para o tribunal sempre que a tese fixada não for observada pelos juízes e órgãos fracionários (CPC/2015, art. 985, § 1º). Pode-se dizer que a reclamação foi o mecanismo eleito pelo legislador para fazer valer, na prática, a força vinculante do acórdão na assunção de competência, evitando-se, assim, a fragilidade do instituto, como acontecia na vigência do revogado Código de Processo Civil¹³⁵.

muito mais modesta do que a de *apontar o sentido* do direito. Se todo tribunal deve esclarecer o direito para julgar os casos, apontar ou definir o sentido do direito é função reservada às Cortes Supremas. O impacto da revisão de uma decisão que esclareceu questão de direito é obviamente menor do que o da revogação de um precedente que atribui sentido ao direito. Pense-se nos valores da “confiança justificada” e da “vedação da surpresa injusta”, que podem ser violados diante da revogação abrupta de um precedente. Uma decisão que revoga precedente que orienta a sociedade não pode retroagir de modo a atingir aqueles que tinham motivos para ter confiança no precedente que estava em vigor na época em que os fatos do caso aconteceram. Revogação sem critérios pode significar “surpresa injusta”. É exatamente por isso que se pode admitir, ainda que em casos excepcionais, a manutenção dos efeitos do precedente para não se prejudicar aqueles que nele se pautaram” (MARINONI, 2016c, p. 12-13). Mas, como também já muito defendido, o entendimento adotado na presente pesquisa é que o acórdão em assunção de competência caracteriza-se como precedente, independentemente do tribunal prolator, de modo que, *a priori*, a distinção feita pelo jurista, na espécie, se mostra irrelevante.

¹³⁴ Nesse sentido, CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015. p.172.

¹³⁵ Vinícius Silva Lemos (2015, p. 115) diz que embora não haja previsão expressa no artigo 947, é claro que a reclamação tem cabimento na assunção de competência. Isto porque “[...] O intuito da reclamação é a

A nova legislação dá destaque à reclamação como instrumento para garantir a observância das decisões, inclusive no incidente de assunção de competência¹³⁶.

3.4 EFEITOS DA DECISÃO E COISA JULGADA

O acórdão no incidente de assunção de competência vincula todos os juízes e órgãos fracionários atrelados ao tribunal prolator (CPC, art. 947, § 3º), aplicando-se o disposto no artigo 985, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

A lei atribui expressamente aos juízes e aos tribunais o dever de manter a sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente” (CPC, art. 926) e de garantir a observância de acórdão proferido em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, sendo autorizada a reclamação (CPC, art. 927, III e 986, IV).

Como se vê, a lei prestigia fortemente o “microsistema de precedentes obrigatórios” (CÔRTEES, 2016, p. 2351), objetivando claramente a segurança jurídica e a celeridade na prestação da atividade jurisdicional¹³⁷.

A eficácia vinculante do acórdão proferido em incidente de assunção de competência justifica-se pela própria essência do instituto¹³⁸, destinado também a orientar a atividade

notória vinculação do decidido no julgamento por amostragem para a aplicação os casos afetados. Para o precedente criado pelo julgamento do incidente ter validade, não se tornar inócuo, necessária a sua utilização adequada diante da tese jurídica afetada e decidida. Sem a vinculação, ou o respeito à vinculação, não há validade do próprio procedimento. Por isto, a garantia de uma estabilidade na utilização do precedente criado pela decisão do incidente passa pela possibilidade da utilização da reclamação, deste sucedâneo recursal para possibilitar ao tribunal superior, enquadrar a aplicabilidade do precedente”.

¹³⁶ Nesse sentido, CAMACHO, Luciana da Silva Paggiatto. Assunção de Competência (artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil e artigo 959 do NCPC). **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 89, p. 127-138, jan./mar. 2015. p. 136 e PEREIRA, Fabrício de Souza Lopes. **Resolução de demandas repetitivas, ações coletivas e precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 229.

¹³⁷ Nesse ponto, Osmar Mendes Paixão Côrtes (2017, p. 547), assinala que “[...] a atribuição de efeito vinculante à decisão segue a diretriz adotada pelo novo CPC, de tentar impor cada vez mais a observância a decisões tomadas por órgãos de jurisdição superior [...]. Ressalte-se que a intenção da assunção de competência é [...] possibilitar que haja a pacificação de divergência entre órgãos do Tribunal ou a prevenção de que divergência surja, em questões de direito com elevado interesse social. [...] Vale repetir que o atual CPC tem uma linha mestra: mudar a antiga concepção subjetiva de julgamentos caso a caso e substituí-la, por racionalidade e segurança, por julgamentos de teses pelos Tribunais, evitando o acúmulo desnecessário de processos e o desrespeito às decisões pacificadas no âmbito das Cortes”.

¹³⁸ Nesse sentido, NOGUEIRA, Gustavo Santana. A recepção dos precedentes pelo Novo Código de Processo Civil: uma utopia? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 1-11, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2016. p. 3. É de se observar, nesse ponto, que esse caráter vinculativo acaba por eliminar dúvida eventualmente existente na vigência do Código de Processo Civil anterior, sobre o que verdadeiramente caracterizaria o temo “jurisprudência dominante”, expresso no artigo 557, *caput* e § 1º que permitia ao relator, monocraticamente, dar ou negar provimento a um recurso cuja decisão estivesse em consonância ou não com os julgados dos tribunais superiores. Isto acontecia porque o termo é indiscutivelmente vago e indeterminado, razão pela qual, como leciona Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 1), o

judicante, sem impedir o exame de cada caso concreto, pois, como adverte Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 73), “[...] *o juízo de adequação entre o precedente (tese de direito) e o caso superveniente não é só conveniente, é necessário e indispensável*” (grifo do autor).

Ao julgador cumpre acatar a força vinculante do acórdão em assunção de competência (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 63), sem prejuízo da interpretação para identificar a sua aplicabilidade no caso concreto. Na verdade, o legislador quis incorporar ao ordenamento jurídico, com adaptações, o sistema de precedentes da *common law*¹³⁹ e a doutrina do *stare decisis*¹⁴⁰.

No dizer de Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p. 1-3), “[...] O que efetivamente vincula num precedente é a *ratio decidendi*. Diz-se que a *ratio*, então, é uma proposição de direito necessária para a decisão”¹⁴¹. No atual Código de Processo Civil, o respeito ao precedente não é uma simples faculdade do julgador, mas sim uma obrigação legal¹⁴².

A propósito, Vinícius Silva Lemos (2015, p. 114) comenta que

[...] A própria existência do instituto de assunção de competência ressalta a importância da segurança jurídica e a estabilidade das decisões. Com isso, o julgamento realizado, o conteúdo específico sobre o incidente no acórdão serve de

problema estava em quantificar essa jurisprudência, “[...] a ponto de saber, com desejável grau de probabilidade de acerto, se se trata ou não de “dominante””. Note-se que, agora, no substituto artigo (CPC/2015, art. 932, IV e V), o legislador suprimiu a expressão “dominante”, estabelecendo, por exemplo, que o relator deve negar provimento ao recurso que for “contrário” às sumulas de quaisquer tribunais, aos acórdãos dos recursos repetitivos e aos acórdãos proferidos em sede dos incidentes de demandas repetitivas e assunção de competência, institutos, como já dito, destinados a trazer unicidade ao direito.

¹³⁹ Nesse sentido é o comentário de Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 75-76), para quem “[...] O método de precedentes é algo que se construiu lentamente na cultura anglo-americana, em função do sistema de equidade, cuja observância prescinde de autorização legislativa. Seus fundamentos mais significativos encontram-se nas garantias fundamentais de *igualdade e segurança jurídica*. [...] é claro que a cultura dos precedentes é mais antiga e mais elaborada no *common law*, o que permite importar do seu sistema alguns institutos básico, como, v.g., a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e a *distinção*, para introduzir em nosso ordenamento jurídico, com roupagem adequada, a *função normativa da jurisprudência*”. (grifo do autor)

¹⁴⁰ Conforme explica Gustavo Nogueira (2008, p. 2-5) a expressão “*stare decisis*” é abreviação da “*satate decisis et non quieta movere*” que quer dizer “mantenha-se a decisão e não altere o que está quieto”. Significa que a interpretação dada pela Suprema Corte em um dado caso é respeitada, de plano, pelos tribunais inferiores, isto é, dotado de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pouco importando a quantidade de pronunciamentos que existem no mesmo sentido. Evidentemente, como visto, quando o julgador entender que não é o caso de aplicar o precedente, a despeito da sua força vinculante, fará o *overruling* ou o *distinguishing*”. (grifo do autor)

¹⁴¹ A eficácia vinculante dos precedentes no sistema da *common law* segue a lógica da não surpresa, isto é, o jurisdicionado não pode ser surpreendido com uma decisão, pois ela é que irá determinar a conduta dos cidadãos em sociedade. Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 4-5) fala, então, em previsibilidade que decorre da “[...] Estabilidade, uniformidade e solidez [...]. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes. [...] A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja semelhante a outro, e decidido da mesma forma”. (grifo do autor)

¹⁴² Vinícius Silva Lemos (2015, p. 115) afirma que há uma “[...] imposição da utilização do precedente”.

base de aplicabilidade nos outros processos nesta matéria delimitada, conforme disposto no artigo 947, parágrafo 3º.

O primeiro efeito será, ao julgar os processos sobrestados na jurisdição do tribunal, aplicar o mesmo conteúdo da decisão. Após, quando houver mais processos futuro sobre a matéria, a decisão do incidente deve da mesma forma ser aplicada [...].

A vinculação do acórdão alcança tanto os órgãos fracionários quanto os juízes de primeiro grau subordinados ao tribunal¹⁴³. Daí falar-se, como visto, em efeito vinculante vertical e horizontal. Nas palavras de Michele Taruffo (2007, p.178),

[...] Si parla, tuttavia, anche di precedente orizzontale, per indicare la forza persuasiva che un precedente può avere rispetto agli organi giudiziari che appartengono allo stesso livello di quello che há pronunciato la prima decisione. Il precedente orizzontale può certo avere qualche forza persuasiva, Che pero tende ad essere inferiore di quello del precedente verticale, sai perché non può trattarsi della corte suprema Che è única, sai perché tra organi dello stesso livello non vi è – almeno *a priori* – alcuna differenza di autorità.

O acórdão vincula tanto o próprio tribunal que julgou o incidente (eficácia horizontal) quanto os órgãos judiciais hierarquicamente inferiores, inclusive outros tribunais (eficácia vertical)¹⁴⁴. Assim, acórdão do Supremo Tribunal Federal vincula a própria Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça, os tribunais inferiores e os juízes do país inteiro. Quando oriundo do Superior Tribunal de Justiça, vincula os tribunais de segundo grau, estaduais e federais. Acórdão dos tribunais ordinários tem efeito vinculante para os demais órgãos do próprio tribunal e para os juízes de primeiro grau a ele subordinados¹⁴⁵.

Como visto no primeiro capítulo, um precedente vinculante produz essa eficácia tanto pela sua fundamentação quanto pela parte dispositiva. Assim, os limites objetivos da eficácia vinculante do acórdão em incidente de assunção de competência não se restringem à parte dispositiva do acórdão, compreendendo também a sua fundamentação. Daí por que se exige no julgamento do incidente uma fundamentação robusta, exaustiva e coerente. Só por

¹⁴³ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, P. 1876), no ponto, assinalam que “[...] A decisão proferida com vistas a prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal vincula apenas esses órgãos, que deverão seguir o entendimento firmado pelo órgão competente para tanto. Porém, caso o julgamento dê causa à modificação de jurisprudência pacificada (CPC, 927, §§ 2º e 4º), a vinculação se estenderá conforme o disposto no CPC 927”.

¹⁴⁴ Nesse sentido, LEMOS, Vinicius Silva. O Incidente de Assunção de Competência: o Aumento da Importância e sua Modernização no Novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 106-116, nov./2015.

¹⁴⁵ Sendo mais específico: se o acórdão vier dos tribunais regionais federais os órgãos fracionários e juízes abrangidos naquela respectiva região serão atingidos pela eficácia vinculante, isto é, se, por exemplo, originário do Tribunal Federal Regional da 4ª Região, o próprio TRF4 e os juízes do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, deverão obediência ao acórdão. Se oriundo dos tribunais de estado, então, somente os órgãos fracionários e juízes do respectivo Estado estarão vinculados.

meio da fundamentação, ou seja, da *ratio*, será possível identificar a semelhança dos casos que comportam a mesma solução jurídica. Relembre-se, todavia, que apenas os motivos determinantes da fundamentação serão vinculativos. Eventuais *obiter dicta* (parte das razões de decidir que não se mostram significativas nem relevantes para o deslinde da causa)¹⁴⁶ não produzem qualquer efeito.

A eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* do acórdão proferido em assunção da competência têm base no artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil. Porém, por aplicação subsidiária do artigo 985, incisos I e II, a tese fixada no incidente será aplicável a todos os casos individuais ou coletivos, presentes e futuros. Isso significa que juízes e órgãos fracionários estão impedidos de decidir contrariamente ao que restou fixado no incidente; e todos quantos se encontrarem submetidas à jurisdição do tribunal, com seus processos suspensos ou em futuras demandas discutindo a mesma relevante questão de direito, serão igualmente afetados pelo acórdão da assunção de competência.

Tem-se indagado se o efeito *erga omnes* equivale à coisa julgada *erga omnes* e se essa cobriria o acórdão no incidente de assunção de competência, tendo em vista que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, a doutrina majoritária sustenta haver coisa julgada *erga omnes*.

Vale observar que a concepção tradicional limitava a coisa julgada à questão principal, ao pedido propriamente dito¹⁴⁷, excluindo a motivação das decisões e as questões prejudiciais. O atual Código de Processo Civil incluiu expressamente na coisa julgada as questões prejudiciais, isto é, questões que precisam ser resolvidas antes do próprio mérito da ação¹⁴⁸. Tornou-se desnecessária a ação declaratória incidental. Agora, a coisa julgada cobre a

¹⁴⁶ Em apertadíssima síntese, é o que explica MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 918, p. 1-36, abr./2012. p. 21-24. Disponível em: <[http://: www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 21 fev. 2017.

¹⁴⁷ Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1430) explica que “[...] existem muitas outras teorias sobre o objeto do processo que entendem que o mérito é mais que apenas o pedido. Algumas teses querem estendê-lo à causa de pedir; outras aos contradireitos exercitados pelo réu [...]; outras ainda orientam o objeto do processo finalisticamente para o escopo da tutela. [...] Mas, no Brasil e no estrangeiro prevaleceu amplamente a tese de Karl-Heinz Schwab no sentido de que o objeto do processo é somente o pedido. E isso impacta a compreensão dos limites da coisa julgada”.

¹⁴⁸ A doutrina explica que normalmente se entende por questão preliminar aquela relacionada ao direito processual e por questão prejudicial à referente ao direito material. No entanto, existem controvérsias sobre esses conceitos, porquanto, o termo “preliminar”, naturalmente significa que se trata de questão a ser analisada antes da questão principal, não dizendo absolutamente nada sobre o seu conteúdo. Por exemplo, quando se fala em prescrição – que pertence ao mérito do processo e, portanto, não seria uma questão prévia – identifica-se como uma questão preliminar que evidentemente não é processual, é questão preliminar de mérito (CABRAL, 2016, p. 1431).

decisão sobre a questão prejudicial (inciso I)¹⁴⁹, desde que tenha havido prévio e efetivo contraditório, não se aplicando no caso de revelia (inciso II)¹⁵⁰ e desde que o mesmo juízo tenha competência em razão da matéria e possa resolvê-la como questão principal (inciso III)¹⁵¹.

Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1432) esclarece que a finalidade é

[...] evitar vinculações-surpresa. É que, para a questão principal, o tão só fato de ter sido formulado pedido já permite às partes prever que aquele tema poderá ser acobertado pela coisa julgada. Nas prejudiciais, como a formação da *res iudicata* depende das condições do debate concretamente verificadas, o litigante poderia ser surpreendido, ao final do processo, por uma vinculação que talvez não tivesse querido voluntariamente assumir. Pois bem, os pressupostos do art. 503, § 1º, do CPC/2015 servem para esta finalidade: exigir que o debate tenha sido desenvolvido em condições tais que possam tranquilamente levar à conclusão de que as partes engajaram-se voluntariamente na discussão do tema de forma ampla e exaustiva.

Resumindo, a coisa julgada, da forma como posta na nova legislação processual civil, encobre tanto o dispositivo da sentença ou acórdão quanto a decisão das questões prejudiciais, desde que satisfeitas as cautelas legais.

Apesar de tudo, no caso do incidente de assunção de competência – em que pese configurar-se como verdadeira questão prejudicial – não se pode falar em coisa julgada do

¹⁴⁹ Explica Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1433) que, nesse caso, “[...] deve-se considerar não uma dependência típica (o exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse material correspondente à questão de mérito é composto pela *fattispecie* da prejudicial), mas sim a *dependência lógica*: a questão prejudicial deve ser um passo não só relevante, mas *necessário* para a construção do raciocínio do juízo para concluir a respeito do pedido. A coisa julgada poderá atingir a prejudicial mesmo que existam vários fundamentos concorrentes para se concluir sobre o pedido, desde que se possa verificar, em concreto, o seu condicionamento para o resultado sobre a questão principal”. (grifo do autor)

¹⁵⁰ Segundo Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1434), “[...] Trata-se de dispositivo de grande avanço científica. O contraditório, além de ser uma pedra de toque do processo contemporâneo, é também o ponto nodal de qualquer sistema de estabilidades. De fato, [...] tendo havido uma oportunidade de debater ampla e efetivamente um tema no processo judicial, não se justifica a repetição da discussão. Assim, o contraditório passa a ser compreendido como um dos principais vetores para a formação de qualquer estabilidade processual e também da coisa julgada. Portanto, se a prejudicial foi alegada em poucas linhas pelo autor, não foi abordada pelo réu em seus arrazoados, tampouco houve consideração desta questão por parte do juiz, não se pode falar que tenha havido contraditório efetivo, compreendido o contraditório como a possibilidade de influir, condicionar eficaz e colaborativamente a formação da decisão. Com esse propósito, a lei exclui expressamente a extensão da coisa julgada as prejudiciais quando tiver havido revelia [...]”. Não há espaço, aqui, para falar profundamente da coisa julgada na atual legislação processual. Porém, apenas para conhecimento, esse doutrinador discorda da exclusão da revelia na incidência da coisa julgada, ao argumento de que o contraditório é, em uma de suas facetas, faculdade das partes, de modo que se a questão prejudicial foi minuciosamente detalhada pelo autor e considerada do mesmo modo pelo julgador, não haveria porque excluí-la da coisa julgada.

¹⁵¹ Seguindo no raciocínio de Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1435) esse requisito “[...] é muito importante porque, caso assim não fosse estabelecido no CPC, poder-se-ia formar coisa julgada sobre uma questão prejudicial debatida amplamente e em contraditório perante um juízo incompetente para apreciar aquela mesma questão *principaliter*, o que poderia ser usado como forma de burlar a lei [...]”.

acórdão. A decisão do incidente produz eficácia vinculante *erga omnes*, mas não coisa julgada.

Quanto à fundamentação, nada mudou, embora essa questão tenha sido objeto de acesa discussão doutrinária, chegando parcela da doutrina a sustentar que a fundamentação integraria o *decisum*¹⁵². O legislador optou por excluir a fundamentação da coisa julgada, como se depreende do artigo 504 do Código de Processo Civil¹⁵³.

Antônio do Passo Cabral (2013, p. 355-356) observa que, em muitos casos, a parte dispositiva não é clara ou não traz qualquer conteúdo explicativo. E isso é um problema que fica agravado nos casos de improcedência, quando a parte final da decisão raramente inclui os motivos que determinaram tal solução ou quando o magistrado “[...] efetivamente decide *enquanto* fundamenta, aponto parcelas da sua conclusão onde formalmente está a motivação, sem “retomar” ou reproduzir as conclusões externadas ao redigir o dispositivo”.

Diferentemente da coisa julgada, no acórdão em assunção de competência, o que gera a eficácia vinculante é justamente a fundamentação, a sua *ratio*, os motivos determinantes da decisão. Sem isso, o incidente de assunção de competência não forma um autêntico precedente vinculante. No máximo, poder-se-ia atribuir eficácia persuasiva ao acórdão.

Além dos limites objetivos, existem os limites subjetivos da coisa julgada. No Código de Processo Civil de 1973, a coisa julgada alcançava apenas as partes litigantes, “não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (art. 472). No entanto, o artigo 506 do Código atual estabelece que a coisa julgada não prejudicará terceiros – nada dispondo sobre eventual benefício para terceiros.

Diante disso, parte da doutrina sustenta que, se for para beneficiar, a coisa julgada pode atingir terceiros, isto é, “[...] se o conteúdo estabilizado pela coisa julgada for favorável ao terceiro, este pode se valer da coisa julgada e pretender que a questão se mantenha indiscutível a seu favor” (CABRAL, 2016, p. 1447)¹⁵⁴. Nos dizeres do processualista (2016, p. 1447), “[...] Trata-se de coisa julgada *in utilibus* para terceiro”.

¹⁵² Nesse sentido, CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: juspodvium, 2013. p. 355-357.

¹⁵³ Antônio do Passo Cabral (2013, p. 441), ao falar sobre a coisa julgada, utiliza muitas vezes a expressão “esquema argumentativo”, parecendo ser um dos juristas que defende a ideia de incluir a fundamentação na coisa julgada.

¹⁵⁴ Antônio do Passo Cabral (2016, p. 1447) comenta que se trata de uma mudança ao mesmo tempo elogiável e criticável. Elogiável porque permite estender a coisa julgada a terceiros quando for para beneficiá-

Essa inovação não tem maior significado para o acórdão no incidente de assunção de competência, que produz apenas coisa julgada *inter partes*, diferentemente do que acontece no incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁵⁵.

A doutrina sustenta que, no incidente de assunção de competência, como também haverá julgamento do mérito, a coisa julgada só pode ter eficácia *inter partes*. O efeito vinculante *erga omnes* (CPC, art. 947, § 3º) não se confunde com coisa julgada¹⁵⁶ que diz respeito à imutabilidade da decisão. No incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, justifica-se a coisa julgada *erga omnes*, pois “[...] Se a questão é a mesma, a decisão será, inapelavelmente, aplicada em todos os casos pendentes [...]” (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 42). A coisa julgada *erga omnes* no incidente de resolução de demandas repetitivas é decorrência da participação no procedimento dos terceiros que serão afetados pelo acórdão (MARINONI; MITIDIERO, 2016a, p. 29).

los, “[...] mas criticável porque vai na contramão da tendência mundial ao não permitir, em nenhuma hipótese, que a coisa julgada possa terceiros [...]. A regra legal do novo CPC é boa porque, afinal, se é o contraditório o vetor para definir a limitação subjetiva da coisa julgada, seria natural imaginar que um terceiro que não participou do processo não deve ser atingido pela proibição decorrente da coisa julgada rediscutir as questões decididas no processo *inter alia*. [...] essa proibição existe para que ele não seja prejudicado, ou seja, a limitação subjetiva da coisa julgada funciona como uma *proteção ao terceiro não participante*”.

¹⁵⁵ Em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a doutrina sustenta que quando o artigo 985, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o acórdão será aplicado a todos os processos pendentes e futuros, está na verdade, impedindo o jurisdicionado de rediscutir questão já decidida, circunstância que se mostraria indispensável para que seja possível resolver um grande número de casos a um só tempo. Sendo assim, grande parte dos juristas afirma, embora com críticas, que a decisão gera coisa julgada *erga omnes* sobre a questão repetida em múltiplos processos, independentemente do seu resultado final. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2016a, p. 28-29) assim comentam: “[...] A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, do CPC/2015); vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir ou rediscutir questão já decidida. Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, sibmetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui **nítida proibição de relitigar a questão já decidida**, que nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, **assemelha-se a um inusitado e ilegítimo collateral estoppel**. Assim, na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes”. Ainda segundo eles, “[...] o incidente de resolução, se bem visto –, é uma técnica processual absolutamente atrelada à coisa julgada em benefício de terceiros. Veja-se que tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir a coisa julgada em benefício de todos os seus adversários, pode requerer a instauração do incidente: i) para que a questão de todos seja discutida em processo conduzido por representante adequado que efetiva e, vigorosamente, defenda os direitos e ii) para que a questão de direito não venha a ser discutida e decidida, inúmeras vezes, sempre com a possibilidade de produzir coisa julgada em benefício de terceiros. De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada, em benefício de terceiros, possa gerar abusos”.(grifos nosso)

¹⁵⁶ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 926 ao 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 248-249.

Luiz Guilherme Marinoni (2016c, p. 8) esclarece que a eficácia vinculante do incidente de assunção de competência pode ser explicada pela “qualidade” da questão de direito, que deve ser relevante e ter grande repercussão social. Na assunção de competência, não se decide diretamente sobre o bem da vida, razão pela qual não haveria necessidade da coisa julgada *erga omnes*.

Ainda segundo Marinoni (2016c, p. 9), o incidente de assunção de competência está inserido no rol dos institutos jurídicos destinados a dar sentido ao direito, o acórdão proferido interessa à sociedade em geral e não apenas às partes litigantes. Mais uma razão para não se falar em coisa julgada *erga omnes*.

Concluindo, há duas razões principais para não reconhecer a coisa julgada *erga omnes* na decisão do incidente de assunção de competência: a primeira, porque o instituto visa trazer unidade ao direito; a segunda, porque o acórdão julga o mérito do recurso, do reexame necessário ou da ação de competência originária, *inter partes*.

Portanto, na assunção de competência há eficácia vinculante *erga omnes* e a coisa julgada *inter partes*. Na visão de Marinoni e Mitidiero (2016, p. 263-264), isso

[...] nada tem a ver com a função de desenvolvimento do direito, peculiar às Cortes Supremas. A razão destas decisões é simplesmente esclarecer a questão de direito para efeitos das demandas próprias à circunscrição do tribunal. O precedente que define o sentido do direito, emitido pelas Cortes Supremas, orienta a vida em sociedade e regula casos futuros. Não é pensado para casos dotados de questões idênticas que estão para ser resolvidos ou ainda podem ser apresentados para julgamento.

Por isso mesmo, a eficácia das decisões do incidente de assunção e do incidente de resolução, assim como dos precedentes das Cortes Supremas, são distintas e peculiares.

Não é objetivo das “Cortes de Vértice” resolver conflitos, razão pela qual o precedente gera vinculação da ordem jurídica, não coisa julgada (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 261-263).

No entanto, como defendido nesta pesquisa, o acórdão em assunção de competência forma precedente vinculante independentemente do grau de jurisdição em que proferido. Considerando os efeitos da decisão, pouco importa se o incidente de assunção de competência configura jurisprudência uniforme ou precedente vinculante, porque a sua função primordial é “esclarecer a questão de direito” (utilizando as exatas palavras dos citados doutrinadores) e, nessa medida, não é preciso mais que a eficácia vinculante *erga omnes*.

Sublinhe-se: o acórdão que julga o incidente de assunção de competência é dividido em duas partes, uma decide o incidente em si e a outra resolve o mérito da causa. Assim, não há dúvida de que o acórdão produz tão somente coisa julgada *inter partes*, pela singela razão de que “cada caso é um caso”. Por outro lado, apenas a parte que julga o incidente em si tem eficácia vinculante *erga omnes* e, nessa parte, não há falar em coisa julgada.

A eficácia vinculante *erga omnes* resulta da própria essência do incidente de assunção de competência, que visa a orientar a vida em sociedade a partir da tese firmada. É por isso que o acórdão impedirá a propositura de novas demandas que versarem sobre a mesma relevante questão de direito, seja pelas partes integrantes do processo principal, seja pelos terceiros. Por causa da eficácia vinculante *erga omnes* da relevante questão de direito, o juiz poderá julgar liminarmente improcedente o pedido (CPC/2015, art. 332, III), extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do novo diploma processual civil.

Esse entendimento tem respaldo na doutrina de Cláudia Aparecida Cimardi (2015, p. 299), para quem

[...] O acórdão resultante do julgamento de um recurso submetido à técnica da assunção de competência se configura em decisão qualificada, pois originada de mecanismo voltado exatamente à fixação da tese que deve prevalecer, ou seja, da interpretação da questão de direito considerada pelo órgão colegiado competente como o entendimento correto. Sob a regulamentação do Código de Processo Civil de 1973, o acórdão resultante do julgamento da assunção de competência **deve ser considerado precedente condutor** que, entretanto, não tem força vinculante quanto aos demais órgãos do mesmo tribunal, mas que não pode ser afastado sem que haja razões jurídicas que devam ser levadas em consideração. O Código de Processo Civil de 2015 amplifica a força da incidência da tese fixada no acórdão resultante do julgamento realizado em assunção de competência, **impondo-o como obrigatória em grau máximo**. (grifo do autor e nosso).

É verdade que, como se vem defendendo, os terceiros juridicamente interessados têm participação ativa no incidente de assunção de competência. Mas isso não os equipara à figura de assistentes, sujeitos “aos mesmos ônus processuais que o assistido”, de acordo com o disposto nos artigos 121, *caput*; 123, *caput* e incisos I e II. Para fins do incidente de assunção de competência, os terceiros juridicamente interessados integram uma categoria *sui generis*, que não é atingida pela coisa julgada, mas é submetida à eficácia vinculante do acórdão.

A nova legislação processual civil tornou indispensável a observância do contraditório “[...] para autorizar a recepção por terceiros de efeitos do provimento judicial. Ninguém, afinal, pode admitir que alguém seja obrigado a sujeitar-se a efeitos de ato estatal,

sem que seus interesses tenham sido devidamente protegidos no processo” (ARENHART, 2014, p. 203-204), de modo que até se poderia cogitar de coisa julgada *erga omnes* no acórdão que julga o incidente de assunção de competência:

[...] Mais modernamente, aliás, talvez até o receio de que a coisa julgada atinja situações jurídicas de terceiros possa ser superado. Diversos mecanismos foram introduzidos na legislação pátria, que demonstram se está caminhando para, em última análise, admitir que a coisa julgada atinja terceiros, cada vez com maior amplitude (ARENHART, 2014, p. 201-202).

Mas como o legislador fez por atribuir eficácia vinculante para casos futuros, atingindo, portanto, pessoas que não participaram do processo e nem sabiam da sua existência, parece forçoso reconhecer que não é possível cogitar de coisa julgada *erga omnes* no incidente de assunção de competência.

O acórdão, assim, produz tão somente coisa julgada *inter partes* porque julga também a causa posta em juízo; mas certamente possui eficácia vinculante *erga omnes* porque a tese fixada será de observância obrigatória na solução dos casos pendentes e de eventuais casos futuros.

Cabe indagar, neste ponto, se a eficácia vinculante *erga omnes* não implicaria ofensa ao direito de ação, pois, como visto, casos sucessivos poderão ser julgados liminarmente improcedentes quando o pedido contrariar a tese firmada na assunção de competência, extinguindo-se o processo com resolução do mérito (CPC/2015, art. 332, III c/c 487, I).

O direito de ação, como sabido, é a garantia fundamental do cidadão, constitucionalizada no ordenamento jurídico brasileiro apenas na Constituição de 1946. A partir da Carta Política de 1988 consolidou-se o entendimento de que, para além do direito de acesso à justiça e de ter a resolução do caso propriamente dita, o cidadão tem o direito à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, justa, com as técnicas processuais necessárias¹⁵⁷.

Assim, o direito de ação não é simplesmente o livre acesso à justiça, mas contém o respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, à fundamentação das decisões judiciais, etc. Na atual legislação processual civil todas essas características foram postas em posição de destaque.

¹⁵⁷ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). **Revista dos tribunais**, Porto Alegre, v. 873, jul. 2008, p. 1-16. Disponível em: [http://: <www.revistadostribunais.com.br>](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 19 out 2017, p. 2-5.

Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 152-153) aponta que, à primeira vista, a força obrigatória do precedente ofenderia o direito de ação porque nenhum jurisdicionado deveria ficar vinculado a precedentes nos quais não teve participação. No entanto, ressalta que

[...] o precedente é sempre revogável. Ademais, cabe sempre ao juiz analisar a adequação do precedente ao caso concreto, devendo demonstrar, quando for a hipótese, a distinção do caso que está em suas mãos diante daquele que deu origem ao precedente, ou mesmo evidenciar que a regra jurídica definida no precedente não se aplica ao caso que deve julgar.

Portanto, bem vistas as coisas, o que se deseja, através dessa visão de acesso à justiça, é o direito a um julgamento descomprometido com o próprio Poder Judiciário – ou, mais exatamente, um juiz sem responsabilidade diante do Poder de que faz parte.

Esquece-se, ao que parece, que o Judiciário, em um Estado de Direito, obriga-se consigo mesmo ao decidir. [...] Ao decidir, o juiz irremediavelmente obriga-se diante de outras partes, em iguais condições. Isso significa que, quando as Cortes Supremas definem o significado de uma norma legal ou uma questão jurídica, o Judiciário está inquestionavelmente obrigado a decidir de acordo com o precedente.

Assim, a vinculação aos precedentes, ao invés de negar, fortalece o direito de acesso à justiça. Ora, não há como admitir decisões várias e contraditórias a um mesmo caso; a previsibilidade e a estabilidade são imprescindíveis. A previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a solução díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário.

De outro lado, o respeito aos precedentes elimina despesa, o tempo e todos os transtornos advindos de uma litigiosidade desnecessária, como é aquela que obriga a parte, cujo direito é respaldado no precedente, a interpor recurso para ter o seu direito efetivamente tutelado. Afinal, **se existe algo que viola o direito de acesso à justiça, o seu lugar está na imposição do ônus de a parte, desnecessariamente, litigar para ter o seu direito protegido. Isso viola, de forma inocultável, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo.** (grifo nosso)

Por tais motivos, o entendimento firmado no presente estudo é no sentido de que o incidente de assunção de competência não ofende o direito de ação.

3.4.1 A (In)Constitucionalidade do Incidente de Assunção de Competência

Poder-se-ia pensar, ainda, na inconstitucionalidade do incidente: a um, pela eficácia vinculante *erga omnes* do acórdão, independentemente do grau de jurisdição em que proferido; a dois, pelo legislador ter estabelecido o deslocamento da competência, afastando o caso do seu “juízo natural”; e a três, pela supressão de instância decorrente da suspensão de todos os processos versando sobre a mesma relevante questão de direito, sem possibilidade de seguir com as ações individuais, como acontece, por exemplo, no caso das ações coletivas.

Em relação ao primeiro aspecto, conforme observa Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 235), parcela da doutrina inclina-se a ver inconstitucionalidade no incidente, sustentando que a eficácia vinculante *erga omnes* “[...] teria característica de abstração, comum às leis, permitindo, então, que o Poder Judiciário estabelecesse normas gerais”.

Já os que reconhecem a constitucionalidade, argumentam que o acórdão apenas consagra a melhor interpretação sobre determinada relevante questão de direito que já existe, procurando dar um sentido único à norma regularmente criada pelo legislador. Não se trata, portanto, de instituir “nova” lei, mas tão somente de unificar a jurisprudência¹⁵⁸.

Daí porque, na opinião de Fabrício de Souza Lopes Pereira (2017, p. 229-230),

[...] não há falar em inconstitucionalidade, mas ao contrário, trata-se de inovação do direito brasileiro que se coaduna perfeitamente com nossa Carta Magna. A tese fixada pelo tribunal [...] tem eficácia *erga omnes* dentro de sua jurisdição, não se aplicando apenas aos casos presentes (processos em tramitação), mas também aos casos futuros, igualando-se aos precedentes vinculantes.

[...]

Essa vinculação [...] decorre [...] também devido ao fato de o novo Código de Processo Civil ter garantido uma ferramenta de preservação da autoridade da decisão do tribunal [...].

O incidente de assunção de competência foi concebido como ferramenta para inibir a disparidade nas decisões judiciais sobre idênticas questões de direito, o que gera insegurança jurídica, afronta a isonomia e contribui para a morosidade na tramitação dos processos.

Bem por isso, a doutrina parece reconhecer a constitucionalidade do instituto, destacando que o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal deve ser “[...] referência ao Direito como um todo, compreensivo da norma legal e dos demais meios integrativos e complementares [...]” (MANCUSO, 2016a, p. 302).

Ademais, o incidente de assunção de competência tem por objeto uma relevante questão de direito, com grande repercussão social ou com necessidade de compor ou prevenir divergências de interpretações, não sendo razoável pensar numa eficácia vinculante apenas *inter partes*, contemplando passivamente a proliferação de demandas, as decisões contraditórias e a interminável interposição de recursos.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016a, p. 146) pondera que

¹⁵⁸ Nesse sentido, PEREIRA, Fabrício de Souza Lopes. **Resolução de demandas repetitivas, ações coletivas e precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 235.

[...] essa notável irradiação da eficácia do acórdão [...] se explica por conta da baixa *performance* revelada pelo incidente de uniformização da jurisprudência no âmbito do CPC/1973 (não recepcionado pelo novo CPC), porque, embora aquele incidente pudesse resultar na emissão de súmula que constituiria “precedente na uniformização da jurisprudência” – art. 479 – fato é que ele veio a ter parca utilização, mormente ante o entendimento de que sua instauração era deixada à livre discricção dos tribunais [...].

Há quem entenda, por outro lado, que a uniformização da jurisprudência traz apenas uma falsa sensação de isonomia, porquanto,

[...] em um mundo globalizado, no qual as informações são transmitidas em tempo real, pode-se imaginar que as transformações sociais também acontecem em tempo real e que os fatos sociais são cruciais para que os direitos lhes acompanhem e não o contrário, ou seja, a norma jurídica é que deve acompanhar o fato.

A partir do momento em que a norma jurídica possui uma interpretação com *status* imutável e de aplicabilidade geral, como no caso da uniformização a jurisprudência, independentemente de sua compatibilidade com o fato concreto, estar-se-á diante de uma desigualdade de condições e tratamento, visto que as partes da ação judicial superveniente não terão a mesma oportunidade de formação do provimento jurisdicional em razão da aplicabilidade da decisão paradigma construída pelos interessados da ação originária do incidente processual (PIMENTEL; VELOSO, 2013, p. 75).

Cumprido lembrar que, embora tenha força vinculante, a parte interessada em casos futuros não está impedida de demonstrar que o precedente não se aplica à sua situação, utilizando as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*¹⁵⁹.

É forçoso admitir que, entretanto, a eficácia vinculante *erga omnes* para processos futuros efetivamente arranha as garantias constitucionais, pois “[...] não há como imaginar que uma decisão – ato de positividade do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram a oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas [...]” (MARINONI, 2016a, p. 47).

Em contrapartida, Luiz Guilherme Marinoni (2016a, p. 47) ressalta que

[...] a invalidade constitucional de um procedimento é resultado extremo, que deve ser evitado quando se pode corrigi-lo de modo a dar-lhe legitimidade constitucional. Admitindo-se que o julgador cometeu um equívoco, ou seja, que não quis excluir a possibilidade de participação indireta do litigante, porém apenas se esqueceu de regulá-la, há como aceitar a possibilidade de a doutrina e os tribunais, mediante interpretação, corrigirem o desvio do legislador, evitando-se, assim, a simples proclamação da invalidade ou da inconstitucionalidade do incidente, cuja repercussão sobre o novo sistema processual certamente não seria boa.

¹⁵⁹ É que o observa Luiz Guilherme Marinoni (2016a, p. 177) ao dizer que “[...] Quando se fala em revisão de decisão proferida em incidente de assunção de competência [...], aponta-se para a possibilidade de qualquer litigante, mediante argumentação, demonstrar que a decisão e o precedente, respectivamente, estão a merecer revisão e revogação. Nestes casos não importa a regra do deduzido e do dedutível. Importa, em verdade, determinar a partir de que perspectiva a decisão e o precedente podem ser questionados”.

Considerando que o julgamento do incidente pressupõe análise aprofundada e exaustiva da relevante questão de direito; que é assegurada a participação de todos os interessados, inclusive do Ministério Público e do *amicus curiae*; que a aplicação do precedente também será precedida de minuciosa avaliação da sua semelhança jurídica com o caso sucessivo, não há por que ver inconstitucionalidade na assunção de competência.

O afastamento do “juízo natural” da causa (MARINONI, 2016a, p. 164) igualmente não parece constituir problema constitucional, pois a competência do órgão colegiado soberano também está prevista na lei, cabendo-lhe

[...] definir o modo como a cláusula geral deve ser aplicada diante de determinada circunstância específica que se repete em casos similares. Só o respeito aos precedentes [...] pode deixar claro que a cláusula geral destina-se a dar ao Judiciário poder de elaborar norma de aplicação geral, ainda que atenta a uma circunstância específica insuscetível de ser definida à época da edição do texto legal. A norma judicial derivada da técnica legislativa das cláusulas gerais, não obstante considere uma circunstância que surge no caso concreto, deve ter caráter universalizante [...], na medida em que não terá racionalidade caso não possa a casos futuros marcados pela mesma circunstância.

Recorde-se que, no incidente de assunção de competência, caberá ao órgão originariamente competente e ao órgão definido competente pelo regimento interno do tribunal para o julgamento dos casos, a tarefa de justificar a existência de questão de direito com grande repercussão social. O órgão que assume a competência [...], também tem a obrigação de reconhecer que há um caso revestido de questão de direito com grande repercussão social [...].

Ambos os órgãos devem justificar as razões pelas quais entendem que a questão de direito envolvida no caso tem “grande repercussão social”. A racionalidade da justificativa é imprescindível para permitir o controle e a legitimidade da assunção de competência (MARINONI, 2016a, p. 166-167).

Alguns se preocupam com a supressão de instância decorrente da suspensão de todos os processos que estejam tramitando no âmbito da jurisdição do tribunal (CPC/2015, art. 982, I), muitos sem exaurimento da fase de cognição¹⁶⁰, lembrando que

[...] o duplo grau de jurisdição tem por base minimizar a incidência de erros que podem envolver os provimentos jurisdicionais em virtude de que os recursos serão analisados por um colegiado, na maioria das vezes, o que por si só aumenta as chances de se cancelar uma decisão mais equânime, apesar de que não há qualquer garantia de acerto.

A supressão do duplo grau de jurisdição reduz o campo de atuação dos interessados diretos na construção do provimento judicial, o que por si só é capaz de inibir a fiscalidade ampla e irrestrita que deve envolver as decisões judiciais e, conseqüentemente, retira o substrato democrático do discurso de deliberação, único

¹⁶⁰ Nesse sentido, PIMENTEL, Guilherme Gomes; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 86, nov./dez 2013. p. 57-80, p. 71.

meio capaz de garantir o manto da legítima produção jurídica (PIMENTEL; VELOSO, 2013, p. 71-72).

A suspensão dos processos retiraria do juiz singular “[...] o conhecimento da matéria de direito e, por via lógica, desnatura o significado que se dá ao princípio institutivo do duplo grau de jurisdição, uma vez que o incidente será apreciado segundo entendimento já consolidado pelo órgão superior [...]”, com ofensa ao livre convencimento do juiz (PIMENTEL; VELOSO, 2013, p. 72).

No entanto, não se pode esquecer que a principal finalidade do incidente é

[...] tutelar a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais. E aos cidadãos a definição dos seus direitos e deveres, com o fim de favorecer o desenvolvimento igualitário e racional de uma dada comunidade política.

A este argumento objetivo a favor da função pública, podemos adicionar outro, de caráter nitidamente social e ético, à medida que os precedentes influenciam diretamente na vida dos cidadãos.

O tratamento uniforme dispensado pela jurisprudência na resolução dos casos concretos (com olhos voltados para o futuro) tem como consequência a previsibilidade dos resultados das decisões judiciais, de um lado, e a confiança justificada nos cidadãos e atores sociais quanto à consequências jurídicas de suas ações, de outro, consequência esta que se faz imprescindível para a criação de um ambiente econômico favorável (PEREIRA, 2014, p. 153-154).

Como se percebe, há argumentos sólidos a favor e contra a constitucionalidade do incidente de assunção de competência. A doutrina ainda não está pacificada, mas, como bem observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2016a, p. 26-27),

[...] para que a almejada *igualdade de todos perante a lei* (CF, art. 5º, *caput*) seja efetiva e operante e não apenas teórica ou principiológica, [...] impende dotar o processo civil de instrumentos capazes de oportunizar a oferta de respostas jurisdicionais iguais a situações iguais, a fim de que a norma legislada não perca seu maior atributo – a aplicação isonômica – quando vem a ter sua passagem judiciária.

[...]

É dizer, longe de atritar os princípios constitucionais [...] a força obrigatória do acórdão em IRDR (e aqui, leia-se, em assunção de competência) permite, em verdade, que tais preceitos fundamentais se realizem em sua máxima extensão e integralidade, sob uma leitura atualizada e contextualizada (MANCUSO, 2016a, p. 27-28). (grifos nosso)

Como visto ao longo deste trabalho, o incidente de assunção de competência, muito mais do que objetivar a diminuição de demandas que versam sobre uma mesma relevante questão de direito, visa a promover uma jurisprudência íntegra e coerente. Nesse contexto, tudo está a indicar que não há ofensa do direito fundamental de ação, ao juiz natural, ao

devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à celeridade, à segurança jurídica, à isonomia, etc.

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

O novo Código de Processo Civil foi pensado e estruturado para minimizar um dos mais graves problemas do sistema jurídico brasileiro: a proliferação de demandas muito semelhantes entre si e as disparidades das decisões judiciais, que acabam gerando insegurança jurídica e morosidade processual, além do incentivo à interposição de recursos.

A fim de combater essa dificuldade, foram criados diversos mecanismos para uniformizar a jurisprudência dos tribunais e, por via oblíqua, garantir a celeridade processual, a isonomia, a segurança jurídica, concretizando, no mundo dos fatos, os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Com tais objetivos essenciais o novo Código de Processo Civil instituiu o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, além de aprimorar os recursos especial e extraordinário repetitivos. Na verdade, o incidente de assunção de competência não constitui bem uma inovação, porquanto já havia previsão similar no revogado Código de Processo Civil (arts. 476 e seguintes, e art. 555, § 1º). O novo Código de Processo Civil promoveu a reunião das antigas uniformização de jurisprudência e assunção de competência num único instituto, dando-lhes uma nova roupagem sob o título incidente de assunção de competência.

Houve a ampliação do elenco de legitimados ativos (relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública); alargamento das bases em que o incidente pode ser suscitado (agravo de instrumento, apelação, qualquer outro recurso, reexame necessário, ação de competência originária); extensão da competência para o processamento e julgamento (tribunais de segundo grau e tribunais superiores); e, para arrematar, talvez a mais significativa alteração: a eficácia vinculante *erga omnes* do acórdão (que antes servia como mera orientação).

Além disso, houve mudança nos requisitos para a instauração do incidente: hoje é preciso haver uma relevante questão de direito com grande repercussão social e que se mostre conveniente a prevenção de divergência acerca desta relevante questão de direito ou necessária a composição de divergências que já existem nos tribunais.

No desenho atual, o incidente de assunção de competência passou a caracterizar-se como um autêntico precedente vinculante, de modo que a tese firmada deverá ser aplicada a todos os órgãos subordinados ao tribunal prolator do acórdão (vinculação horizontal e vertical) e a todos os casos presentes e futuros que versarem sobre a mesma relevante questão de direito.

O procedimento apresenta várias peculiaridades: permite-se a participação ativa de todos os que possam ser influenciados direta ou indiretamente pela solução encontrada no acórdão, bem como a contribuição do *amicus curiae*; ao colegiado julgador é exigida aprofundada e exaustiva fundamentação, justamente para seja fácil identificar a semelhança entre o paradigma e os outros casos afetados.

Existe divergência doutrinária sobre a inconstitucionalidade do instituto, muito por causa da eficácia vinculante *erga omnes* do acórdão. Porém, deve ficar claro que, com o incidente de assunção de competência, o legislador pretende dar maior integridade e coerência às decisões judiciais, possibilitando que casos semelhantes recebam tratamento isonômico, em benefício da segurança jurídica e da celeridade processual.

4 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

O direito coletivo e a tutela jurisdicional coletiva aparentemente surgiram no direito inglês por volta de 1.179 e serviram de inspiração para o direito norte-americano, que segue a linha da *common law*. Como muitas pessoas deixavam de ingressar em juízo buscando a reparação dos danos porque o valor que eventualmente receberiam não seria suficiente sequer para arcar com as custas do processo, viu-se a necessidade de oferecer ao jurisdicionado livre acesso à justiça, independentemente do numerário envolvido. Em 1.842 foi editada a primeira regra sobre direito coletivo (*a Rule 48*), que sofreu alteração em 1.912 (*Rule 38*), na qual foi instituído o regime da coisa julgada *erga omnes*. Ali nasceu a ideia de que as decisões seriam vinculantes para todos que pertencessem ao mesmo grupo representado em juízo. Em 1.938, o direito coletivo e a tutela jurisdicional coletiva ganham força nos Estados Unidos com a *Rule 23*, mas foi com a reforma de 1.966 que a tutela coletiva se tornou parecida com a que se tem hoje¹⁶¹.

Nas palavras de Artur Torres (2013, p. 30-31),

[...] Imperioso reconhecer que, justamente pelas consistentes alterações a que foi submetida, a *Rule 23*, ao longo dos seus mais de setenta anos de vida, representa o diploma que melhor traduz a evolução do tema *ações coletivas*. Nada obstante ordenamentos diversos tenham desenvolvido a temática, foi no plano do direito estaduniense que a verdadeira evolução do tema restou constatada [...].

Nos países que adotam o sistema da *civil law*, o debate teve início na década de 60 com Mauro Capelletti e outros doutrinadores, que constataram a existência dos direitos difusos e coletivos, além dos individuais, e verificaram a necessidade de dar proteção jurisdicional adequada a essa classe de direitos. No Congresso de Paiva, em 1.974, o assunto veio à tona. “[...] Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado [...]”, fazendo com que o sistema processual sofresse modificações destinadas a efetivar, na prática, tais direitos coletivos¹⁶² (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2007, p. 228-229).

¹⁶¹ Nesse sentido, TORRES, Artur. **A tutela coletiva dos direitos individuais**: considerações acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Arana, 2013, p. 15-31.

¹⁶² Nessa época, verificou-se que os direitos difusos e coletivos estavam “[...] colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada. [...] O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de

Teori Albino Zavascki (2017, p. 32) assinala que

[...] Nos países da *civil law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos anos 70 do século XX.

No Brasil, originalmente não havia previsão para a tutela coletiva de direitos, pois como observa Teori Albino Zavascki (2017, p. 17), no sistema processual civil não havia “[...] instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo [...]. Não se previram, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada [...]”. Embora o assunto tenha estado presente desde a Constituição de 1.934 que conferia legitimidade a qualquer cidadão ingressar em juízo para defender o patrimônio da União (art. 113, n. 38), trazendo para o mundo jurídico a ação popular, foi somente com a Constituição de 1.946 que os direitos coletivos ganharam lugar no ordenamento jurídico.

Por um bom tempo, o sistema processual civil brasileiro tratou da defesa dos interesses coletivos por meio de leis esparsas, “[...] que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios [...]” (MENDES, 2014, p. 199-200).

O Código de Processo Civil brasileiro de 1.973 manteve um viés eminentemente individualista, sem “[...] qualquer compromisso inaugural em estatuir proteção, seja ela material ou processual, aos ditos direitos coletivos [...]” (TORRES, 2013, p. 47). Vale dizer, nesse aspecto o Código de 1.973 já nasceu velho¹⁶³.

Após o Código de 1.973, vieram outras leis dedicadas ao tema, sendo a de maior destaque a Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública – considerada por Teori Zavascki

manifesto sua configuração política. [...] Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se, sobretudo, no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente” (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008. p. 229-230).

¹⁶³ Handel Martins Dias (2017, p.123-124) comenta que “[...] A ignorância do movimento global de acesso à justiça fez com que o Código de Processo Civil de 1973 nascesse defasado em relação ao terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência de instrumentalidade como importante polo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e aplicação prática do processo [...]”.

(2017, p. 36) “[...] o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos* [...]”¹⁶⁴. Segundo a doutrina, a Lei da Ação Civil Pública

[...] veio preencher importante lacuna do sistema processual civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para a tutela de direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade (ZAVASCKI, 2017, p. 36).

Somente com a Constituição Federal de 1.988, que consagrou expressamente o amplo acesso à justiça, é que a tutela jurisdicional coletiva ganhou o devido destaque e a importância merecida. Como assinala Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 1), a segunda metade do Século XX foi o auge do período em que se observou uma mudança de comportamento no sistema processual civil, na medida em que “[...] passou a servir de palco, também, para a tutela dos interesses da sociedade como um todo ou de grupos representativos de grandes parcelas do aglomerado social”¹⁶⁵.

Ada Pellegrini Grinover (2015, p. 19) ressaltou que o direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) não se destina apenas ao sujeito individualmente considerado, mas também à coletividade, o que permite resolver questões semelhantes em um único julgamento, por meio das ações coletivas¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Assinala Teori Zavascki (2017, p. 36) que a Lei da Ação Civil Pública “[...] veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade”.

¹⁶⁵ Esse doutrinador chama a atenção de que isso não significa que se tenha abandonado “[...] o direito clássico de proteção ao indivíduo, sua pessoa, seus bens e seus direitos individuais. Tudo o que o homem, como pessoa central do organismo social, logrou conquistar no domínio do direito persiste sob o amparo da ordem jurídica tradicional. O que se fez foi ampliar o campo de atuação do direito para nele incluir situações coletivas que até então permaneciam à margem dos mecanismos de disciplina, garantia e sanção do direito positivo. Dessa maneira passaram a conviver, no bojo do ordenamento jurídico contemporâneo, normas de conteúdo objetivo muito diversos, governadas, por isso mesmo, por princípios jurídicos também diferentes. Ao aplicador do direito atual, então, toca a tarefa de bem compreender o direito à luz de sua teleologia e, principalmente, em função dos princípios fundamentais vigentes em cada segmento da complexa tessitura normativa, a fim de encontrar o ponto de equilíbrio entre a tutela dos interesses individuais e a tutela dos interesses coletivos. É claro que todos eles têm de conviver no Estado Social de Direito, não podendo uns anular os outros” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 1).

¹⁶⁶ Diz a doutrinadora que “[...] apesar da plena operatividade do minissistema de ações coletivas e dos esforços dos que a elas são legitimados [...], os processos coletivos ainda são subutilizados no Brasil, havendo grande preponderância de ações individuais em relação às coletivas. Isso significa fragmentar a prestação jurisdicional, fomentar a contradição entre julgados, tratar desigualmente os que estão exatamente na mesma situação (jurídica ou fática) e assoberbar os tribunais, que devem processar e julgar em separado, milhares de

A Carta Política de 1.988 positivou a tutela material dos direitos coletivos *lato sensu* consagrando expressamente a proteção ao meio ambiente (art. 225), a proteção ao patrimônio cultural (art. 216), a proteção ao consumidor (CF, art. 5º, XXXII), a atenção à probidade administrativa (art. 37, § 4º), além de ter instituído ou aprimorado meios para a tutela processual de tais direitos¹⁶⁷.

Os direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, mercedores de tutela jurisdicional específica, são classificados em três espécies distintas: direitos difusos, relacionados com a proteção de interesses transindividuais indivisíveis, de titularidade indeterminada e ligados por circunstâncias de fato; direitos coletivos *stricto sensu*, também relacionados a proteção de interesses transindividuais indivisíveis, cujos titulares são determinados grupos, categorias ou classes de pessoas interligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base; e direitos individuais homogêneos, relativos à proteção de interesses comuns de várias pessoas, determinadas ou não¹⁶⁸. Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito fazem parte dos denominados direitos transindividuais, no qual não se inserem os direitos individuais homogêneos.

A tutela coletiva de direitos (em sentido amplo, sem adentrar, por ora, na classificação adotada por Teori Zavascki, como se verá logo a seguir) não se confunde com o litisconsórcio¹⁶⁹. É o contraponto da tutela individual.

demandas repetitivas, quando um único julgamento em ação coletiva poderia resolver a questão *erga omnes* [...]” (GRINOVER, 2015. p.19).

¹⁶⁷ Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

¹⁶⁸ Essas espécies de direitos coletivos foram bem delineadas, em nosso ordenamento jurídico, com a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que definiu cada qual no seu artigo 81, incisos I, II e III. No entanto, noção semelhante a essa já existia no direito estaduniense, em que a *Rule 23*, trazia três espécies de ações coletivas: as *true*, as *hybrid* e as *spurious*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2014, p. 70-71) explica que as primeiras, consideradas “puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas” pressupunha “[...] a existência da unidade absoluta de interesse (*unity of interest*), ou seja, a natureza indivisível do direito ou interesse que seria comum (*joint or common*) a todos os membros do grupo [...]. Nas *class actions* híbridas, por sua vez, os membros da classe compartilham do interesse em relação a um bem jurídico, que está sendo objeto na ação. Todavia, o direito não é único ou comum a todos. Assim sendo, há uma pluralidade de direitos que incidem, aí sim, sobre o mesmo objeto, seja ele um bem corpóreo ou determinado fundo [...]. Na última categoria, *spurious class action*, há uma pluralidade de interesses, mas decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, a indicar, como apropriada, a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Não haveria, no caso, indivisibilidade do objeto ou mesmo um bem comum relacionado com a lide, mas tão somente pessoas ligadas pelas mesmas circunstâncias, que estivessem pleiteando a mesma espécie de providência jurisdicional [...]”.

¹⁶⁹ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2014, p. 29-30) observa que “[...] A existência de várias pessoas integrando a relação processual, ainda que em número elevado, não qualifica o caráter coletivo da ação. O fenômeno, conhecido como litisconsórcio, [...] é típico do processo individual, na medida em que significa a mera cumulação de demandas singulares. Diante de fatos com repercussão sobre grupos pequenos, o litisconsórcio pode, por certo, representar um meio viável e econômico para a resolução da lide. Mas diante da

Teori Albino Zavascki (2017, p. 39-40) traça a diferença entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Aquela envolve, necessariamente, a proteção dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, ao passo que essa contempla, para além destes, a proteção dos direitos individuais homogêneos, que são, por natureza, direitos individuais. Diz o jurista:

[...] É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. [...] Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles [...] (ZAVASCKI, 2017, p. 39-40). (grifos do autor).

Quando se fala em tutela de direitos coletivos a ideia é a proteção dos direitos transindividuais. Na tutela coletiva de direitos o objeto pode ser tanto a proteção de direitos transindividuais quanto a proteção de direitos individuais homogêneos. Segundo Teori Zavascki (2017, p. 40), “[...] Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”.

Nessa senda, Leonardo Neto Parentoni (2005, p. 37) assinala que a diferença entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos está no instrumento de defesa: os direitos coletivos são objeto de processo coletivo e a tutela coletiva “[...] diz respeito à aplicação *facultativa* desses instrumentos aos direitos individuais homogêneos, quando seu titular não pretenda valer-se do processo individual”.

Edilson Vitoreli (2016, p. 1) comenta que parcela significativa da doutrina clássica – notadamente Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover – sustenta que os direitos transindividuais pertencem a toda sociedade, mas ao mesmo tempo não pertence a ninguém. Ele faz crítica a essa teoria, dizendo que “[...] essa concepção, [...] não é correta. [...] ela é, em

massificação moderna, na qual os conflitos e as questões jurídicas e fáticas envolvem milhares ou milhões de pessoas, clara é a incapacidade do fenômeno litisconsorcial para a efetivação da prestação jurisdicional no âmbito coletivo. Não por outra razão, dispõe a lei, até mesmo de modo expresso, que o juiz pode limitar o litisconsórcio facultativo, pois o número excessivo de litigantes pode comprometer o bom funcionamento do processo e a rápida solução do litígio”.

certas situações, deletéria para a condução do processo coletivo relacionado a direitos difusos e, em menor grau, direitos coletivos”. Segundo o doutrinador, não é possível saber, na prática, que uma lesão ao meio ambiente atinge no mesmo modo, grau e intensidade todas as pessoas do País (quicá do mundo)¹⁷⁰. Assim leciona:

[...] A afirmação de indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade. Como não se sabe de quem é o meio ambiente, passa a ser essencial que se sustente que todas as lesões que lhe são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas, também na mesma medida. Sem essa abstrata igualdade, o conceito inicial desmorona, já que, para definir formas distintas pelas quais pessoas diferentes sofrem lesões ambientais, seria preciso especificar quem são todos, ou dar mais precisão aos contornos do grupo, sociedade ou qualquer outra abstração que se pretenda utilizar para descrever a titularidade dos direitos transindividuais¹⁷¹ (VITORELLI, 2016, p. 61-62).

Com essas considerações, o autor propõe agrupar os direitos transindividuais em três classes – globais, locais e irradiados – conforme a amplitude da lesão. Na primeira categoria, a titularidade seria de todos os cidadãos do mundo, tendo em vista que a lesão não atingirá diretamente uma pessoa ou um grupo específico e que a sua proteção interessa a todas as pessoas do sistema global, na mesma medida¹⁷². Na categoria local, a titularidade está nas

¹⁷⁰ Esse doutrinador argumenta que “[...] A indefinição acerca do âmbito de abrangência de “todos” significa, para retornar a expressão de Waldemar Mariz, que “todos” se tornará sinônimo de “ninguém”, uma vez que a expressão fica esvaziada [...]. Essa formulação implica o risco de abrir caminho para o avanço pretendido originalmente se perca, e o patrimônio de “todos” continue, na falta de solução melhor, a ser tutelado como se fosse do Estado” (VITORELLI, 2016, p.61).

¹⁷¹ Ele afirma que “[...] a realidade desmente que, em todas as situações, todos os indivíduos ou toda a sociedade experimente, na mesma intensidade, e com o mesmo interesse, lesões a direitos transindividuais. Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC. Também parece pouco razoável pretender que a redução da vazão do Rio Doce, no município de Aimorés/MG, decorrente da construção de uma usina hidrelétrica, interesse igualmente aos habitantes da referida localidade e aos munícipes de Passo Fundo/RS. Somente seria possível argumentar que seria interesse de todos na proteção do ecossistema planetário se se pretendesse trazer para o direito os postulados da teoria do caos, que sustenta que a mais mínima alteração ambiental interessa a todos os habitantes do planeta, em razão dos efeitos imprevisíveis ou cumulativos que pode acarretar. Essa proposição, ainda que interessante, pouco se coaduna com a realidade, na qual se observa que um grande número de lesões ambientais só tem relevância do ponto de vista local, não interessando a indivíduos ou sociedades geograficamente distanciadas [...]” (VITORELLI, 2016, p 62-63).

¹⁷² Nesse aspecto, explica que por ausência de uma legislação transnacional, a proteção desse direito se dará no campo de jurisdição de determinado Estado, “[...] no exercício de sua soberania [...]. É isso que justifica o fato de um cidadão chinês, mesmo sendo legítimo interessado na integridade do meio ambiente planetário, tanto quanto um cidadão brasileiro, não pode questionar perante o Poder Judiciário chinês, a tutela oferecida pelo Brasil a uma lesão ambiental ocorrida no país. Ainda que a titularidade desse direito seja de todos os habitantes do globo terrestre, a sociedade internacional não houve por bem criar um sistema transnacional para a sua tutela. Se tal sistema vier a existir, como vêm advogando alguns autores, a situação poderá ser diferente” (VITORELLI, 2016, p. 79).

mãos de grupos, comunidades específicas e determinadas como, por exemplo, comunidades indígenas. Nessa classe, é possível identificar os sujeitos efetiva e diretamente atingidos, de modo que a reparação do dano evidentemente interessará muitíssimo mais a eles do que ao restante do mundo¹⁷³. Por último, a titularidade irradiada pertence, também, a pessoas determinadas, mas atingidas em modo, grau e intensidade diversos. Por essa razão, o jurista recusa a indivisibilidade dos direitos transindividuais, observando ser plenamente possível identificar quem sofreu a lesão em maior e menor medida ou, até mesmo, quem não foi atingido: “[...] a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central [...]” (VITORELLI, 2016, p. 89-90)¹⁷⁴.

Tais observações têm inteiro sentido, embora o importante seja fixar que os direitos podem ser tutelados coletivamente, a um só tempo, por caberem a um número expressivo de pessoas, ultrapassando a arcaica noção de que só o sujeito individualmente considerado poderia ser titular de direitos.

No caso dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a tutela necessariamente terá de ser indivisível, pois relacionada com danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural e artístico, à ordem urbanística, à ordem econômica (conforme disposto nos artigos 1º, da Lei 4.717/1965 e da Lei nº 7.347/1985); e à preservação da moralidade administrativa. Ou seja, sempre que o objetivo for “[...] assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]” e sempre que se tratar de direitos da sociedade como um todo, se está a falar de direitos transindividuais (ZAVASCKI, 2017, p. 51-52).

¹⁷³ Edilson Vitorelli (2016, p. 81) explica: “[...] As lesões a direitos transindividuais que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos transindividuais lesados. Mesmo que se possa admitir que outras espécies tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

¹⁷⁴ Edilson Vitorelli (2016, p. 90) aduz que, nessa espécie de direito transindividual irradiado “[...] As pessoas que sofrem efeitos da lesão [...] em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar a sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau, a lesão àquele meio ambiente ou àquele relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos”.

Já, quanto aos direitos individuais homogêneos, o objeto pode ser divisível e geralmente envolve questões de direito material ou processual repetidas¹⁷⁵. São, na essência, direitos subjetivos individuais, que poderiam ser tutelados por meio do litisconsórcio ativo facultativo, mas se mostra inviável pelo número significativo de pessoas afetadas pela mesma circunstância de fato ou de direito. Ou seja, “[...] A homogeneidade decorre de uma visão do conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de afinidade e de semelhança entre eles e conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda a defesa conjunta de todos eles [...]” (ZAVASCKI, 2017, p. 152).

José Carlos Barbosa Moreira (2015, p. 427-429) leciona que os direitos coletivos em sentido amplo, podem ser classificados em “essencialmente coletivos” e “acidentalmente coletivos”. Aqueles são transindividuais, caracterizados por sujeitos indeterminados ou indetermináveis, “[...] não um grupo definido, e sim uma série que comporta extensão em princípio indefinida [...]”. O seu objeto é indivisível, de modo que fica “[...] impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou interesse de toda a coletividade e vice-versa [...]”, reclamando solução única para todos. No caso dos direitos “acidentalmente coletivos”,

[...] A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá na outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração de paisagem. Isso não faria absolutamente sentido; o interesse de cada um refere-se ao todo (MOREIRA, 2015, p. 429).

A diferença entre direitos transindividuais (difusos ou coletivos) e individuais homogêneos reside tanto no âmbito material quanto no processual, de modo que cada espécie será tutelada por um determinado instrumento, com as respectivas peculiaridades. Até bem pouco tempo, o principal instrumento de tutela jurisdicional coletiva era a ação civil pública, seguida pela ação popular, pelas ações civis coletivas baseadas no Código de Defesa do Consumidor e pela ação de improbidade administrativa¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Nesse sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de casos repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 1-7, jun. 2016.p. 3.

¹⁷⁶ Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 54-55. José Maria Tesheiner (2012, p. 14), por sua vez, considera tecnicamente inadequado utilizar a expressão “ações coletivas”, como sendo o gênero das ações que buscam tutelar tanto os direitos transindividuais quanto os individuais homogêneos. Isto porque, como explica, há diferentes categorias de direitos a serem tuteladas: os direitos coletivos *stricto sensu*, os direitos difusos e os direitos individuais homogêneos. Assim, para os dois primeiros, o doutrinador prefere a expressão “ações transindividuais” e para este último, a expressão “ações

Mas essas ações coletivas não conseguiram a celeridade, a efetividade e especialmente a segurança jurídica que se pretendia, até por não impedir milhares de demandas individuais sobre questões semelhantes.

Como assinala Handel Martins Dias (2017, p. 125),

[...] A morosidade constitui o principal problema do sistema judiciário brasileiro, assim como da maioria dos países do globo. Com certeza, são inúmeras as causas da demora da Justiça. Na experiência brasileira, avulta-se o grande número de processos que ingressam no Poder Judiciário, oriundo principalmente do contumaz descumprimento da lei, em especial pelo próprio Estado; da debilidade das políticas públicas; da ineficiência das instâncias administrativas para tolher ou equacionar os megaconflitos; e do quase monopólio da justiça estatal na resolução dos conflitos intersubjetivos e metaindividuais. Esse quadro pernicioso agravou-se com a edição da Constituição Federal de 1988, à medida que reconheceu e estendeu direitos individuais e coletivos, sem prever, em contrapartida, uma estrutura capaz de suportar a nova carga dos processos. Essa explosão de litigiosidade que estigmatiza a sociedade hodierna potencializa-se diante das fragilidades do sistema processual, da insuficiência de órgãos judiciais e auxiliares da justiça e, também, da precariedade da gestão de recursos pelo Poder Judiciário [...].

Daí, a necessidade de introduzir outros mecanismos que pudessem dar efetividade à tutela jurisdicional coletiva. Com esse desígnio, o novo Código de Processo Civil criou técnicas de julgamento para casos repetitivos – o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos – bem como deu nova roupagem ao incidente de assunção de competência para uniformizar a jurisprudência dos tribunais. Tais institutos vieram com a promessa de promover, com eficácia, a proteção dos direitos transindividuais e individuais homogêneos¹⁷⁷.

Atualmente, diversos são os diplomas legais que regem as ações coletivas para a tutela jurisdicional coletiva em sentido amplo¹⁷⁸: a Lei nº 4.717/1965 (ação popular), a Lei nº 7.347/85 (ação civil pública), a Lei nº 8.078/1990 (ação para a defesa dos consumidores), a Lei nº 8.429/1992 (ação por improbidade administrativa) e a Lei nº 12.017/2009 (mandado de

homogeneizantes”, porquanto, somente as duas primeiras se destinam a proteção de direito coletivo propriamente dito, ao passo que a última é, essencialmente, a proteção de direito individual, tanto que plenamente divisíveis no resultado final.

¹⁷⁷ Ada Pellegrini Grinover (2015, p. 20) sustenta, todavia, que “[...] As ações ainda são individuais e as decisões, embora uniformes, só operam *inter partes*. É uma técnica que visa à celeridade e à uniformidade de decisões, mas ainda não se trata de verdadeira *coletivização* e nenhuma influência essa técnica exerce sobre o minissistema de processos coletivos”.

¹⁷⁸ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 2) explicam que “[...] O processo coletivo pertence ao gênero processo jurisdicional [...]. A especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso. [...] Assim, o processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”.

segurança coletivo). Além desses, cabe apontar a Lei nº 7.853/1989 (que trata das ações destinadas à defesa de pessoas portadoras de deficiência), a Lei nº 7.913/1989 (que visa à defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários), Lei nº 8.069/1989 (que cuida da defesa da criança e do adolescente), Lei nº 8.884/1994 (que promove à defesa da ordem econômica e da livre concorrência), a Lei nº 10.527/2001 (que trata da defesa da ordem urbanística), a Lei nº 10.741/2003 (que promove à defesa do idoso) e a Lei nº 10.671/2003 (que visa à defesa do Torcedor).

Todas essas leis formam o que se convencionou denominar de “microsistema do processo coletivo”. Elas se integram e se subsidiam reciprocamente, permitindo a aplicação supletiva e analógica.

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 3) assinalam que a defesa do direito coletivo em sentido amplo também pode ser feita por meio do julgamento de casos repetitivos¹⁷⁹, valendo destacar o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência. O incidente de resolução de demandas repetitivas parece mais aplicável aos direitos individuais homogêneos em virtude da existência de múltiplas demandas individuais sobre a mesma questão de direito, a reclamar uma mesma solução. Já a assunção de competência parece mais adequada para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, pois cuida de relevante questão de direito com grande repercussão social (CPC, art. 947, *caput*) – característica essencial da tutela jurisdicional coletiva. Tratando-se de direitos individuais homogêneos, desde que não se trate de ações em massa, o incidente também será cabível quando houver a necessidade de compor ou prevenir divergências acerca de determinada relevante questão de direito, evitando a sua repetição em outros processos.

A “[...] suscitação do incidente, a escolha do caso de que o incidente deve partir ou a propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 3-4).

Discute-se em doutrina se a ação civil pública seria instrumento hábil à tutela dos direitos individuais homogêneos. Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 29) observa que a própria redação da lei permitiria concluir pela negativa: a ação civil pública veio para atender os

¹⁷⁹ Esses doutrinadores comentam que tanto as ações coletivas quanto o julgamento de casos repetitivos podem ser considerados instrumentos de processos coletivos, tendo vista o seu objeto: “[...] a situação jurídica coletiva – titularizada por grupo/coletividade/comunidade” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p.3).

direitos transindividuais difusos e coletivos¹⁸⁰, mas não para tutelar direitos individuais homogêneos. Nos dizeres da jurista,

[...] **A Lei 7.347, de 1985, só disciplina a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos**, como se vê pelo próprio art. 1º, (inc. IV) e pelo fato de a indenização pelo dano causado destinar-se ao fundo por ela criado, para a reconstituição dos bens – indivisíveis – lesados (art. 13). **A criação da categoria dos interesses individuais homogêneos é própria do Código de Defesa do Consumidor e deles não se ocupa a lei**, salvo no que diz respeito à possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de interesses homogêneos, segundo os esquemas do CDC (art. 21 da LACP) [...] ¹⁸¹ (PELLEGRINI, 1999, p. 29). (grifos nosso)

No entanto, outros sustentam que a ação civil pública é instrumento hábil para tutelar também os direitos individuais homogêneos, como Gregório Assagra de Almeida (2015, p. 335-336):

[...] Apesar de a Lei 7.347/1985 não utilizar a expressão *direitos ou interesses individuais homogêneos*, ela está presente no CDC (art. 81, parágrafo único, III). Assim, como há um *microssistema integrado de tutela jurisdicional coletiva comum* entre o CDC (art. 90) e a LACP (art. 21), nada impede que tal espécie de direitos coletivos seja objeto de ação civil pública. [...] tratando-se de tutela reparatória de direitos individuais homogêneos dos consumidores, a ação coletiva cabível é a do art. 91 e ss. Mas, se a tutela for de outros direitos individuais homogêneos, será plenamente cabível a utilização da ação civil pública. [...] a tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos é de interesse social, pois por ela evitam-se: a dispersão das vítimas; decisões contraditórias que poderão surgir em inúmeras ações individuais; o atulhamento do Poder Judiciário por demandas fragmentadas. Além disso, ainda se garante a economia para o Estado de despesas, de atos e de tempo.

Além do artigo 1º, inciso II, da Lei nº 7.347/85 estabelecer expressamente que cabe ação civil pública para defesa do consumidor¹⁸², o fato é que, na fase de conhecimento, tais

¹⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

¹⁸¹ Teori Zavascki (2017, p. 61) corrobora com esse entendimento ao dizer que “[...] No domínio do processo coletivo [...], quando se fala em ação civil pública (= seja adequada ou não essa denominação que a Lei 7.347/1985, lhe atribuiu), se está falando de um procedimento destinado a implementar judicialmente a tutela direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente de direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate. Para esses, o procedimento próprio é outro, ao qual também seria importante, para efeitos práticos e didáticos, atribuir por isso mesmo outra denominação (= “ação coletiva” e “ação civil coletiva” foi como a denominou o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 91)”.

¹⁸² É bem verdade que na época da sua edição não havia muitas leis que cuidavam dos direitos individuais homogêneos, nem existia o Código de Defesa do Consumidor, que após se tornaram regra especial em relação à ação civil pública. De todo modo, não há de se descartar totalmente a viabilidade da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos, porquanto, a defesa do consumidor, por exemplo, não se limita apenas aos interesses individuais homogêneos (que talvez, possam ser considerado uma espécie de direito coletivo *sui generis*, já que são, na essência, direitos individuais), mas também aos difusos e coletivos *stricto*

direitos podem ser compreendidos como transindividuais. Somente após, na fase de execução ou cumprimento, é que esses direitos assumiriam a individualidade. “Ou seja, os direitos de massa seriam realmente coletivos, ao menos na fase de conhecimento coletiva”¹⁸³ (MOREIRA; et al., 2016, p. 171).

Ao que tudo indica, essa é uma decorrência lógica do microssistema de processo coletivo, que se integra e se subsidia internamente¹⁸⁴.

4.1 SISTEMA PROCESSUAL PARA A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS MEDIANTE AÇÕES COLETIVAS

Como dito, uma das principais formas de tutela coletiva de direitos, seja dos transindividuais, seja dos individuais homogêneos, são as ações coletivas.

A ação civil pública serve para apurar responsabilidades por danos morais e materiais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso e coletivo, à ordem urbanística e por infração da ordem econômica (Lei 7.347/85, art. 1º), buscando a condenação em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei 7.347/85, art. 3º).

A ação popular visa a anular atos lesivos ao patrimônio público, histórico e cultural, ao meio ambiente, à moralidade administrativa (CF/88, art. 5º, LXXIII c/c Lei 4.717/65, art.

sensu. O que parece importar é o fato de que, independente da espécie de interesse, como bem diz o autor, todos são de interesse social.

¹⁸³ Egon Moreira; et al. (2016, p. 171) explica que “[...] em razão do tratamento uniforme que recebem antes da prolação da sentença (e das liquidações e execuções individuais, se for o caso de adotar o procedimento bifásico coletivo-individual), há tentativas de compreendê-los como direitos também transindividuais (ao menos nesse primeiro momento). [...] Seria possível dizer “que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma unidade indivisível”, com a divisibilidade operando-se “apenas no momento da liquidação (quantificação) dos danos pessoalmente sofridos e da execução”, já que, até a condenação genérica, “estar-se-á buscando um bem indivisível”.

¹⁸⁴ Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “[...] As ações que versam acerca de interesses individuais homogêneos participam da ideologia das ações difusas, como a ação civil pública. A despersonalização desses interesses ocorre na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a um direito individual, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRG no Ag 1.249.559/RJ**, 1ª T. Recorrente: Companhia Distribuidora de Gás do Estado do Rio de Janeiro - CEG. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 02 fev. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017).

1º). O ajuizamento concomitante de ambas implicará litispendência, conexão ou continência¹⁸⁵, conforme as circunstâncias em concreto.

A ação de improbidade administrativa será cabível para aplicar sanções a agentes públicos por atos de improbidade que produzam o enriquecimento ilícito do agente, que causem prejuízo ao Erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (Lei 8.429/92, arts. 9º, 10 e 11). “Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar as penalidades [...]” (ZAVASCKI, 2017, p. 101)¹⁸⁶.

Teori Zavascki (2017, p. 101) comenta que há um ponto de identidade entre essas ações: “[...] as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta [...]”.

O mandado de segurança coletivo (inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXX) é adequado para proteger direito coletivo líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, quando não for cabível *habeas data* ou *habeas corpus* (Lei 12.016/2009, art. 1º).

As ações civis coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 81) buscam a reparação por danos morais e o cumprimento de obrigação de fazer ou de não

¹⁸⁵ Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 127) leciona que “[...] podem coexistir ação civil pública e ação popular, pois não há exclusão, *a priori*, de uma em relação a outra. Deve sim, esse convívio ser solucionado, de acordo com a identificação de cada uma das ações por seus elementos próprios (partes, causa de pedir e pedido) e conforme a situação concreta verificada nas demandas analisadas”. Teori Albino Zavascki (2017, p. 94) assinala que “[...] em face dessas circunstâncias, que, ao admitir a propositura de ação popular destinada à anulação de atos lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, o que a Constituição fez, na prática, foi conferir ao cidadão a legitimidade para, nos limites próprios dessa ação (= de tutela predominantemente desconstitutiva, mas também preventiva ou ressarcitória [...]), promover uma peculiar ação civil pública em defesa daqueles específicos direitos transindividuais”.

¹⁸⁶ Teori Albino Zavascki (2017, p. 100) leciona que “[...] O adequado funcionamento das instituições é condição essencial ao Estado Democrático de Direito. [...] A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos [...]. E entre os vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adote, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37). O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente: seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido. Se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes [...]”.

fazer (CDC, art. 84). Em relação aos danos morais coletivos, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 68-69) sustentam que

[...] estes são incompatíveis com a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos. É praticamente impossível que a tutela de direitos individuais homogêneos seja acompanhada da reparação pelo dano moral coletivo. Com efeito, se – por definição – os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que podem ser tratados no processo coletivamente, é certo que o dano – moral e mesmo o material – terá que ser apurado individualmente, enquadrando-se na reparação dos danos pessoais, incluindo os morais.

No caso do dano moral, não pode haver outro que não seja o individual, quando se trata de reparação dos danos pessoalmente sofridos. O dano moral coletivo visa a indenizar a coletividade que foi atingida em sua moral. Na tutela dos direitos individuais homogêneos, qual seria a coletividade lesada, a título de danos morais, para além dos indivíduos que foram pessoalmente atingidos? Nenhuma.

Por isso, a indenização por danos morais, na tutela dos direitos individuais homogêneos, só pode cingir-se às pessoas individualmente lesadas, não havendo que cogitar-se de outra coletividade, que não a composta pelos membros do grupo, que possa ser atingido por dano moral coletivo. [...]

E, nesse particular, não é possível confundir um possível e eventual dano moral coletivo que se vincula a direitos difusos ou coletivos (em sentido estrito), de um lado, com o eventual dano moral sofrido individualmente pelas pessoas, em caso de direitos individuais homogêneos, de outro. [...] Portanto, o legitimado à ação em tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos pode pedir condenação genérica para indenização do dano moral sofrido individualmente; mas nunca condenação relativa a um dano moral coletivo.

As demais ações coletivas – destinadas à defesa de pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/1989), à defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/1989), à defesa da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/1989), à defesa da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/1994), à defesa da ordem urbanística (Lei nº 10.527/2001), à defesa do idoso (Lei nº 10.741/2003) e à defesa do torcedor (Lei nº 10.671/2003) – visam à proteção e a realização dos direitos e interesses das referidas coletividades, valendo tanto para os direitos transindividuais quanto para os individuais homogêneos¹⁸⁷.

Assim, por exemplo, no caso dos portadores de deficiência será cabível a ação para que o Poder Público seja compelido a construir rampas de acesso em lugares públicos (interesse difuso) ou para a proteção de pessoas portadoras de deficiência que pertençam a uma associação (caso de interesse coletivo) ou, ainda, para buscar indenização pela venda de equipamento específico com defeito de fabricação (caso de interesse individual homogêneo). A ação para a defesa dos investidores de valores mobiliários tem cabimento para coibir

¹⁸⁷ Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124-161.

medidas administrativas que os possam prejudicar (hipótese de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*) ou para pleitear indenização por atos lesivos decorrentes de tais medidas (hipótese de interesses individuais homogêneos). A ação para a defesa da criança e do adolescente é cabível para buscar a proteção mais ampla possível, englobando as esferas cível, penal e administrativa¹⁸⁸.

Essas ações formam o “microssistema de processo coletivo” de modo que todas elas se integram e se subsidiam reciprocamente, como observa Hugo Nigro Mazzilli (1993, p. 1).

Parcela significativa da doutrina sustenta que o sistema processual coletivo está baseado fundamentalmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁹. De fato, o procedimento “padrão” adotado para grande parte do “sistema” segue a linha da Lei 7.347/1985, como assinala Teori Albino Zavascki (2017, p. 59-60):

[...] A ação civil pública é a denominação atribuída pela Lei 7.347/1985, ao procedimento especial, por ela instituído, destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais. Compõem-se de um conjunto de mecanismos destinados a instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos, nomeadamente “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais” causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem econômica e à economia popular e a outros direitos ou interesses difusos e coletivos (art. 1º). Depois dela, algumas variantes de ações públicas foram instituídas [...]. **Apesar da variedade, essas “ações” mantiveram, na essência, a linha procedimental adotada originalmente pela Lei 7.347/1985, que tem aplicação subsidiária para todas as demais, sendo apropriado, por isso mesmo, conferir-lhes a denominação comum de ação civil pública.** (grifos nosso)

Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 162) também entende que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública estão no centro do microssistema de processo coletivo, cujas normas “[...] se complementam e interagem recíproca e integralmente. [...] Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Nesse sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124-161.

¹⁸⁹ É o que referem WURMBAUER JÚNIOR, Bruno. **Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 30 e ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.60.

¹⁹⁰ Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 162-164) diz, ainda, que “[...] os preceitos das leis que tratam da tutela judicial dos interesses metaindividuais se complementam reciprocamente. Adotando como critérios diferenciais o grau de importância da norma, sua abrangência e a completude da regulamentação nela contida, verifica-se a existência de um sistema integrado destinado à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. [...] O sistema integrado de defesa dos interesses supraindividuais em nosso País: interação da legislação específica e suprimento recíproco de lacunas, de sorte que todos os interesses sejam tutelados

A análise procedimental será feita com base na Lei da Ação Civil Pública, destacando, sempre que pertinente, eventuais peculiaridades das demais ações coletivas.

4.1.1 Legitimidade Ativa e Passiva

É bem sabido que, em regra, a legitimidade ativa pertence a quem concretamente sofre a lesão. Trata-se da legitimação ordinária. No entanto, quando se fala em tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, já deixou de ser novidade que terceiros também ostentam legitimidade ativa, sem prejuízo da legitimação do sujeito lesado: é caso de legitimidade extraordinária¹⁹¹ porque os sujeitos da ação coletiva atuam em nome próprio para defender direito alheio, como substitutos processuais. O direito pertence a uma coletividade determinada ou não, a um grupo de classes ou a uma específica categoria.

Vale dizer,

[...] Havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo, estar-se-á diante de legitimação *ordinária*. Do contrário, quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será *extraordinária* (MENDES, 2014, p. 252). (grifos do autor)

Conforme estabelecido nas diversas leis¹⁹², quem figura como legitimado extraordinário ativo são as entidades de classes, as associações, o Ministério Público, a Defensoria Pública¹⁹³, os sindicatos, as pessoas jurídicas de direito público da Administração

processualmente do mesmo modo e com um mesmo perfil procedimental e processual; e a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”.

¹⁹¹ José Maria Tesheiner (2012, p. 23) comenta que parcela da doutrina faz distinção entre legitimação extraordinária e substituto processual afirmando que “[...] nem todo caso de legitimação extraordinária é substituição processual, embora todo o caso de substituição processual seja legitimação extraordinária. [...] só há substituição processual nos casos de legitimação extraordinária exclusiva, pois é somente nela que alguém atua em nome próprio na defesa de direito alheio, excluindo a participação do titular do direito material, e, portanto, substituindo-o. Não há substituição processual nos casos de legitimação extraordinária concorrente, casos em que o legitimado extraordinário não exclui o ordinário e vice-versa, porque a simples possibilidade de o legitimado ordinário participar do processo já descaracteriza a substituição processual. Exige, ainda, um vínculo jurídico entre o substituto e o substituído. [...] é ordinária a legitimação do autor, na ação popular, tanto porque legitimados outros a intevir no feito como litisconsortes como por inexistir vínculo jurídico entre o autor e a coletividade. **Mais comumente, legitimação extraordinária e substituição processual são expressões empregadas como sinônimas**”. (grifo nosso)

¹⁹² Há previsão idêntica no artigo 3º, da Lei nº 7.853/89; nos artigos 1º e 3º, da Lei nº 7.913/89; no artigo 210, da Lei nº 8.069/90 e no artigo 29, da Lei nº 8.884/94.

¹⁹³ Vale lembrar que inicialmente, na criação das referidas leis (salvo, o Código do Consumidor, elaborado posteriormente) a Defensoria Pública não ostentava a qualidade de legitimada extraordinária. Isso só aconteceu após a introdução da Lei nº 11.448/2007, que alterou a redação do artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública, para incluir no rol dos legitimados ativos, a Defensoria Pública. Analisando friamente, não haveria razão para ser

direta e as pessoas jurídicas de direito público ou privado da Administração indireta. Esses sujeitos ativos não são diretamente lesados, mas agem para a proteção de outrem, sem necessitar da autorização dos legitimados ordinários (esses sim, os verdadeiros lesados)¹⁹⁴. Por isso, diz-se que as ações coletivas são autônomas.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2014, p. 30-31) explica que

[...] a legitimação autônoma extraordinária pode ser subdividida em primária e subsidiária. Na primeira espécie, a possibilidade de o substituto atuar ou ser demandado legitimamente ocorre *ab initio*, não surgindo, por conseguinte, apenas a partir da omissão do titular da situação litigiosa. Na subsidiária, contudo, a lei prevê a atuação autônoma do substituto apenas se a pessoa ordinariamente legitimada não exercer o seu respectivo direito de ação, dentro do prazo legal assinalado. **De modo geral, a legitimação extraordinária autônoma é primária, quando concorrente, no âmbito das ações coletivas.** Não obstante, há hipóteses de concorrência subsidiária, como a da liquidação e execução da indenização devida, pelos substitutos processuais arrolados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, se decorrido o prazo de um ano sem que haja a habilitação dos interessados, em número compatível com a gravidade do dano¹⁹⁵. (grifo nosso)

Hugo Nigro Mazzilli (1993, p. 2) chama a atenção para o Código de Defesa do Consumidor, que dispensou o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano para as associações legalmente constituídas quando haja manifesto interesse social, evidenciado pela

diferente, porquanto, é inegável sua função na sociedade. “Não há nada que justifique a limitação do seu desempenho ao mero patrocínio de causas individuais. Pelo contrário, a potencialização do seu agir será de maior eficiência se as suas atividade corresponderem de modo reflexo à natureza dos conflitos pertinentes. Portanto, a Defensoria deverá atuar de modo individual quando estiver diante de casos individuais de hipossuficiência, mas, naturalmente, haverá pouca eficácia se oferecer um patrocínio meramente particularizado, para fazer frente a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes a necessitados. A atuação da Defensoria Pública, na esfera coletiva, poderá se dar no âmbito do patrocínio judicial, agora não mais apenas para suprir a capacidade postulatória de associações, mas também para a de indivíduos, para o ajuizamento de postulações pertinentes a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque, nesse aspecto, a ampliação da legitimidade do indivíduo para as ações coletivas poderá ter repercussão também na esfera da assistência judiciária [...]” (MENDES, 2014, p. 267-268).

¹⁹⁴ Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 3) observam que, em determinadas situações as regras sobre a legitimidade e a coisa julgada podem ser alteradas. É o que acontece, por exemplo, no caso das comunidades indígenas que permite a legitimação ordinária coletiva, ou no caso de processos eleitorais, que autoriza a extensão da coisa julgada também quando prejudicar os envolvidos. No entanto, isso não retira a natureza de processo coletivo, vez que se está, apenas, alterando “[...] a sua estrutura dogmática”. Apesar disso, esses doutrinadores chamam a atenção de que “[...] Alterações deste tipo, [...] devem ser feitas com muita cautela, sobretudo porque tocam em pontos sensíveis, relacionados ao contraditório, e envolvem pontos cujo regramento constitucional brasileiro é muito tradicional”.

¹⁹⁵ Importa comentar que essa legitimidade extraordinária não é exclusiva dos processos coletivos, pois, como observam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 2) “[...] Basta lembrar os casos de legitimação extraordinária individual existentes em todos os ordenamentos jurídicos; v.g., no ordenamento brasileiro, a legitimação extraordinária: (a) do Ministério Público para promover ação de alimentos para incapaz; (b) da administradora de consórcio para cobrar mensal do consorciado; (c) do terceiro que pode impetrar mandado de segurança em favor de outra pessoa, nos termos do art. 3º da Lei 12.016/2009, etc.”.

dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (CDC, art. 82, § 1º)¹⁹⁶.

A legitimidade extraordinária do Ministério Público decorre da sua própria função constitucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127), bem como de “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

Por algum tempo, sustentou-se que a atuação do Ministério Público seria limitada à proteção dos direitos transindividuais, não incluindo a defesa dos interesses individuais homogêneos. No entanto, tal concepção mudou a partir do Código de Defesa do Consumidor que estabelece, no artigo 82, inciso I, a legitimação concorrente do Ministério Público para a defesa de quaisquer direitos coletivos (*lato sensu*), reconhecendo, assim, implicitamente a repercussão social dos direitos individuais homogêneos “[...] pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico em litígio, pela condição das pessoas afetadas [...]” (MENDES, 2014, p. 259)¹⁹⁷ e, conseqüentemente, a legitimidade do *Parquet*¹⁹⁸.

Teori Albino Zavascki (2017, p. 215-216) leciona que, embora os direitos individuais homogêneos tenham titularidade determinada, por serem divisíveis e individualizáveis,

[...] Assumem, em geral, feição de direitos disponíveis, nomeadamente os que têm conteúdo econômico. Sua homogeneidade com outros direitos da mesma natureza, determinada pela origem comum, dá ensejo à tutela de todos de forma coletiva, mediante demanda, proposta em regime de substituição processual, por um dos órgãos ou entidades para tanto legitimados.

[...]

É importante assinalar esse detalhe: os objetivos perseguidos na ação coletiva são visualizados não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e

¹⁹⁶ Por conta dessa regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, foi inserido o § 4º, no artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública, o que permite concluir que sempre que houver manifesto interesse social em razão da característica e extensão do dano ou da relevância do bem jurídico a ser protegido, o requisito de que as associações sejam constituídas há pelo menos um ano para terem legitimidade extraordinária é dispensado.

¹⁹⁷ Aluísio Mendes (2014, p. 259-260) observa que “[...] A interpretação afastava, por um lado, a aceitação irrestrita de legitimação ao Ministério Público diante de qualquer interesse ou direito individual disponível [...]. O Supremo Tribunal Federal, embora se tenha equivocado em alguns acórdãos quanto à classificação do interesse, chancelou, aparentemente, a distinção baseada na relevância social. Desse modo, vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a proteção de relevância social, como a educação, permitindo-lhe assim o ajuizamento de ações coletivas voltadas para o controle de reajuste de mensalidades [...]”.

¹⁹⁸ Nesse ponto, Sérgio Arenhart (2014, p. 57) sublinha que “[...] Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção. Não há, portanto, garantia constitucional de que o cidadão possa apresentar-se pessoalmente para a tutela dos seus direitos. **Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio de legitimação extraordinária, por via de tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo**”. (grifos nosso)

sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal, levando em consideração a ação lesiva do causador do dano em sua dimensão integral¹⁹⁹.

Com efeito, a legitimidade ativa do Ministério Público justifica-se pela relevância social de certos direitos individuais homogêneos, que é presumida e compatível com as finalidades da instituição (CF, art. 127, *caput*)²⁰⁰. Entretanto, quando se tratar de direitos disponíveis, a relevância social deverá ser objetivamente demonstrada para justificar a legitimidade ministerial²⁰¹.

Em suma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência contemporâneas reconhecem legitimidade extraordinária ao Ministério Público para atuar não só na defesa dos direitos transindividuais (difusos ou coletivos), mas também na defesa dos direitos individuais homogêneos, quando caracterizada a sua relevância social em casos específicos²⁰². Moreira; et al. (2016, p. 310) salienta que “[...] é o caso concreto que acaba por revelar a legitimidade e o interesse (ou não) do Ministério Público para ajuizar a respectiva demanda [...]”.

A Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65) atribui legitimidade ativa a “qualquer cidadão”²⁰³ para atuar na defesa de atos lesivos ao patrimônio público, estabelecendo, ao

¹⁹⁹ Teori Zavascki (2017, p. 219) assinala, também, que “[...] Relativamente a direitos individuais disponíveis, a legitimidade *ad causam* supõe, segundo a regra geral, a existência de nexos de conformidade entre as partes da relação de direito material e as partes na relação processual. Ninguém pode demandar em nome próprio direito alheio, diz o CPC (art. 18). A legitimação por substituição processual é admitida apenas como exceção, sendo, por isso mesmo, denominada extraordinária. Há, contudo, em nosso sistema, uma tendência de expansão das hipóteses de substituição processual, notadamente com o objetivo de viabilizar a tutela coletiva. [...] Pode-se afirmar, assim, pelo menos no campo da legitimação para a tutela coletiva, a substituição processual já não é fenômeno excepcional, mas, pelo contrário, passou a se constituir a forma normal de atuação”.

²⁰⁰ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 86.

²⁰¹ São os entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 910.192/MG, em que se afirmou ser desnecessária a comprovação da relevância social na defesa dos interesses individuais homogêneos indisponíveis. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 910.192/MG**, 3ª T. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Citytel Comércio de Telefones Ltda. Rel(a). Min(a). Nancy Andrighi. Brasília, 02 fev, 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017) e o Recurso Especial nº 946.533/PR, em que foi exigida a demonstração da relevância social para que o Ministério Público tivesse legitimidade para agir na tutela de interesses individuais homogêneos disponíveis. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 946.533/PR**, 6ª T. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel(a). Min(a). Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 10 mai 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017).

²⁰² É exatamente o comentário feito por Aluisio de Castro Mendes (2014, p. 269-270), no sentido de que se presume “[...] a relevância social, política, econômica ou jurídica [...]” de quaisquer dos direitos coletivos *lato sensu*, de modo que “[...] Nunca se pretendeu, assim, afirmar a indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, que pode ou não ser disponíveis, conforme o objeto, mas, sim, demonstrar que a sua defesa coletiva possui relevância social, considerando, principalmente, a sua importância para o acesso à Justiça, a economia processual, a garantia do princípio da isonomia e do equilíbrio entre as partes”.

²⁰³ Nos termos do § 3º do artigo 1º, da Lei 4.717/65, a prova da cidadania se faz por meio do título eleitoral ou outro documento a ele correspondente.

mesmo tempo, que o Ministério Público deverá assumir a causa se o autor desistir da ação ou der motivo à “absolvição da instância” (art. 9º).

No dizer de Teori Albino Zavascki (2017, p. 85-87), a legitimidade concedida ao cidadão caracteriza

[...] um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania. [...] Trata-se, inegavelmente, de um direito político fundamental, da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na Constituição, como os de alistar-se, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos [...]. Visualizado em seu contexto histórico [...], o direito à ação popular sempre representou um traço importante nos direitos da cidadania, de muito significado ainda hoje, quando tais direitos assumem novos contornos, mais complexos e multiformes.

[...] embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (= sob a propriedade) de uma pessoa jurídica identificada, ele, real e substancialmente, pertence à coletividade como um todo [...].

[...] Não há dúvida, portanto, que a ação popular, ao zelar pela higidez e boa administração do patrimônio pertencente às pessoas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, está defendendo não apenas interesses particulares dessas pessoas, mas, sobretudo, os interesses superiores da própria coletividade a que servem. Eis aí plasmada, portanto, a transindividualidade dos interesses tutelados.

Em suma, a ação popular representa, em nosso sistema, além de uma quebra de paradigmas, o instrumento precursor e pioneiro de defesa jurisdicional de interesses difusos da sociedade, mediante a legitimação ativa dos cidadãos, pela técnica da substituição processual.

Em qualquer ação coletiva, se não for parte, o Ministério Público deverá atuar no processo como fiscal da Lei (CDC, art. 92).

A legitimidade extraordinária é sempre taxativa e a “representatividade adequada” pressupõe pertinência temática, isto é, afinidade entre o legitimado e o objeto da lide, como forma de garantir que os interesses da coletividade sejam defendidos por quem realmente esteja em condição de fazê-lo²⁰⁴.

²⁰⁴ Nesse sentido, THAMAY, Rennan Fari Kruger. O processo civil coletivo: legitimidade e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 230, p. 1-33, abr./2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 04 dez. 2017, p. 10. O autor comenta que “[...] a *representação adequada*, neste caso, deve ser observada sob espectro distinto, não a representação técnico processual, mas sim ligada ao sentido de um porta-voz. Neste ponto, o representante será um porta-voz dos indivíduos e dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo. Neste sentido, existem alguns vários juristas que concordam com o controle judicial dos representantes adequados, visto que por vezes, embora legalmente habilitados, não tenham interesse e intenção de participar da lide coletiva [...]. Importante para manter a segurança do sistema é o controle judicial exercido em situações como as referidas, não sendo absurdo sistêmico, mas, sim, possível e cabível frente à nova postura ativa do juiz que a cada dia pode – por meio do ativismo judicial – buscar tornar mais efetivos os direitos fundamentais – que também deságuam nos direitos coletivos – sendo esta uma postura inclusive esperada do magistrado” (THAMAY, 2014, p. 10).

“Assim, [...] o correto seria primeiramente verificar a legitimidade de quem propõe a demanda, estando legitimado o órgão ou a entidade então é que deveria ocorrer a observação de ser adequada ou não a representação exercida [...]” (THAMAY, 2014, p. 10).

A Lei da Ação Civil Pública ainda dispõe, no artigo 5º, § 2º, que o Poder Público e as associações legitimadas podem “habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 5) afirma que, embora não se possa excluir a hipótese, na prática, a formação do litisconsórcio passivo é rara, pois, “[...] Talvez não sejam frequentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu [...]”. O Estado respectivo ou a União respondem pelos atos do *Parquet*²⁰⁵.

4.1.2 Competência para o Processamento e Julgamento das Ações Coletivas

Nos termos do artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, a competência para o processamento e julgamento da ação será do foro do local do dano. Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 146) lecionam que

[...] o art. 2º, LACP significa que se deu à competência territorial natureza absoluta, que não permite a eleição de foro ou sua prorrogação, pela não apresentação da exceção declinatória. Nesse sentido, quis a LACP disciplinar o gênero da competência *funcional* (que é uma das modalidades da competência absoluta), ou seja, afirmar que a competência territorial é, no caso, *absoluta*, inderrogável e improrrogável por vontade das partes.

Comunga desse entendimento Ricardo de Barros Leonel (2006, p. 4-5) ao dizer que, embora numa análise superficial se possa entender que os dispositivos legais referidos dizem respeito à competência territorial e, portanto, relativa, na verdade as normas estão a indicar a competência funcional, portanto, absoluta, improrrogável e inderrogável, que poderá ser analisada de ofício, pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição. No entender do jurista, a própria essência dos direitos discutidos nas ações coletivas justificam a competência funcional e, assim, absoluta, pois, “[...] o que caracteriza a competência funcional, efetivamente, é o *modo de ser do processo*, e as atividades que nele exerce o juiz”²⁰⁶.

²⁰⁵ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 224, 230-231.

²⁰⁶ Observa, contudo, que “[...] Embora a competência para as demandas coletivas seja absoluta, antes de definir-se qual o foro competente, é necessário identificar qual a “Justiça” que atuará (competência “de jurisdição”). Não deve haver, a princípio, contraposição entre a Justiça Estadual e a Federal, pois a identificação

O Superior Tribunal de Justiça já proclamou entendimento no sentido de que essa regra de competência territorial-funcional é decorrente da “[...] excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos [...]” (REsp 1.068.539/BA, 1ª T. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

A doutrina faz críticas ao artigo 2º, da Lei da Ação Civil Pública, observando que o dispositivo legal não fez ressalva à competência da Justiça Federal, nem estabeleceu critérios de competência nos casos em que o dano extrapola um local ou uma região, como faz o artigo 93, *caput*, primeira parte e incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

No primeiro aspecto, a doutrina sustenta que o artigo 2º deve ser interpretado à luz da Constituição Federal (art. 109, § 3º) e a partir da regra da competência em razão da matéria, de modo que, quando o objeto for de interesse da União, independentemente da condição de autora, ré, assistente ou oponente, a competência será da Justiça Federal, salvo se não houver sede na comarca onde ocorreu ou irá ocorrer o dano, caso em que a competência passará a ser da Justiça Estadual, mas eventual recurso deve ser remetido para o Tribunal Regional Federal respectivo²⁰⁷.

No segundo aspecto, afirma que, por força do artigo 117, do Código de Defesa do Consumidor, que deu nova redação ao artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, aplica-se o disposto no artigo 93 da Lei Consumista às ações civis públicas²⁰⁸. E assim, a competência

da competência de uma ou outra para o caso concreto precede o exame sobre o qual será o foro competente (competência territorial)” (LEONEL, 2006, p. 5).

²⁰⁷ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 18-20) assevera, também “[...] que a atribuição da competência do juiz federal ao estadual só pode ocorrer nos casos em que não tenha sido instalada vara do juízo federal, na região [...]. Isso porque a regra constitucional há de servir para facilitar o acesso à justiça, tendo aplicação quando a competência da Justiça Federal se estende pelo âmbito de todo o Estado. Mas não quando houver descentralização da Justiça”. Aluisio Gonçalves Mendes (2014, p. 241-242) refere, também, que o legislador procurou trazer coerência ao microssistema do processo coletivo estabelecendo, nos artigos 21, da Lei da Ação Civil Pública e 90, do Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de aplicação subsidiária das normas, naquilo em que forem compatíveis. Por essa razão, sustenta que “[...] O legislador teria andado melhor, talvez, se houvesse revogado expressamente o artigo 2º da Lei da Ação Civil Pública, não se omitindo, na nova disposição, menção quanto à inderrogabilidade da competência, marca da previsão mais antiga. Mas, não o fazendo, cabe ao aplicador do direito decidir sobre a subsistência ou não do mencionado comando. Por força das duas regras ampliativas aduzidas, não se pode dizer que haja diferenciação sob o prisma do âmbito de incidência. O único argumento que seria invocável – o fato de o art. 93 da Lei de Defesa do Consumidor estar disposto no Capítulo II – Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos – é por demasiado fraco, na medida em que não haveria sentido em se estabelecer normas específicas apenas para esta espécie de interesse coletivo, deixando de lado as duas outras categorias [...]”.

²⁰⁸ Esse é, inclusive, entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 448.470/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, no sentido de que “[...] Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos

para processar e julgar as ações coletivas, seja na defesa dos direitos individuais homogêneos, seja na defesa de direitos transindividuais, será do foro do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o dano, quando em âmbito local (art. 93, I) ou do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal quando se tratar de danos que extrapolam uma localidade ou um Estado (art. 93, II)²⁰⁹.

Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 143) aduzem que

[...] É necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93, do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos para a tutela dos interesses difusos e coletivos a competência nacional ou regional ficaria fora do alcance da lei. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento jurídico.

Parcela da doutrina sustenta que esse seria um caso típico de competência concorrente. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 147) entendem que nessas hipóteses a competência deverá sempre ser da Justiça do Distrito Federal²¹⁰. Já, Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 284-285) defende que

[...] a) Tratando-se de danos efetivos ou potenciais a interesses transindividuais, que atingiram *todo o País*, a tutela coletiva de competência de uma vara do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, a critério do autor. Se a hipótese se situar dentro dos moldes do artigo 109, I, da CF, a competência será da Justiça Federal; em caso contrário, da Justiça estadual ou distrital. A ação civil pública ou coletiva poderá, pois, ser proposta, alternativamente, na Capital de um dos Estados atingidos ou na Capital do Distrito Federal; b) Em caso de ação civil pública ou coletiva destinada à tutela de interesses transindividuais que compreendam *todo o Estado*, as não ultrapassem seus limites territoriais, a competência deverá ser, conforme o caso, de uma das varas da Justiça estadual ou federal na Capital desse Estado; c) Em se tratando de tutela coletiva que objetive a proteção a lesados em *mais de uma comarca* do mesmo Estado, mas sem que o dano alcance todo o território estadual, o

direitos e interesses de natureza supraindividual". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 448.470/RS**, 2ª T. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, União, Brasil Telecom S/A e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 28 out 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017).

²⁰⁹ Nesse sentido, MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Cometários à Lei de ação civil pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

²¹⁰ Eles comentam que, desse modo, facilitaria “[...] o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal” (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011. p 147).

mais acertado é afirmar a competência segundo as regras de prevenção, reconhecendo-a em favor de uma das comarcas atingidas nesse Estado; d) Na hipótese de tutela coletiva que envolvam lesões ocorridas em *mais de um Estado* da Federação, mas sem que o dano alcance todo o território nacional, a ação será, conforme o caso, da competência de uma das varas estaduais ou federais da Capital de um dos Estados envolvidos, à escolha do colegitimado ativo. Mas sensato no parece utilizar as regras da prevenção, ajuizando a ação na Capital de um dos Estados atingidos, e deixando para ajuizá-la na Capital do Distrito Federal somente quando o dano tiver efetivamente o caráter nacional.

Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 147) salientam também que, em qualquer caso, a competência será de justiça local, por força do *caput* do artigo 93, do Código de Defesa do Consumidor e, assim, quando o dano for regional a competência será do foro da Capital do Estado. A divergência reside naqueles casos em que o dano se estende por mais de uma região ou for de amplitude nacional: para Egon Bockmann Moreira (2016, p. 207) a competência do local do fato não é exclusiva, porquanto o § 2º, do artigo 109, da Constituição Federal (reproduzido no artigo 51, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015), estabelece que quando a União for ré a ação poderá ser ajuizada tanto no foro do local do dano, quanto no do domicílio do autor, bem como no foro onde se encontra a coisa ou, ainda, no Distrito Federal. Ou seja, para além do ajuizamento na Justiça Federal, pode existir “[...] mais um foro possível – e não apenas o do “local do dano” [...]. Este artigo 2º, ou mesmo o tal art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, não pode excluir a competência constitucionalmente prevista, sobrepondo-se à Constituição”.

Os autores defendem que o artigo 93 e incisos do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 2º, da Lei da Ação Civil Pública – por força do referido artigo 90, da lei consumeirista – tratam, em verdade, de competência absoluta e, portanto, não há aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, nem possibilidade de derrogação ou prorrogação pelas partes²¹¹ (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011, p. 148).

²¹¹ Nesse diapasão, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 148), chamam a atenção de que “[...] Se assim se entender, não ficará ela submetida a modificações pela conexão e pela continência, nos termos do art. 102 e segs. do CPC [...] mesmo que se espouse entendimento contrário, qual seja, o da natureza relativa da competência territorial – dando-se ao art. 2º, da LACP, interpretação restrita à determinação de regra sobre competência de jurisdição [...], ainda permaneceria a questão: poderia a convenção das partes derrogar a competência territorial prevista no art. 93 do Código, mediante a estipulação de *foro de eleição*, nos termos do disposto no art. 111 do CPC? Impõem-se resposta negativa. Trata-se, na espécie, de ações coletivas, a que estão legitimados, a título de substituição processual [...], entes e pessoas que nenhuma relação jurídica de Direito Material tiveram ou têm com a parte contrária, de modo a tornar impraticável a eleição de foro”.

No fundo, a definição da competência para o processamento e julgamento das ações coletivas, segundo observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2016b, p. 102-103), passa pelo que

[...] hoje se vai chamando *diálogo das fontes* [...], ou seja, o desejável *entrelaçamento e complementariedade* entre as normas de regência sobrevindas *em tempos diversos*: o art. 2º da Lei 7.347 (1985), o art. 109, I e parágrafos, da CF (1988) e o art. 93 e incisos da Lei 8.078 (1990). Impende tomar tais dispositivos conjuntamente, em interpretação sistemática, sob as diretrizes da razoabilidade e da plenitude da ordem jurídica, tudo de molde a que ao final reste preservado o objetivo precípua, que é o da *efetiva* tutela judicial aos interesses metaindividuais.

Ou seja, considerando o microsistema de processo coletivo, a Lei da Ação Civil Pública e o Código do Consumidor devem ser conjugados para atender da melhor forma possível a defesa dos interesses coletivos.

4.1.3 Outros Aspectos Procedimentais

Importa referir – embora de forma bem ampla e genérica, sem a menor pretensão de esgotar o assunto – que, nos termos do artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor e dos artigos 3º e 4º, da Lei de Ação Civil Pública, são cabíveis todas as espécies de ações, preventivas, reparatorias ou cautelares, para garantir a eficácia da prestação da tutela jurisdicional. Ainda, as ações coletivas comportam a concessão de tutela liminar, nos termos do artigo 12 da Lei 7.347/85²¹².

Teori Albino Zavascki (2017, p. 62) salienta que uma leitura superficial e isolada do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública poderia sugerir que a sua finalidade seria apenas reparatoria²¹³. No entanto, trata-se de remédio destinado a garantir integralmente a tutela pretendida²¹⁴, conferindo “[...] a máxima efetividade da tutela coletiva, lançando-se mão das

²¹² Nesse sentido são as observações feitas por GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 107-112.

²¹³ No ponto, Moreira; et al.(2016, p. 238) assinala que pensar dessa forma seria o mesmo que admitir que “[...] a tutela desses direitos somente deva ocorrer depois de existente o *dano* [...] é afirmar que toda a coletividade – individualizada ou não – deve, primeiro, experimentar os efeitos da violação ao direito, para só então, poder obter prestação jurisdicional – que então se fará na reparação do prejuízo causado (muitas vezes, reconduzindo ao ressarcimento em dinheiro, pois impossível a tutela específica). Os efeitos da violação ao direito, paradoxalmente, seria condição necessária para a concessão de tutela ao mesmo direito: o sofrimento como requisito da cura [...]”.

²¹⁴ Diz Teori Zavascki (2017, p. 63) que “[...] a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e

técnicas processuais idôneas à concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva [...]” (MOREIRA; et al., 2016, p. 234-235).

As ações coletivas não se preocupam apenas com os danos ocorridos, mas também com os que possam continuar ou vir a ocorrer. Bem por isso, para além da tutela ressarcitória, também é possível a tutela cautelar, a tutela inibitória ou de remoção do ilícito e a tutela antecipada²¹⁵.

Evidentemente, para a concessão das tutelas de urgência ou de evidência deve ser demonstrado o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC, arts. 300, *caput* e 311, *caput*)²¹⁶, salvo nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 311, do Código de Processo Civil, quando essa comprovação estará dispensada.

Conforme dispõe o artigo 8º, *caput*, da Lei 7.347/85, para instruir a inicial poderão ser requisitadas, pelo interessado, certidões e informações às autoridades competentes, que devem fornecê-las no prazo de quinze dias. O Ministério Público, previamente ao ajuizamento da demanda, poderá instaurar inquérito civil (Lei 7.347, art. 8º, § 1º) para a coleta de provas e a reunião de “[...] elementos de convicção para eventual ação civil pública [...]” (MOREIRA; et al., 2016, p. 421). Se após a conclusão do inquérito civil, o Ministério Público se convencer de que não há fundamento para mover ação civil pública, promoverá o arquivamento dos autos (Lei 7.347/85, art. 9º, *caput*) e remeterá o caso ao Conselho Superior do Ministério Público (Lei 7.347/85, art. 9º, § 1º), que pode homologar ou rejeitar o arquivamento (Lei 7.347/85, art. 9º, §§ 2º e 3º). Se não homologar, designará outro órgão do Ministério Público para proceder ao ajuizamento da ação (Lei 7.347/85, art. 9º, § 4º).

Ainda, tanto o Código de Defesa do Consumidor (art. 84) quanto a Lei da Ação Civil Pública (art. 11) atribuem ao juiz do processo coletivo poderes peculiares, que o permitem, independentemente de pedido expresso do autor (CDC, art. 84, § 3º), valer-se de medidas como, por exemplo, a cominação de multa diária e a cessação imediata da atividade, com a finalidade de proporcionar ao jurisdicionado uma tutela efetiva e adequada. Isto porque, como

reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (= indenizações em dinheiro) ou pessoal (= de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios”.

²¹⁵ Lembra-se que a tutela cautelar é voltada para a prevenção do dano, ao passo que a tutela inibitória ou de remoção do ilícito, como o próprio nome diz, são voltadas para o ilícito, pouco importando a ocorrência ou não do dano (MOREIRA; BAGATIN; ARENHART; FERRARO, 2016. p. 265-266).

²¹⁶ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b, p. 128-129.

comentam Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 108), um dos principais focos da tutela coletiva é

[...] a mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra, etc.), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

Trata-se daquilo que a doutrina denomina de poder geral de cautela, em que o juiz, independentemente de requerimento do autor, poderá decretar qualquer medida (execução direta ou indireta²¹⁷) que permita “[...] tanto quanto possível, além da própria inibição do ilícito, a recomposição da situação havida antes de ter sido praticado ou do eventual dano que dele decorreu [...]” (MOREIRA; et al., 2016, p. 450).

Como ocorre nas ações individuais, as ações coletivas comportam a cumulação de pedidos²¹⁸ para torná-la “[...] instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção ao direito material da melhor forma e na maior extensão possível [...]”. A locução “ou” do artigo 3º da Lei nº 7.347/85 expressa “[...] a ideia de exemplificação, em substituição a “ou também” [...]”²¹⁹ (ZAVASCKI, 2016, p. 65).

A cumulação é possível tanto nas ações que visam à proteção dos direitos transindividuais, quanto naquelas que buscam a tutela dos direitos individuais homogêneos²²⁰.

²¹⁷ Moreira; et al. (2016, p. 451) lembram que são “[...] meios de execução direta (os sub-rogatórios, com as quais se realiza diretamente a decisão judicial) ou de execução indireta (os coercitivos, de emprego mais comum, mas também os indutivos positivos; isto é, aqueles meios que fazem com que o destinatário cumpra [ele mesmo] a ordem, seja em razão de um incentivo, seja em razão de uma possível consequência negativa [...])”.

²¹⁸ Nos dizeres de Teori Albino Zavascki (2017, p. 64) a dicção do artigo 3º “[...] levou certa corrente jurisprudencial a ver aí um comando de alternatividade, a impedir a cumulação de pedidos condenatórios de obrigação de prestação pessoal (= fazer e não fazer) com obrigação de pagar quantia. Essa conclusão, fundada em exegese literal, traz, como se percebe, consequências extremamente limitadoras da eficácia da ação civil pública, comprometendo sua aptidão para viabilizar adequadamente a tutela dos direitos coletivos e difusos [...]”.

²¹⁹ Esse é entendimento acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados como, por exemplo, no REsp 625.249/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 625.249/PR**, 1ª T. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Associação de Defesa do Meio Ambiente de Araucária – AMAR. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 15 ago 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017); no AgRg no REsp 1.170.532/MG, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.170.532/MG**, 1ª T. Recorrente: Eloízio da Silva Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 24 ago 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017), no REsp 1.087.783/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrigui (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.087.783/RJ**, 3ª T. Recorrente: TIM Celular S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel(a) Min(a). Nancy Andrigui. Brasília, 01 set 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017).

²²⁰ Teori Albino Zavascki (2017, p. 66-67) assevera que “[...] não se poderia imaginar que o legislador tivesse negado ao titular da ação correspondente os meios processuais adequados [...]. É por isso que, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição [...] e

Teori Zavascki (2017, p. 67) lembra que o sistema deve oferecer meios adequados para a obtenção da tutela, o que basta para autorizar a cumulação de pedidos, quando necessário.

Moreira; et al. (2016, p. 249) asseveram, contudo, que a cumulação de pedidos em sede de ações coletivas deve respeitar os limites do artigo 327 do Código de Processo Civil de 2015: pedidos compatíveis entre si, possibilidade de conhecimento pelo mesmo juízo e com adequação do procedimento para todos os pedidos. Os autores informam, também, que o Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a cumulação de pedidos quando haja risco de tumulto processual, a exemplo do que foi decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial 953.731/SP²²¹.

Embora a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não façam menção expressa à realização de audiências, é evidente que as ações coletivas comportam tanto as audiências de conciliação quanto as de instrução e julgamento. No caso da conciliação, a despeito da tutela de direitos indisponíveis (o que, em tese, não permitiria a realização de acordos pelo legitimado extraordinário²²²), Rodolfo de Camargo Mancuso (2016b, p. 312) adverte que

não com o de exclusão. Essa conclusão é confirmada por interpretação sistemática do artigo 83 da Lei 8.078/1990 [...] e o art. 25, IV, *a*, da Lei 8.625/1993, que é a Lei Orgânica do Ministério Público [...]. A outorga de meios processuais variados (= “todas as espécies de ações”) com a cumulação das múltiplas formas de provimento (= “proteção, prevenção e reparação”) evidenciam a intenção do legislador de dotar o autor da ação civil pública de instrumentos com elevado grau de aptidão para obter a tutela jurisdicional a mais completa possível, segundo as circunstâncias de cada caso. Não teria sentido imaginar que a tutela de direitos transindividuais (= difusos e coletivos) que exigisse prestações variadas devesse ser prestada em demandas separadas, uma para cada espécie de prestação. Isso, além de atentar contra o princípio da instrumentalidade e da economia processual, acarretaria a possibilidade de sentenças contraditórias e incompatíveis para a mesma situação de fato e de direito [...]”.

²²¹ O acórdão restou assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. ART. 292 DO CPC. CABIMENTO. REQUISITOS. DIVERSIDADES DE RÉUS. [...] 2. É assente nesta Corte a possibilidade de cumulação de pedidos, nos termos do art. 292 do Código de Processo Civil, quando houver na demanda ponto comum de ordem jurídica ou fática, ainda que contra réus diversos. [...] 4. Respeitados os requisitos do art. 292, § 1º, do CPC (= compatibilidade de pedidos, competência do juízo e adequação do tipo de procedimento), aos quais **se deve acrescentar a exigência de que não cause tumulto processual (pressuposto pragmático), nem comprometa a defesa dos demandados (pressuposto político), é admissível, inclusive em ação civil pública, a cumulação de pedidos contra réus distintos e atinentes a fatos igualmente distintos, desde que estes guardem alguma relação entre si**. 5. Seria um equívoco exigir a propositura de ações civis públicas individuais para cada uma das várias licitações impugnadas as quais, embora formalmente diversas entre si, integram uma sequência temporal de atos de uma única administração municipal e ocorreram no âmbito do mesmo órgão e programa social. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 953.731, 2ª T. Agravante: Pasqual Lustres Gonzalez. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 02 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 17 nov. 2017). (grifos nosso) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 953.731**, 2ª T. Agravante: Pasqual Lustres Gonzalez. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 02 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 17 nov. 2017).

²²² É o que comenta Ricardo de Barros Leonel (2017, p. 420), ao dizer que “[...] os entes públicos legitimados são habilitados a promover a defesa dos interesses metaindividuais. Não lhes foi conferida

[...] No âmbito da ação civil pública, deve sempre prevalecer o interesse na *efetiva tutela* dos valores maiores da sociedade civil, a que esse instrumento processual está vocacionado, de sorte que, se o objetivo colimado – proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado – puder ser alcançado pela via consensual, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar a legitimidade a essa solução consensual.

São permitidos todos os meios de prova, devendo ser oportunizado o contraditório. As audiências e a produção de provas seguirão o disposto no Código de Processo Civil.

Como o Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), essa regra deve ser utilizada em todas as ações coletivas, por ser regra especial em relação ao Código de Processo Civil de 2015.

Kazuo Watanabe (2015, p. 525-526) lembra que a prova pericial frequentemente é a principal nos processos mais complexos. Cabe ao juiz nomear perito e às partes indicar assistente técnico para acompanhar a realização da perícia. O juiz não fica vinculado ao laudo pericial (CPC, art. 436) e se alguma das partes produzir prova técnica fora dos autos, deve ser oportunizado o contraditório, nos termos do artigo 7º, do Código de Processo Civil de 2015.

Da sentença cabe apelação, à qual o juiz pode atribuir efeito suspensivo “para evitar dano irreparável à parte” (Lei 7.347/85, art. 14). O artigo 15 da Lei da Ação Civil Pública outorga legitimação sub-rogatória ao Ministério Público e a qualquer outro legitimado para promover a execução da sentença, no caso da parte autora não o fazer no prazo de 60 dias do trânsito em julgado.

Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 6) assinala que a Lei da Ação Civil Pública

[...] inspirou-se na legislação da ação popular, corrigindo-a onde necessário, para uma série de outros temperamentos, de modo a garantir às partes e à coletividade contra as pressões, a conclusão e os possíveis abusos: a punição da lide temerária, mediante sanções rigorosas aplicáveis aos diretores sociais (art. 17, parágrafo único), a condenação nos honorários de advogado, equitativamente fixados pelo juiz, no caso de pretensão manifestamente infundada (art. 17, *caput*). Mas, para não desencorajar às formações sociais, foi estipulada a dispensa da antecipação das custas processuais e dos honorários de perito (art. 18); e mesmo na hipótese de

legitimação para abdicar, nem mesmo parcialmente, da proteção outorgada pelo ordenamento jurídico aos interesses supraindividuais. Assim, em princípio não podem os legitimados públicos, autorizados a agir em juízo, efetuar composições em que haja o afastamento da tutela integral ao interesse, com renúncia parcial, ao direito material. Mesmo quando caracterizados interesses patrimoniais, ao ganharem dimensão coletiva adquirem conotação social, tornando-se indisponíveis processualmente, não obstante o lesado possa individualmente dispor de sua parcela. Ademais, os legitimados também não podem deles dispor, por não serem titulares de tais interesses. A renúncia, mesmo parcial, implicaria, nos individuais homogêneos, a necessidade de manifestação de todos os indivíduos titulares dos referidos direitos, o que seria inviável e fugiria à concepção e à sistemática do processo coletivo [...].”

improcedência, a isenção do pagamento de honorários advocatícios, ressalvados os casos mencionados [...].

O valor decorrente da sentença condenatória será revertido a um fundo administrado pelo Conselho Federal ou pelos Conselhos Estaduais compostos por representantes do Ministério Público e de representantes da comunidade e será destinado à reconstituição do bem lesado (Lei 7.347/85, art. 13).

Por fim, segundo o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, não há litispendência entre ações coletivas e ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão os autores das ações individuais que preferirem seguir com os seus processos a despeito da ação coletiva.

A doutrina destaca que o artigo faz menção apenas à identidade entre uma ação coletiva e uma ação individual, ignorando a possibilidade de poderem coexistir duas ações coletivas, “[...] fato que vem se tornando cada vez mais frequente e problemático” (MENDES, 2014, p. 272).

Como se sabe, o que caracteriza a litispendência é a identidade de partes, da causa de pedir e do pedido (CPC/2015, art. 337, §§ 1º e 2º). No entanto, quando se trata de ações coletivas, especialmente no que se refere aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, por conta da indivisibilidade do objeto, a doutrina entende que não se deve levar em consideração apenas o aspecto formal das partes, mas também analisar quem são os reais titulares do direito material envolvido para que se possa efetivamente verificar a litispendência.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 210-211) explicam que

[...] Tomando-se o confronto entre a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, parece inafastável que, entre ambas, pode existir identidade; parcial ou até mesmo total. É evidente que entre uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público, e outra, intentada por uma associação, tendo ambas o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, haverá relação de litispendência. [...]
Tal constatação não cede diante da diversidade no polo ativo da demanda, uma vez que, do ponto de vista subjetivo, tanto no confronto entre duas ações civis públicas como entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo ou uma ação popular, os respectivos autores *agem como substitutos processuais da coletividade*. Trata-se de legitimações extraordinárias, disjuntivas e concorrentes, podendo ser exercidas por qualquer dos legitimados, em nome próprio e no interesse da coletividade, mas podendo versar ambas sobre o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Nessas ações, é preciso considerar a “parte ideológica”, portadora em juízo de direitos e interesses de que é titular uma pluralidade de indivíduos.

Aluísio Mendes (2014, p. 274) defende que “[...] A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica”.

Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 13) sustenta que, embora o referido artigo não faça menção aos direitos individuais homogêneos, não há dúvida de que as ações respectivas estariam, sim, implicitamente incluídas²²³. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 214-215) ensinam que o caso não seria de litispendência, mas sim, de continência “[...] porquanto a parte ideológica, portadora em juízo dos direitos e interesses individuais homogêneos, abrange todos os seus titulares. [...] o objeto da ação coletiva, mais amplo, abrange o das ações individuais”. Sustentam esses doutrinadores que

[...] Aqui a situação é diferente da que ocorre com as ações em defesa de interesses difusos e coletivos, onde o objeto do processo [...] é diferente do objeto da ação individual [...]. Agora, o que se tem é uma ação coletiva reparatória aos indivíduos pessoalmente lesados, onde o objeto mesmo do processo consiste na condenação, genérica, a indenizar as vítimas pelos danos ocasionados. O pedido da ação coletiva contém os pedidos individuais, formulados nas distintas ações reparatórias, no que respeita ao reconhecimento do dever de indenizar²²⁴ (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011, p. 214).

Ainda contra a litispendência, os respeitadores doutrinadores sugerem a prejudicialidade das ações coletivas frente às ações individuais, sob o fundamento de que aquela “[...] poderia ser comprometida e embaraçada pelas ações individuais propostas, além da circunstância da inviabilidade da reunião de processos, que podem ser milhares” (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011, p. 215).

²²³ Nesse sentido é o comentário de Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 13), para quem “[...] Embora a primeira parte do art. 104 do CDC reconheça, expressamente, a incoerência de litispendência apenas nos casos dos incisos I e II do par. ún. do art. 81 – isto é, em ação sobre direitos difusos e coletivos – o certo é que a interpretação sistemática de todo o conteúdo do dispositivo legal autoriza a conclusão lógica de que nenhum tipo de ação coletiva inibe, por litispendência, as ações individuais”.

²²⁴ Diante disso, entendem que o problema deve ser solucionado com base nos artigos 104 e 105, do Código de Processo Civil de 1973 – hoje, artigo 56 e 57, do CPC/2015 – na medida em que é inegável a identidade dos sujeitos passivos, “[...] e quanto aos sujeitos ativos, a identidade resulta da circunstância de que o legitimado à ação coletiva é o *adequado representante* de todos os membros da classe, sendo portador, em juízo, dos interesses de cada um e de todos. [...] pelo art. 105 do CPC, [...] obrigatória a reunião dos processos, ficando preventa a competência do juízo perante o qual tiver primeiro ocorrido a citação válida [...]. É o que se dará com as ações individuais reparatórias quando do ajuizamento de uma ação coletiva com o mesmo objeto. A comparação jurídica, aliás, aponta hoje a nítida tendência no sentido de atribuir ao mesmo juízo a competência para o processo e julgamento das ações individuais de responsabilidade civil, que se apoiem no mesmo fundamento, em conjunto com as de grupo, exatamente para evitar julgados contraditórios” (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011, p.214-215).

Na prática, porém, os juízes vêm determinando a suspensão, de ofício, das ações individuais e julgando as ações coletivas, cujo resultado será aplicado em todas aquelas²²⁵.

Apesar da Lei da Ação Civil Pública não fazer menção à litispendência, o disposto na lei consumerista aplica-se integralmente no caso de confronto entre uma ação civil pública e uma ação individual ou entre duas ações civis públicas. É o que decorre do mencionado microsistema de processo coletivo e também do artigo 21 da Lei nº 7.347/1985, que manda aplicar à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, a Lei nº 8.078/90.

4.2 EFICÁCIA DAS DECISÕES E COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Estabelece o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública²²⁶ que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, no âmbito do território onde foi prolatada, salvo se a ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas. Na mesma linha, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, mas sem a limitação territorial prevista no outro diploma legal²²⁷. A sentença não fará coisa julgada no caso de improcedência da ação por falta de provas.

Como diz Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 1),

[...] A regra é a de que a coisa julgada fica, pois, limitada às partes do processo em que ela foi obtida. Entretanto, assim como já ocorria nas ações populares (art. 18 da Lei 4.717/1965 – LAP), a lei impôs que, nas ações civis públicas ou coletivas, a imutabilidade do *decisum*, em vez de ficar restrita às partes formais da relação processual, conforme o caso poderia estender-se *erga omnes* ou *ultra partes* (art. 16 da Lei 7.347/1985 – LACP e art. 103 do CDC). Assim, por exemplo, na procedência das ações civis públicas ou coletivas, a imutabilidade deverá estender-se a todo o grupo, classe ou categoria de lesados, os quais não estão representados nos autos,

²²⁵ Observação feita por GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 217.

²²⁶ A redação desse dispositivo legal foi estabelecida pela Lei nº 9.494/1997, gerando muitas críticas da doutrina, tendo em vista que limitou a abrangência da coisa julgada no “território do órgão prolator”. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 189-190) assinalam que essa regra “[...] contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história”.

²²⁷ Vale dizer, “[...] Em se tratando de ação civil pública ou de ação coletiva, um mesmo fato lesivo pode atingir o interesse coletivo e o interesse individual de certos membros da comunidade. Quando isto se dá, a coisa julgada, formada no processo coletivo, não fica restrita às pessoas que ocuparam as posições de parte na relação processual. Seus efeitos podem manifestar-se *erga omnes*, propiciando benefícios a terceiros cujos interesses individuais se enquadram na hipótese apreciada de forma coletiva” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 12).

mas sim estão substituídos processualmente pelos legitimados extraordinários mencionados no art. 5º da LACP e art. 82 do CDC²²⁸.

O dispositivo foi objeto de fortes críticas, por ter estabelecido limite territorial para os efeitos da decisão. A imutabilidade não pode ficar restrita a um local, pois o direito pertence a uma multiplicidade de pessoas indeterminadas. Nos dizeres de Teori Zavascki (2017, p. 73)

[...] A interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu polo ativo, é única e incindível (= indivisível). Como tal, a limitação territorial da “coisa julgada” é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (= circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (= que é fenômeno do mundo dos pensamentos).

Assim, a regra deve ser interpretada em conjunto com os artigos 93 e 103 da Lei Consumerista. Como observado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 186-187), inicialmente a jurisprudência não compreendeu que o preceito não diz respeito à competência, mas sim considera o pedido. Ao proferir a sentença, o juiz estará emitindo provimento para todos²²⁹.

Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 2),

[...] é inócua a restrição trazida pela Lei 9.494/97 ao artigo 16 da LACP, no sentido de que a imutabilidade do *decisum* ficaria restrita “aos limites da competência

²²⁸ Esse doutrinador explica que “[...] Em linhas gerais, podemos dizer que a imutabilidade da coisa julgada assim se determina: a) *inter partes*, no caso de ação individual; b) *erga omnes*, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, quando julgada procedente; c) *erga omnes*, quando, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, quando a improcedência se funde em qualquer motivo que não seja a falta de provas; d) não haverá coisa julgada material, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, quando a improcedência se dê por falta de provas; e) *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de lesados, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses coletivos, quando julgada procedentes; f) *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de lesados, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses coletivos, quando a improcedência se funde em qualquer outro motivo que não seja a falta de provas; g) não haverá coisa julgada material, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses coletivos, quando a improcedência se dê por falta de provas, salvo para os lesados que tenham intervindo na ação coletiva; h) *erga omnes*, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses individuais homogêneos, quando seja julgada improcedente por qualquer motivo, salvo para os lesados individuais que tenham intervindo na ação coletiva” (MAZZILLI, 2005, p. 1-2).

²²⁹ Nas palavras desses doutrinadores “[...] O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia *erga omnes*, abrangendo todos [...]. Ou a demanda é coletiva, ou não o é; ou a coisa julgada é *erga omnes*, ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá clara relação de litispendência entre as várias ações ajuizadas nos diversos Estados da Federação” (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011. p. 186-187).

territorial do juiz prolator”, pois que, nas ações de natureza coletiva que envolvam danos regionais ou nacionais, a competência do juiz prolator abrangerá todo o território da lesão (art. 93 do CDC, aplicável à defesa de qualquer interesse transindividual, referente ou não ao consumidor, cf. art. 21 da LACP).

Não faltou quem achasse que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública estaria revogado tacitamente pelo Código de Defesa do Consumidor²³⁰.

Na verdade, a limitação territorial da coisa julgada prevista no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é fruto de uma confusão entre institutos inconfundíveis: coisa julgada, competência e efeitos da decisão. A competência é tão somente um “[...] critério utilizado para a distribuição da atividade jurisdicional entre os vários magistrados existentes [...]”, não guardando nenhuma relação com a imutabilidade do julgado. Os efeitos da decisão decorrem da atividade jurisdicional como ato do Estado e, sendo assim, a decisão sempre gerará efeitos perante todos, independentemente de serem partes ou terceiros. Isso nada tem a ver com a autoridade da coisa julgada, muito menos com a competência do órgão prolator da decisão (MOREIRA; et al., 2016, p. 554-555). Ou seja,

[...] Não é possível, assim, condicionar a extensão dos efeitos da decisão judicial nem a coisa julgada aos limites territoriais da competência do órgão decisor. Se o magistrado *tem competência para julgar certa demanda*, não age então em nome próprio, mas como representante do Estado – ou melhor, como o *próprio Estado*. Há aí simplesmente jurisdição, como uma das facetas do Estado (MOREIRA; et al., 2016, p. 555).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2916b, p. 412) também entende que limitar a coisa julgada à competência territorial do órgão prolator da sentença significa, além de “[...] restringir, de alguma forma, a *eficácia natural* da coisa julgada nas ações coletivas [...]”, atrelar a coisa julgada à competência do órgão judicial, institutos que absolutamente não se confundem²³¹.

²³⁰ Nesse sentido, MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Cometários à Lei de ação civil pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 551-552. De outro lado, esses doutrinadores afirmam que “[...] a par dessa limitação posteriormente inserida [...], tem-se que a LACP, a princípio desenhada para a tutela de direitos propriamente coletivos, não apresenta, em seu art. 16, quanto a eles, regime de incompatibilidade com o que prevê o artigo 103 do CDC, até mesmo contemplando igualmente a exceção de não formação da coisa julgada na improcedência por falta de provas” (MOREIRA; BAGATIN; ARENHART; FERRARO, 2016, p. 551-552).

²³¹ O autor chama a atenção de que, quando se fala em ações coletivas, “[...] nossa jurisdição é *unitária e nacional*, e a essa realidade brasileira deve adequar-se o conceito de coisa julgada, que não é um efeito da sentença e sim uma *qualidade* – a imutabilidade-indiscutibilidade – que àqueles se agrega [...]”. Ele afirma, ainda, que “[...] impende reconhecer que a expansão territorial do julgado coletivo não é atrelada à competência do órgão judicial [...], nem pode ser *criada* pelo juiz, mas se encontra na razão direta da *dimensão do objeto*

Em vários julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é inaplicável, ao argumento de que o legislador confundiu conceitos (eficácia da sentença com coisa julgada), devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor à ação civil pública. No entanto, outros acórdãos prestigiam a aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/85, admitindo que a sentença produz efeitos (coisa julgada *erga omnes*) nos limites territoriais do órgão prolator quando se estiver diante da tutela de direitos individuais homogêneos²³².

Outra questão prende-se ao artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a competência residual da justiça local. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 192) entendem que

[...] o âmbito de abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado.

Em conclusão: a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz

litigioso (individual homogêneo, coletivo, difuso), a par do *âmbito de irradiação* do interesse considerado: local, regional, nacional [...]” (MANCUSO, 2016b, p. 416-417).

²³² No REsp 399.357/SP, a 3ª Turma entendeu que o artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública não poderia ser aplicado em nenhum caso, especialmente quando se tratasse de ações coletivas em defesa do consumidor, em que há regra específica sobre a coisa julgada no artigo 103 e incisos, do Código de Defesa do Consumidor, sendo esta norma especial em relação a do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública. Sustentou-se que não se confunde eficácia da decisão com coisa julgada, de modo que “[...] O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença. Os efeitos da sentença produzem-se “*erga omnes*”, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 399.357/SP**, 3ª T. Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Rel(a). Min(a). Nancy Andrigui. Brasília, 17 mar 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017). No julgamento do REsp 1.243.386/RS, também foi afastada completamente a regra do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.243.386/RS**, 3º T. Recorrente: Sindicato Rural de Passo Fundo Sertão e Santiago e Monsanto do Brasil Ltda. Recorrido: Os mesmos. Rel(a). Min(a). Nancy Andrigui. Brasília, 12 jun 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017). De outro lado, no julgamento do REsp 1.414.439/RS, a 6ª Turma entendeu que “[...] a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.414.439/RS**, 6ª T. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal. Min. Rel. Rogério Schiatti Cruz. Brasília, 16 out 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 17 nov. 2017). No REsp 1.114.035/PR, o entendimento foi no sentido de que a única possibilidade de aplicação do artigo 16, da Lei 7.347/85, é no caso de ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.114.035/PR**, 3ª T. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasília, 07 out 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017).

competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz (GRINOVER; WATANABE; NERY JÚNIOR, 2011, p. 192-193).

Teori Zavascki (2017, p. 73) observa, contudo, que a redação do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública está intimamente relacionada com o disposto no artigo 2º-A, da Lei nº 9.494/97, que limitou a eficácia da sentença (e não da coisa julgada) aos indivíduos que residissem no território onde foi prolatada. Sob essa ótica, parece fazer algum sentido que, tratando-se de direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada fiquem restritos à competência territorial do órgão prolator²³³.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2016b, p. 387) assinala que o efeito *erga omnes* da coisa julgada previsto no artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública – e o mesmo pode ser dito em relação ao artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor – guarda “[...] simetria com o largo espectro dos conflitos metaindividuais [...]”, tendo em vista que promovem “[...] a tutela judicial de interesses muito expandidos ao interno da sociedade civil, ora aderentes à inteira coletividade (caso dos *difusos*), ora referidos a expressivos segmentos (caso dos *coletivos em sentido estrito*) [...]”²³⁴. E, quanto ao efeito *ultra partes*, a lógica parece ser a mesma.

Certos doutrinadores sustentam que os direitos individuais homogêneos não se submetem ao artigo 16, da Lei 7.347/85²³⁵. O dispositivo seria aproveitável apenas para os direitos difusos e coletivos.

²³³ Segundo Teori Zavascki (2017, p. 73-74), “[...] em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial que se refere o art. 16 da Lei 7.347/1985 diz respeito apenas à eficácia das sentenças proferidas em ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494/1997, e não, propriamente, às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais”.

²³⁴ Paulo Valério Dal Pais Moraes (2011, p. 3-4), nesse sentido, dá a entender que as leis nem precisariam dispor expressamente sobre o efeito *erga omnes* e *ultra partes*, pois o que comanda a extensão da coisa julgada é o direito material. Assim, sustenta o autor que “[...] se os interesses são difusos, coletivos ou individuais homogêneos, eventual decisão que conceda a ação de direito material veiculada na ação processual para a defesa daqueles somente poderá ter como limite o espectro de abrangência das lesões perpetradas, bem como a localização dos sujeitos que se enquadrem naquelas realidades jurídicas [...]. Como resultado, o regime da coisa julgada nas ações que envolvem interesses difusos é completamente inócuo, pois a extensão do julgado será comandada pelo direito material, cuja realidade em si é suficiente para o delineamento dos limites subjetivos e objetivos da *res iudicata*”.

²³⁵ Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011 p. 191), “[...] o art. 16 da Lei 7.347/85, em sua nova redação, só se aplica ao tratamento da coisa julgada nos processos em defesa de interesses difusos e coletivos, podendo-se entender modificados apenas os incs. I e II do art. 103 do CDC. Mas, nenhuma relevância tem com relação ao regime da coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, regulado exclusivamente pelo inc. III do art. 103 do CDC, que permanece inalterado [...]. Ineficaz, pelas razões expostas, com relação à coisa julgada nas ações em defesa de interesses individuais homogêneos, o acréscimo introduzido pela medida provisória ao art. 16 da LACP é igualmente inoperante, com relação aos interesses difusos e coletivos. Já agora por força da alusão à competência territorial. É que, como dito, a competência territorial nas ações coletivas é regulada expressamente pelo art. 93 do CDC

Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix (2008, p. 240-242) lecionam que, quando se tratar de direitos transindividuais, a coisa julgada só pode operar *erga omnes* porque “[...] A satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação dos interesses de todos os outros; assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros [...]”. Para os direitos individuais homogêneos é diferente. O sistema é do *opt out* ou *opt in*: o primeiro permite que qualquer membro da coletividade requeira a sua exclusão da demanda coletiva para não sofrer os efeitos da respectiva coisa julgada, independentemente do resultado da ação, positivo ou negativo; o segundo é o contrário, permitindo o ingresso de todos na ação coletiva e a voluntária sujeição aos efeitos da coisa julgada²³⁶.

Esse é o sistema adotado no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor: os autores das ações individuais têm trinta dias para requerer a suspensão dos seus respectivos processos, sob pena de não se beneficiarem da ação coletiva²³⁷.

Contudo, segundo Moreira; et al. (2016, p. 572-573), o Superior Tribunal de Justiça vem determinando a suspensão, de ofício, de todas as ações individuais que estejam tramitando concomitantemente à ação coletiva, em nome da isonomia e da eficácia da prestação jurisdicional²³⁸:

[...]. E a regra expressa da *lex specialis* é no sentido da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional”.

²³⁶ Moreira; et al (2016, p. 242) explicam que de acordo com o critério *opt out* aqueles membros que não optaram por sair da demanda coletiva, serão partes e sofrerão os efeitos da coisa julgada, razão pela qual “[...] O sistema exige ampla divulgação da demanda, por todos os meios de comunicação e – quando possível – até pessoal, para que os membros da classe que não queiram ser abrangidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, possam exercer seu direito de opção, retirando-se do processo. Esse critério sofre sérias críticas em diversos países, porque, afinal das contas, a coisa julgada atingirá (podendo prejudicá-los) pessoas que não participaram da demanda [...]”. Já, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix (2008, p. 242), lecionam que o critério *opt in* significa que “[...] Quem não manifestar vontade de *inclusão* no processo, não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela. Essa técnica também exige ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem incluídos no processo [...]”.

²³⁷ Nesse sentido, MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Cometários à Lei de ação civil pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 573. Eles explicam que, nesses casos, “[...] se a pessoa fizer a opção por não suspender seu processo individual, será excluída do grupo e não será abrangida pela decisão coletiva (o legitimado extraordinário não será mais o seu substituto processual). Não é que a sentença coletiva deixe de ter eficácia *erga omnes*, como sempre tem; é apenas que, de antemão, sua pretensão é retirada da esfera coletiva: não será objeto de julgamento, diante do que é impossível a formação da coisa julgada. A ação individual fica à sua própria sorte, ou seja, em princípio, poderia a demanda coletiva ser rejeitada, mas acolhida a individual [...]” (MOREIRA; BAGATIN; ARENHART; FERRARO, 2016, p. 573).

²³⁸ Apesar disso, Moreira; et al (2016, p. 574) chamam a atenção de que é preciso analisar as peculiaridades do caso individual, porque “[...] Por exemplo, no processo individual pode-se ter o reconhecimento da prescrição ou mesmo do pagamento, e aí não haverá como se beneficiar da decisão coletiva de procedência. Ainda, pode ocorrer que a pretensão seja julgada improcedente no processo individual por conta de que as

[...] Evita-se, assim, o dispêndio pulverizado e desnecessário de recursos, além de garantir a isonomia entre os interessados e evitar situações que exigiriam, em princípio, até mesmo ação rescisória. A lógica [...], é reforçada pelo CPC, que, em diferentes oportunidades, determina a suspensão dos processos que versem sobre questão repetitiva [...] (MOREIRA; et al., 2016, p. 575).

Aluísio de Castro Mendes (2014, p. 276) assinala que o legislador agiu com acerto ao estender os efeitos da sentença a todo grupo, classe ou categoria (Lei nº 8.078/90, art. 103, II), porque, “[...] Do contrário, os interesses seriam divisíveis e qualificáveis como individuais homogêneos [...]”.

É importante salientar que a extensão da coisa julgada não se verifica em caso de improcedência por insuficiência de provas, ficando aberta a possibilidade de nova ação coletiva ou ação individual, pois “[...] não seria justo que terceiros fossem vinculados ao insucesso processual de entes para os quais não outorgaram qualquer poder de representação” (WURMBAUER JÚNIOR, 2016, p. 33).

No caso de procedência da ação, o benefício é irrestrito para todos (Código do Consumidor, art. 103), o que motivou a crítica de Aluísio de Castro Mendes (2014, p. 277), ao entender ser

[...] desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos inc. I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

Moreira et al. (2016, p. 571-572) assim comentam:

[...] Não obstante não haja “coisa julgada *erga omnes* em relação ao julgamento de improcedência nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais de massa, de modo a permanecer aberta a via individual, deve-se questionar se a decisão coletiva em tal hipótese de fato, não deveria ter nenhuma repercussão para as demandas individuais, dada a relevância da técnica de tutela coletiva de interesses individuais como instrumento não apenas de acesso à Justiça, mas também – e especialmente, no que aqui interessa – de isonomia e economia processual.

[...] se as ações de classe são importantes, para o Judiciário, como mecanismo de padronizar as decisões sobre pretensões e questões de massa (além da preferência

provas demonstraram que não tem aquele direito, e não simplesmente porque os aspectos examinados no processo coletivo foram apreciados de maneira diversa no individual. Basta pensar em uma questão de direito em relação à qual tenha havido idêntica conclusão, mas mesmo assim o processo individual desemboque em improcedência, verificando-se *in concreto* que aquele indivíduo não tem a pretensão alegada – resultado negativo este que pode ser igualmente alcançado nas liquidações individuais da decisão coletiva. Aí, não há como o indivíduo se beneficiar da decisão coletiva, justamente porque existem outros fatores que impedem tal benefício”.

por efetivar a decisão de maneira igualmente coletiva, quando o caso), a solução de deixar aberta, sem qualquer restrição, a via individual torna tal mecanismo claramente insuficiente.

Por outro lado, não se pode ignorar o risco, em termos de isonomia, que a possibilidade de pulverização de ações individuais pode gerar, caso não haja significativos entraves ao acesso à Justiça. Uma das razões de ser da aglutinação das pretensões de massa é justamente evitar que tratamento diverso seja dispensado nas centenas, milhares ou mesmo milhões de demandas individuais [...]. Possibilita-se a existência de demandas fragmentadas por todo o Judiciário nacional, ensejando a adoção de entendimentos diversos [...]. Também há quebra de isonomia na prestação da tutela jurisdicional em sentido amplo, já que usuários que se encontrem em situação similar receberão as mais variadas respostas da mesma instituição [...].

Por essas razões, tendo-se ainda que conviver com a opção legislativa de ausência da coisa julgada para os indivíduos na hipótese de decisão coletiva de improcedência, **a solução adequada parece ser a aplicação, em princípio, do resultado coletivo nos processos individuais futuros (ou mesmo naqueles que tenham ficado suspensos na pendência da demanda coletiva), a fim de concretizar o princípio da igualdade e a eficiência na atividade jurisdicional.** (grifos nosso)

Os efeitos da coisa julgada, destarte, seguem a lógica do *secundum eventum litis e in utilibus*: “[...] por conta da política adotada para o processo coletivo no Brasil, os efeitos da sentença coletiva só podem ser tomados em benefício das vítimas e sucessores, jamais em seu prejuízo [...]” (WURMBAUER JÚNIOR, 2016, p. 33).

O sistema, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2016b, p. 402), tem em conta que

[...] nessas ações se realiza a tutela de um interesse que é metaindividual, e que, portanto, concerne a um número mais ou menos indeterminado de indivíduos; todavia, a ação é ajuizada por um “portador credenciado”, um “representante adequado” (Ministério Público, Defensoria Pública, entes políticos, associações, órgão público), o que afasta, obviamente, a possibilidade de se proceder a uma sorte de “consulta prévia” ao interno da coletividade ou do segmento concernente ao objeto litigioso, nem pode o portador judicial agir *ad referendum* dos indivíduos ou da classe concernente.

[...] no plano da jurisdição *coletiva*, a *condição legitimante* não tem como ser extraída a partir da afetação da *titularidade* do direito ou do interesse a um sujeito determinado, mas, diversamente, repousa no binômio “*representação adequada – relevância social do interesse*”, o que possibilita prescindir da *presença efetiva* de todos os interessados, até como condição para viabilizar o manejo da ação.

Bruno Wurmhuber Júnior (2016, p. 33) observa que essas garantias, na prática, podem ter efeito contrário ao esperado, na medida em que não impedem o ajuizamento de ações individuais concomitantemente a uma ação coletiva²³⁹. Tal apontamento não deixa de ser verdadeiro, mas seria injusto ignorar que as regras da Lei Consumerista, apesar das

²³⁹ O doutrinador assinala que essa situação acaba “[...] assoberbando o judiciário e desvalorizando as vantagens do próprio processo coletivo. Como as vítimas e sucessores não são prejudicados pela coisa julgada coletiva, não valorizam o processo coletivo como deveriam [...]” (WURMBAUER JÚNIOR, 2016, p. 33).

dificuldades encontradas na prática, representam uma tentativa corajosa de inibir essa simultaneidade das ações individuais e coletivas.

4.3 CABIMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA EM AÇÕES COLETIVAS

O estudo acerca do cabimento do incidente de assunção de competência em ações coletivas exige uma construção baseada em todas as teorias e princípios até aqui analisados a respeito das ações coletivas e do incidente de assunção de competência.

Vale observar, de início, que o legislador não indicou o tipo de ação em que seria possível suscitar o incidente de assunção de competência, o que permite concluir que as ações coletivas não estão excluídas.

Nas ações coletivas, como visto, há coisa julgada *erga omnes* sempre que a sentença for de procedência (Lei 7.347/85, art. 16 e CDC, art. 103, I a III), atingindo a todos os autores de ações individuais que requereram a suspensão dos seus processos individuais até o julgamento definitivo da lide coletiva, nos termos do artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰.

No caso de improcedência, também haverá coisa julgada *erga omnes*, salvo se o fundamento da sentença for a insuficiência de provas (Lei 7.347/85, art. 16 e CDC, art. 103, I, II e III). Neste caso, tratando-se de interesses ou direitos difusos, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, “valendo-se de nova prova”. Aliás, tanto para os interesses ou direitos difusos quanto para os interesses ou direitos coletivos, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os interesses individuais dos sujeitos pertencentes à coletividade ou ao grupo, classe ou categoria (CDC, art. 103, § 1º).

Como logo se verá, a boa intenção de evitar consequências negativas para quem não participou do processo, acaba por prejudicar os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da razoável duração dos processos, pois não resolve o problema do ajuizamento de demandas idênticas.

Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 390) comenta que se

²⁴⁰ Importa lembrar, como visto, que o Superior Tribunal de Justiça tem determinado a suspensão automática das demandas individuais, independentemente de requerimento. De todo modo, isso não prejudica a análise que será feita.

[...] o interesse das ações de classe está na padronização das decisões sobre uma certa matéria e na inviabilização de multiplicação de demandas repetidas, a solução do direito positivo é francamente insuficiente.

[...] Ademais, esse sistema estimula a falsa suposição de que, na via individual, o titular do direito possa obter resultado distinto daquele conseguido na via coletiva, em nítido prejuízo à segurança jurídica e à isonomia²⁴¹.

Daí a importância dos mecanismos capazes de uniformizar a jurisprudência, inclusive nas ações coletivas. Tais instrumentos, como já sabido, são o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência, para além, claro, do aprimoramento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

O incidente de assunção de competência busca inibir o ajuizamento de ações individuais semelhantes e compor ou evitar divergências internas nos tribunais (CPC, art. 947, § 4º), não sendo destinado aos casos massificados – porque para esses o legislador previu o incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso poderia induzir ao entendimento de que o instituto foi idealizado somente para as ações individuais, pois a probabilidade de reiteração dessas demandas é certamente maior do que nas ações coletivas, embora essa hipótese não possa ser descartada.

No entanto, mais do que prevenir ou compor divergências, parece que o principal objetivo do incidente de assunção de competência é o de firmar a interpretação sobre uma relevante questão de direito com grande repercussão social (CPC, art. 947, *caput*). Bem por isso, o instituto mostra-se perfeitamente adequado para as ações coletivas, que cuidam precisamente dos direitos transindividuais e individuais homogêneos sobre temas de grande interesse público.

Soma-se a isso o fato de que a decisão no incidente de assunção de competência vincula, obrigatoriamente, todos os órgãos fracionários relacionados ao tribunal prolator do acórdão, atingindo – mais do que nas ações coletivas – um número significativo de pessoas e evitando, ainda que por via oblíqua, o ajuizamento repetido de ações sobre a mesma ou similar relevante questão de direito com grande repercussão social.

Tudo recomenda, assim, reconhecer o cabimento do incidente de assunção de competência no âmbito das ações coletivas, pois, repita-se, é inegável a possibilidade da existência concomitante de duas ou mais ações coletivas tratando de idêntica ou semelhante questão de direito relevante com grande repercussão social.

²⁴¹ Isto porque, o julgamento do processo coletivo forma verdadeiro precedente que pode ser levado em conta pelo juiz do caso individual em julgamento. Além disso, não se pode descartar a possibilidade de cada ação individual receber tratamento diverso, muito embora, tratem da mesma questão.

Em outras palavras, relevantes questões de direito com grande repercussão social, tanto no plano material quanto no processual, representam a essência do direito coletivo *lato sensu*, pelo que parece notória a compatibilidade entre o incidente de assunção de competência e as ações coletivas.

Como sustenta a doutrina, a relevância das ações coletivas está no fato de se caracterizarem como

[...] demandas objetivas que se prestam a dar efetividade a direitos fundamentais plurissubjetivos, multiculturais, multidimensionais e intergeracionais. Direitos esses que necessitam de provimentos estruturantes, dúcteis e variáveis no espaço-tempo. Direitos esses, ademais, que precisam de outra estrutura procedimental para que possam ser adequadamente tutelados. [...] (MOREIRA; et al., 2016, p. 50).

Um dos principais pontos da “estrutura procedimental” das ações coletivas é o efeito *erga omnes* de suas decisões para beneficiar a coletividade envolvida na demanda.

De um lado, o mecanismo das ações coletivas possibilita a prolação de “[...] decisões judiciais a envolver milhares de pessoas, ou mesmo destas exigirem conjuntamente o cessamento de atividades nocivas ao convívio social [...]” (VENTURI, 1995, p. 6); de outro, há o incidente de assunção de competência, que trata de relevantes questões de direito²⁴² com grande repercussão social ou que necessitem de composição ou prevenção de divergências e que também produz decisões capazes de atingir milhares de pessoas, até com mais intensidade porquanto, na assunção de competência – diferentemente das ações coletivas – o jurisdicionado não tem a faculdade de optar pelo prosseguimento da sua demanda individual ou sequer pedir a suspensão até o julgamento final do incidente (CDC, art. 104).

Lembre-se que na assunção de competência todos os processos em andamento na circunscrição do tribunal julgador, que versarem sobre a mesma relevante questão de direito, serão – obrigatoriamente – suspensos até o julgamento definitivo do incidente. Natural, portanto, que se possa utilizar a assunção de competência também nas ações coletivas para evitar a tramitação simultânea de ações individuais similares sobre determinada relevante questão de direito que tenha grande repercussão social ou que necessite fixar uma linha para os entendimentos divergentes.

Em verdade, a técnica da assunção de competência, nos dizeres da doutrina, é o

²⁴² Circunstância que diferencia substancialmente o incidente de assunção de competência das ações coletivas *lato sensu*, porquanto estas também discutem as questões de fato, como não poderia deixar de ser.

[...] resultado das modernas tendências do processo civil brasileiro de coletivização da tutela jurisdicional e da valorização de precedentes judiciais, a exemplo da experiência dos países que adotam o *common law*.

Buscou-se, com a introdução de tal técnica, estabelecer uma eficiente solução para o problema da falta de celeridade nos julgamentos e da patologia sistêmica ocasionada pela possibilidade de existência no ordenamento jurídico de decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntico tema, lesionando a segurança jurídica e a isonomia entre os jurisdicionados (CABEZAS, 2013, p. 314).

Se determinada questão de direito relevante pode surgir em ações individuais, a ponto de permitir a instauração do incidente para tornar vinculativa a decisão em todos os casos presentes e futuros, então, repita-se, não há como negar o cabimento do incidente de assunção de competência nas ações coletivas, que tratam, por sua natureza, de questões de direito relevantes e com ampla repercussão social.

Estabelecido o cabimento do incidente de assunção de competência nas ações coletivas, resta determinar que espécies de direitos coletivos melhor se compatibilizam com o instituo.

Nos tópicos anteriores fez-se a análise – sumária – dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos, bem como das respectivas características. Os direitos difusos e coletivos – transindividuais – dizem respeito aos interesses de pessoas indeterminadas ou determinadas pelo grupo, classe, comunidade em que estão inseridas, transcendendo o direito subjetivo individual. Estes – os individuais homogêneos – são essencialmente direitos individuais muito semelhantes entre si, que devem ser reconhecidos e tutelados de modo uniforme, ainda que particularizado na medida do dano sofrido.

Nesse contexto, não pode haver sombra de dúvidas de que o incidente de assunção de competência é cabível em qualquer espécie de direito coletivo, tanto nas ações que tutelam os direitos transindividuais, quanto nas que defendem os individuais homogêneos.

A sua aplicação nas ações relativas a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* justifica-se por sua finalidade precípua de fixar uma tese sobre determinada relevante questão de direito com grande repercussão social. Já, nas ações que defendem direitos individuais homogêneos, o incidente mostra-se adequado para compor ou prevenir divergências jurisprudenciais, além de inibir a reiteração de ações idênticas, pois a tese firmada deverá ser aplicada a todos os casos presentes e futuros²⁴³.

²⁴³ Não se pode ignorar, contudo, que quanto aos direitos individuais homogêneos, o incidente de resolução de demandas repetitivas parece ser o instrumento mais compatível. O que se deve ter sempre em mente é que, no caso do incidente de assunção de competência, não se fala em processos de massa ou, nas palavras do

Nessa perspectiva, Rodolfo de Camargo Mancuso (2016b, p. 404-405) defende a utilização do incidente de assunção de competência nas ações de defesa dos direitos individuais homogêneos. Diz o autor:

[...] É que nesses casos as ações se identificam por um *núcleo comum*, a saber, no exemplo dado, a ingestão de medicamento que é nocivo *aos seres humanos*; logo, não há razão para que esse fato venha a ser deduzido e aferido em reiteradas ações individuais.

No direito posto, bem se poderia realizar essa importante *prevenção da deletéria atomização dos conflitos coletivos* mediante o otimizado emprego da *assunção* (ou deslocamento, ou afetação) de competência – CPC/2015, § 1º do art. 947 – na medida em que tal técnica permite ao Pleno ou Órgão Especial do Tribunal, em reconhecendo *interesse público* na causa provinda do órgão fracionário, não apenas fixar tese jurídica (como se dava no incidente de uniformização de jurisprudência – CPC/1973, art. 479), mas também “julgar o recurso” – § 2º, do art. 947. [...]

Com efeito, sendo objetivo da assunção de competência, em última análise, a garantia de concretização uniforme do direito – “[...] de forma horizontal, ou seja, [...] oferecer as mesmas garantias – na mesma intensidade e no mesmo grau de proteção – aos demais litigantes que se apresentam ao Poder Judiciário [...]”²⁴⁴ (ARENHART, 2014, p. 229) – o seu cabimento em qualquer espécie de direito coletivo *lato sensu* parece estar plenamente demonstrado.

O incidente de assunção de competência nas ações coletivas permite a efetiva homogeneidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, propicia segurança jurídica. O instrumento é compatível com qualquer espécie de direito coletivo em sentido amplo, embora, no caso dos direitos individuais homogêneos, deva ser afastado quando se verificar a repetição em múltiplos processos, pois, daí, caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas²⁴⁵.

legislador, em “múltiplos processos”, o que não significa que não possa haver repetição da relevante questão de direito com grande repercussão social.

²⁴⁴ Essa é a lógica extraída da ideia de que as leis infraconstitucionais devem ser analisadas e utilizadas sob a ótica da lei constitucional. Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 229) diz que “[...] se há, de um lado, várias garantias individuais processuais, oferecidas pela Constituição Federal, há também em outro vértice a necessidade de pensar em tais garantias de forma horizontal [...]. Além disso, é preciso considerar as necessidades do próprio Poder Público, e a sua capacidade de administrar a justiça a todos os litigantes da melhor forma possível”.

²⁴⁵ Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 47-48), no que tange aos direitos individuais homogêneos, leciona que “[...] Os interesses de massa constituem, indiscutivelmente, interesses individuais (subjetivos). Com efeito, como demonstra a doutrina, tais direitos são titularizados por indivíduos determinados, porém, por constituírem direitos (individuais) de feições idênticas ou muito semelhantes (o que os converte em direitos de massa, ou seja, direitos individuais, mas pertencentes igualmente a uma massa de sujeitos), admitem – e mesmo recomendam proteção coletiva, por meio de uma única ação. Assim deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução unívoca. [...] A caracterização de um

Ainda que proteção dos direitos individuais homogêneos não esteja expressamente prevista na Constituição Federal de 1988,

[...] parece que essa garantia pode ser extraída implicitamente do sistema constitucional, desde que se compreenda de forma adequada a importância e as características desse tipo de interesse. Os direitos individuais homogêneos [...], não constituem, a rigor, espécie distinta de interesses, apartada dos direitos individuais, mas que devem ser agrupados em um processo por serem idênticos ou muito semelhantes. Ora, se é assim, pode-se ter que os direitos individuais homogêneos são exatamente os mesmos interesses individuais clássicos, apenas com coloração processual distinta. **Sempre que os interesses individuais puderem, com utilidade, ser reunidos e decididos de uma só vez, porque comuns os pontos de fato e de direito em que se sustentam, poderão ser caracterizados como interesses individuais homogêneos, merecendo sujeitar-se à tutela coletiva**” (ARENHART, 2014, p. 48-49). (grifos nosso)

Daí por que parece plausível a possibilidade da assunção de competência quando a relevante questão de direito com grande repercussão social estiver repetida em alguns processos, mas não ao ponto de configurar demandas em massa.

Outro fator que concorre para o cabimento do incidente de assunção de competência nas ações coletivas é a sua legitimidade ativa. Tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública detém legitimação para as ações coletivas, como legitimados extraordinários, e igualmente podem suscitar o incidente de assunção de competência (CPC, art. 947, § 1º), o que só reforça a percepção de que ambos os institutos versam sobre questões jurídicas de grande relevância e repercussão social.

Se, por exemplo, o Ministério Público for autor de uma ação coletiva em que se discuta relevante questão de direito com grande repercussão social ou em que seja necessário compor ou prevenir divergências jurisprudenciais, nada mais razoável do que suscitar o incidente no bojo da própria ação coletiva, sem prejuízo da eventual iniciativa dos demais legitimados.

O incidente de assunção de competência permite oferecer tutela jurisdicional uniforme a um grande número de pessoas. Rodolfo de Camargo Mancuso (2016, p. 451) sublinha que

interesse como individual homogêneo, assim, está ligada, *exclusivamente*, a questões processuais, ou seja, à maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único. [...] Sendo essa a específica essência dos assim chamados interesses individuais homogêneos, nenhuma dúvida pode existir sobre a possibilidade (senão, necessidade) de tutela coletiva. Na realidade, mais do que uma simples permissão legal, a tutela coletiva desses interesses também tem – tal como ocorre com a proteção dos interesses coletivos e difusos – assento constitucional [...]”.

[...] A expressiva judicialização das recorrentes macrolides, através das tantas ações coletivas envolvendo os interesses metaindividuais, nem sempre resultou no êxito esperado, em virtude de fatores diversos, dentre os quais se contam: uma certa dificuldade da comunidade jurídica para bem assimilar, compreender e distinguir os sub-tipos de interesse metaindividual (difusos, coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos); a utilização inadequada, senão por vezes errática das ações coletivas, comprometendo o objetivo primordial de se alcançar uma resposta jurisdicional *molecular*, na expressão de Kazuo Watanabe. O trâmite concomitante de demandas individuais e de ações coletivas, sobre um mesmo *thema decidendum*, engendra, a par das dificuldades de rito, ainda o risco de decisões contraditórias, tudo agravado, no âmbito do processo coletivo, pela agregação de coisa julgada de eficácia expansiva. Tal ambiente judicial dispersivo compromete a segurança jurídica, desprestigia a função judicial e desserve os jurisdicionados.

A falta de um sistema eficaz de precedentes vinculantes gerou o grave problema de decisões contraditórias e foi por meio das ações coletivas que o legislador brasileiro procurou oferecer uma solução racional²⁴⁶. Apesar do esforço, na prática o êxito não foi alcançado, circunstância que só favorece a aplicação do incidente de assunção de competência nas demandas coletivas.

Nunca será demais reiterar que o incidente de assunção de competência

[...] tem por objeto a definição sobre qual a solução a ser dada a uma questão de direito [...] definir a solução uniforme e uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; [...] produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer. [...] (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 3-4).

É verdade que esses doutrinadores estão tratando do incidente de resolução de demandas repetitivas. Porém, como bastante defendido na presente pesquisa, os dois institutos muito se assemelham, pelo que as considerações sobre aquele podem perfeitamente ser

²⁴⁶ Nesse sentido, diz Aluísio de Castro Mendes (2014, p. 41-42) que “[...] Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da *civil law*, do sistema vinculativo de precedentes (*satre decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade. Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante a lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia. A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário, passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais. As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminarem as disfunções supramencionadas, [...], eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias”.

aplicadas ao incidente de assunção de competência, com as devidas e necessárias adaptações²⁴⁷.

Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 393) leciona que o sistema coletivo

[...] não pode ser lido de maneira autônoma, desvincilhada de outras regras da legislação processual nacional. E, atualmente, é possível encontrar nessas outras regras diversos mecanismos instituídos a impedir a rediscussão de temas já enfrentados. Esses instrumentos, desenhados no específico interesse do Poder Judiciário de desincumbir-se do volume excessivo de demandas semelhantes que lhe são submetidas, têm também incidência na relação entre as ações coletivas – e, especialmente, entre estas e ações individuais – o que pode alterar substancialmente a proteção imaginada pelas regras da coisa julgada coletiva.

Superadas as dúvidas sobre o cabimento da assunção de competência nas ações coletivas para a tutela de quaisquer espécies de direitos coletivos (transindividuais e individuais homogêneos), a questão que surge é referente aos efeitos da decisão proferida no incidente: se segue a lógica das ações coletivas, isto é, causa vinculação apenas conforme o resultado do acórdão (ou seja, *secundum eventum litis* ou *in utilibus*) ou se gera vinculação independentemente do resultado favorável ou adverso para a coletividade.

4.4 PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DA EXTENSÃO SUBJETIVA DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÕES COLETIVAS CONFORME O RESULTADO DA LIDE

A questão a ser analisada, agora, diz com a possibilidade de relativizar a extensão subjetiva dos efeitos do acórdão proferido em assunção de competência suscitado no bojo de uma ação coletiva. Isto porque, como é bem sabido, as ações coletivas foram pensadas e inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a ideia de poder aglutinar o maior número de pessoas que buscam a tutela de direitos idênticos, em um único processo para, com isso, obterem a mesma solução. Desse modo, seria possível evitar a prolação de decisões

²⁴⁷ Foi bastante referido que a assunção de competência se difere das demandas repetitivas por conta do requisito negativo da não repetição em múltiplos processos. Mas, como demonstrado, isso não significa que não possa haver vários processos discutindo a mesma relevante questão de direito que possui grande repercussão social ou que necessite de composição ou de prevenção de interpretações dissonantes. O que não é admitido para suscitar o incidente de assunção de competência é a repetição em massa. Sendo assim – e como vem sendo defendido – os dois institutos (demandas repetitivas e assunção de competência) possuem íntima ligação, de modo que as regras daquele pode ser aplicadas subsidiariamente a este.

contraditórias para os casos semelhantes, proporcionar a segurança jurídica e minimizar o problema da morosidade na tramitação dos processos²⁴⁸.

Uma das principais características – se não a mais relevante – que torna o processo coletivo ímpar e distinto do que se vê nas ações individuais é a extensão subjetiva dos efeitos de sua decisão, ou seja, a possibilidade de produzir coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* (Lei 7.347/85, art. 16 e CDC, art. 103, I, II e III).

Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 3) assinalam:

[...] Na ação coletiva, a situação jurídica coletiva é a questão principal do processo – o seu objeto litigioso. Algumas questões não podem ser questões principais de ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985. **O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser a situação jurídica coletiva julgada.** [...] A ação coletiva pode ser proposta por alguns legitimados e a decisão final vincula o grupo, necessariamente, e os membros do grupo, caso queira sair (op out) do âmbito da incidência da ação coletiva, propor a sua ação individual ou nela prosseguir, uma vez informado da pendência do processo coletivo²⁴⁹. (grifos nosso)

Vale comentar que a expressão *ultra partes* diz respeito a um conjunto de pessoas mais limitado que nos direitos difusos, isto é, aplica-se a um determinado grupo, categoria ou classe. Por essa razão o legislador optou em não utilizar o termo *erga omnes*, mas sim *ultra partes*. Apesar disso, parece forçoso reconhecer que, na essência, ambas as expressões têm o mesmo significado, na medida em que a sentença proferida atingirá uma coletividade, mesmo que, no caso dos direitos coletivos em sentido estrito, um pouco mais limitada²⁵⁰.

Além disso, ao estabelecer que a sentença coletiva não produz coisa julgada na improcedência por falta de provas, o legislador quis atribuir ao julgado efeito *secundum eventum litis* e *in utilibus*. Isso significa que no direito coletivo

²⁴⁸ Nesse sentido, é o comentário de Aluísio de Castro Mendes (2014, p. 282), para quem “[...] uma das finalidades precípua da tutela jurisdicional coletiva é a de possibilitar a economia processual, com a eliminação ou redução dos processos individuais, em prol do fortalecimento da defesa e resolução coletiva dos conflitos [...]”.

²⁴⁹ Uma coisa é certa: com as ações coletivas se busca um tratamento uniforme para casos iguais, visando a garantia da isonomia e da segurança jurídica.

²⁵⁰ Nesse sentido é o comentário de Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 1): “[...] **O regime dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações em defesa dos interesses coletivos, é exatamente o mesmo traçado para as ações em defesa dos interesses difusos.** [...] A única diferença reside na diversa extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros, consoante se trate de interesses difusos ou de interesses coletivos. No primeiro caso, é própria da sentença a extensão da coisa julgada a toda a coletividade, sem exceção; no segundo, a natureza mesma dos interesses coletivos restringe os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Eis a razão da redação do inc. II do art. 103, seja no que concerne à substituição da expressão *erga omnes*, do inc. I, pela mais limitada *ultra partes*, seja ao que se refere à expressa limitação “*ao grupo, categoria ou classe*”. (grifos nosso)

[...] **a extensão da coisa julgada poderá beneficiar, jamais prejudicar, os direitos individuais.** Eis aí a **extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva.** O que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua *extensão* à esfera individual dos integrantes do grupo. É a extensão *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada que depende do resultado da causa, consistindo no que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada. Julgado procedente o pedido, ou improcedente após a instrução suficiente, haverá coisa julgada para os legitimados coletivos, podendo, entretanto, serem propostas demandas individuais em defesa dos respectivos direitos individuais. Em caso de improcedência por falta de prova, não haverá coisa julgada, podendo qualquer legitimado coletivo repropor a demanda coletiva, sendo igualmente permitido a qualquer sujeito propor sua demanda individual. Quer dizer que as demandas individuais podem ser propostas em qualquer caso de improcedência (CUNHA, 2011, p. 257). (grifos nosso)

Sob a ótica da proteção ao indivíduo – de não ser prejudicado quem não participou efetivamente do processo – a regra deve ser vista com bons olhos. Mas, sob a ótica da administração da justiça, isso fez com que as ações coletivas não produzissem o resultado de evitar a proliferação de demandas individuais, justamente porque a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* opera apenas *secundum eventum litis* e *in utilibus*, isto é, basicamente nos casos de procedência. Isso conduz a

[...] duas conclusões. No caso de improcedência, os indivíduos sempre têm aberta a porta para o ajuizamento de demanda particular para tentar satisfazer a mesma pretensão, salvo na hipótese em que tenham expressamente aderido à demanda coletiva, como lhes faculta o art. 94 do CDC. Por outro lado, segundo a doutrina majoritária, havendo julgamento de improcedência do pedido, outra demanda *coletiva* estará sempre inviabilizada, pouco importando a razão da decisão desfavorável (ARENHART, 2014, p. 391-392).

Em suma, porque as ações coletivas objetivam a proteção de uma multiplicidade de sujeitos e porque os reais interessados não figuram diretamente no processo, sendo substituídos pelos legitimados extraordinários, a coisa julgada e os efeitos da sentença serão *erga omnes* ou *ultra partes* apenas para beneficiar a coletividade, isto é, somente nos casos de procedência (*secundum eventum litis* e *in utilibus*).

O incidente de assunção de competência, por sua vez, embora não produza coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, gera efeito vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários relacionados com o tribunal prolator do julgado (por isso, diz-se que o acórdão forma autêntico precedente vinculante), atingindo todos os processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma relevante questão de direito com grande repercussão social ou que apresente necessidade de compor ou prevenir divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC/2015, art. 947, § 3º c/c art. 985, I e II).

O problema é que – diferentemente do que ocorre nas ações coletivas – o incidente de assunção de competência não prevê solução *secundum eventum litis* (ou *in utilibus*), de modo que a leitura pura e simples do dispositivo legal permitiria entender que a tese fixada no acórdão seria vinculante mesmo quando prejudicial à coletividade.

De fato, até se poderia cogitar de uma vinculação para o bem ou para o mal, pois o incidente de assunção de competência comporta, como visto, a participação efetiva dos terceiros. No entanto, Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 4) comenta que

[...] se a decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas resolve uma questão que interessa a muitos, tal decisão não tem qualquer diferença daquela que, em ação individual, resolve questão que posteriormente não pode ser rediscutida. Esta última decisão também resolve questão que pode constituir prejudicial ao julgamento dos casos de muitos. **Sucedo que, como não poderia ser de outra forma, a decisão proferida no caso de um apenas pode beneficiar terceiros, nunca prejudicá-los** (art. 506 do CPC/2015). (grifos nosso)

É verdade que o doutrinador está se referindo às demandas repetitivas, mas como o incidente de assunção de competência também trata de relevante questão de direito com grande repercussão social o mesmo entendimento parece inteiramente aplicável ao instituto.

Nas ações coletivas, sustenta-se que a sentença só deve ter efeitos *erga omnes* e *ultra partes* quando favorável à coletividade (isto é, *secundum eventum litis* e *in utilibus*) porque os indivíduos são representados pelo substituto processual e, portanto, não têm a oportunidade de defender diretamente o seu direito. Todavia, o incidente de assunção de competência permite a participação dos interessados, o que retira a força do argumento. O problema está nos casos sucessivos, que igualmente sofrerão as consequências do acórdão proferido na assunção de competência, sem a possibilidade de participação dos futuros interessados. Será justo que venham a sofrer os efeitos prejudiciais da decisão? Parece que não.

Na mesma linha de Marinoni, também se entende que em nenhuma hipótese o acórdão no incidente de assunção de competência poderá acarretar efeito vinculante prejudicial *erga omnes*. A solução, especialmente quando se fala no incidente em sede de ações coletivas, sempre será *in utilibus* para todos os jurisdicionados, tanto nos processos suspensos, quanto nos casos futuros.

Outro argumento a favor da vinculação plena em qualquer resultado – seguindo novamente a linha de compreensão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero – reside no fato de que o acórdão na assunção de competência serve apenas para firmar uma tese de

direito, “sem repetição em múltiplos processos”. O objetivo da assunção de competência seria “apenas” uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

Acontece que o acórdão no incidente de assunção de competência por força do efeito vinculante e *erga omnes* (CPC, art. 947, § 3º), acaba afetando inexoravelmente uma multiplicidade de pessoas, inclusive porque o juiz pode/deve julgar liminarmente improcedente o pedido que contrarie a tese firmada no incidente (CPC/2015, art. 332, III e art. 487, I). Só isso bastaria para justificar, no caso do incidente em ações coletivas, a vinculação *in utilibus*, nunca para prejudicar terceiros.

As partes que tiveram seus processos suspensos por causa do incidente não têm a faculdade de continuar com a sua demanda individual, desvinculando-se da assunção de competência e assumindo o risco de sua escolha, como acontece nas demandas coletivas. Os processos obrigatoriamente ficarão suspensos até decisão final do incidente e as causas, necessariamente, serão decididas com base no acórdão da assunção de competência. Eis mais um motivo para reforçar o entendimento de que a vinculação só deverá ocorrer *secundum eventum litis e in utilibus*, a despeito da participação mais ativa ou não dos interessados no julgamento do incidente.

Como o acórdão em assunção de competência atingirá diretamente o direito subjetivo de terceiros, inclusive daqueles que nem tomaram conhecimento do incidente²⁵¹, prevaleceria a regra estabelecida para as ações coletivas nos artigos 16 da Lei da Ação Civil Pública e 103, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor, isto é, de que a sentença produz coisa julgada *erga omnes* e efeitos *ultra partes* apenas nos casos de procedência da ação? Ou aplica-se a regra do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil, sem mitigação, isto é, o acórdão do incidente de assunção de competência vincula tanto para beneficiar quanto para prejudicar a coletividade atingida?

²⁵¹ Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 202) assinala que “[...] não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. Quando muito, o que se pode questionar é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando, seja pessoalmente, seja pela defesa de um terceiro. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada), *sem que a situação jurídica deste tenha sido objeto de defesa ou de atenção no processo*. Pode-se até ir além, e afirmar mais propriamente que essa possibilidade de reação para terceiros circunscreve-se, apenas àqueles chamados terceiros juridicamente interessados, ou seja, terceiros que mantêm com uma das partes relações jurídicas dependentes ou conexas com as que constituem o objeto do processo. [...] Desse modo, é possível concluir que nenhuma estranheza deve causar o fato de terceiros serem atingidos pelos efeitos de decisões judiciais. Obviamente, as partes, como sujeitos naturalmente envolvidos na relação jurídica discutida no processo, estão na linha de frente de tais efeitos, mas nada indica que apenas elas devam ou sejam apanhadas por tais consequências [...]”.

O entendimento que se adota na pesquisa é no sentido da vinculação *sucundum eventum litis e in utilibus*: o acórdão no incidente de assunção de competência só produz efeitos expansivos no bojo de ações coletivas para beneficiar os terceiros, nunca para prejudicar os substituídos no processo.

Esse pensamento considera que as “antinomias jurídicas” são proibidas em nosso ordenamento jurídico e tem inspiração no “diálogo das fontes”, valorizando o princípio da máxima efetividade das ações coletivas e o princípio da especialidade.

Entende-se por antinomia jurídica

[...] *incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo ordenamento jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência sistemática e para que se alcance a efetividade máxima da pluralista teleologia constitucional* (FREITAS, 2002, p. 102). (grifos do autor)

O “diálogo das fontes” possibilita a interação entre as normas gerais e as normas especiais, “[...] disciplinadoras de determinadas relações [...], autorizando uma aplicação da norma jurídica que maximizar vantagens para aquele que ocupa uma posição que exige tratamento diferenciado e protetivo” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 83). Quando os critérios tradicionais de resolução das antinomias jurídicas não se mostram suficientes e, diante de uma “[...] pluralidade de leis ou fontes, que possuem campos de aplicação, ora coincidentes, ora não coincidentes [...]” (MARQUES, 2004, p. 35), torna-se viável o aproveitamento de certo ponto de uma norma sobre a outra para alcançar a melhor solução para o caso concreto²⁵².

Especificamente quanto aos efeitos subjetivos expansivos do acórdão no incidente de assunção de competência em ações coletivas, o “diálogo das fontes” parece ser instrumento indispensável, pois, como explica Cláudia Lima Marques (2004, p. 60-61),

[...] 1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei que pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma lei é a central do sistema e a outra um microssistema específico [...]
2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, dependendo de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático*

²⁵² Cláudia Lima Marques (2004, p. 57) leciona que o critério do “diálogo das fontes” se caracteriza no “[...] esforço para procurar novas soluções plurais [...] visando justamente evitar-se a “antinomia” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial dos campos de aplicação. Evitando, assim, a “incompatibilidade” total (“conflitos de normas” ou conflitos entre as normas de duas leis, conflitos “reais” ou “aparentes”), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a “não-coerência” do sistema plural brasileiro [...]”.

de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais) e, ainda, indicando a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente [...].

3) há, ainda, o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei [...], ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes), alcançados em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

A partir do “diálogo das fontes” surge outro critério de grande importância para a solução dos conflitos entre leis: o princípio da especialidade. Sempre que houver duas normas regulamentadoras de determinada questão, deve prevalecer aquela que for considerada especial em detrimento da geral, pois, como afirma Eros Roberto Grau (2010, p. 1-2),

[...] a doutrina consolidou regras que permitem ao intérprete eliminar aparentes conflitos entre textos normativos.

[...] Um deles afirma que “a lei especial prevalece sobre a lei geral”. Sua função sistêmica é evidente: o texto normativo especial – vale dizer, *voltado à disciplina de determinada e individualizada situação* – deve prevalecer sobre a regra geral, cuja hipótese normativa abrange situações concretas não marcadas pela peculiaridade tomada como relevante pela norma especial.

[...], a norma geral é dotada de uma compreensão (conjunto das notas de cada norma) menor e de uma extensão (sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.

As normas regulamentadoras das ações coletivas, notadamente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, são especiais em relação ao Código de Processo Civil e, conseqüentemente, em relação à disciplina do incidente de assunção de competência instaurado no âmbito de uma ação coletiva. Assim, parece lógico concluir que, quando o incidente for suscitado no bojo das ações coletivas, o regramento especial (Lei nº 7.347/85, art. 16 e Lei 8.078/90, art. 103, I, II e III) deve prevalecer sobre a previsão genérica do artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil.

Nem teria sentido que uma decisão sobre questão de direito posta em ação coletiva seja absolutamente dissociada da que envolverá o mérito da causa. Assim, se o incidente de assunção de competência for instaurado em ação coletiva, as normas de direito coletivo devem preponderar sobre as regras genéricas do Código de Processo Civil, naquilo que forem incompatíveis.

Isso atende a um terceiro critério, tão importante quanto os demais: o princípio da eficiência, que leva ao princípio da máxima efetividade. Cumpre esclarecer que eficiência e efetividade não se confundem: esta é o resultado daquela. Eficiente deve ser a atividade

jurisdicional; efetividade é a realização de um resultado adequado e justo ao direito tutelado²⁵³. Quanto mais eficiente for o juiz na condução do processo, maior será a efetividade da sua decisão. O princípio encontra, agora, previsão expressa no artigo 8º, do Código de Processo Civil de 2015.

No âmbito do processo coletivo, Fabiano Carvalho (2015, p. 280) salienta que “[...] o juiz deverá valer-se de todos os instrumentos eficientes, isto é, aqueles que se acomodem perfeitamente à efetividade da tutela coletiva [...]”. Nessa senda, se o incidente de assunção de competência tramita dentro de uma ação coletiva, devem ser aplicadas as regras da coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, previstas nos artigos 16, da Lei da Ação Civil Pública e 103, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor, com efeito vinculante *erga omnes* do acórdão. Isso é o que decorre dos princípios da eficiência e da máxima efetividade para extrair o melhor de cada norma na concretização do direito.

Vale dizer,

[...] O princípio da efetividade está intimamente ligado ao valor social e deve ser utilizado pelo juiz da causa para abrandar os rigores da inteligência vinculada exclusivamente ao Código de Processo Civil – desconsiderando as especificidades do microsistema regente das ações civis –, pois aquele tem como escopo servir de instrumento para a solução de litígios de caráter individual.

Nos litígios de natureza coletiva, o intérprete terá de forçosamente buscar os valores que foram objeto da tutela por parte do legislador, o que pode decorrer da compreensão do alcance de alguns de seus princípios de interpretação, como no caso do princípio da efetividade.

Há também o princípio da máxima efetividade do processo coletivo, que legitima o aumento dos poderes do órgão jurisdicional no processo coletivo, com fundamento no interesse público que envolve a lide. O juiz age de acordo com o que determina a Constituição, de forma a concretizar de fato as expectativas da coletividade, por vezes indo além do mero impulso oficial que lhe é peculiar (STJ, REsp 1.279.586/PR, 4ª T. Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Resumindo, os efeitos expansivos da decisão proferida no incidente de assunção de competência em ações coletivas devem ser relativizados em vista dos princípios e dos objetivos da tutela coletiva. Normalmente, o acórdão tem efeito vinculante nos casos presentes e futuros para todos os juízes e órgãos fracionários subordinados ao tribunal prolator, seja para o bem, seja para o mal. No caso do incidente em ação coletiva, o efeito vinculante seria apenas em benefício da coletividade. Isso promove a isonomia, a segurança jurídica, a celeridade processual e, por via oblíqua, proporciona mais proteção ao

²⁵³ Nesse sentido, CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In: MILARÉ ÉDIS. **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271-275.

jurisdicionado. Vale dizer, nas ações coletivas os efeitos expansivos do acórdão devem necessariamente seguir a regra *secundum eventum litis e in utilibus*, ajustando-se à lógica do sistema processual coletivo.

Desse modo, proferido o acórdão no incidente de assunção de competência em ação coletiva, caberá a cada julgador subordinado ao tribunal analisar, no caso concreto, se há semelhança da relevante questão de direito e, principalmente, se a aplicação da tese fixada será favorável ao interesse coletivo, na prática. Ou seja, tratando-se de ação coletiva há mais um requisito a ser observado antes de aplicar a tese estabelecida no incidente: o efetivo benefício para a coletividade.

Daí resulta que, nas ações coletivas, o acórdão proferido em assunção de competência nem sempre vinculará, automaticamente, todos os juízes e órgãos fracionários. Verificando que, a despeito da semelhança da relevante questão de direito, o acórdão do incidente poderá ser prejudicial para os substituídos na ação coletiva, o julgador deve rejeitar a aplicação da tese jurídica. Em outras palavras, tratando-se de ação coletiva, o efeito vinculante do precedente poderá ser afastado, no caso concreto, o que acentua a importância da análise profunda e exaustiva do caso julgado e do caso em julgamento, tendo em vista todas as suas circunstâncias e peculiaridades.

4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A tutela jurisdicional coletiva caracteriza-se pela proteção de uma coletividade de pessoas, determinadas ou não, que devem receber o mesmo tratamento por estarem ligadas a uma situação de fato ou de direito semelhante. Os direitos coletivos compreendem os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos. Os dois primeiros são denominados pela doutrina como direitos transindividuais, têm objeto indivisível, pertencem a todos, mas ao mesmo tempo não pertencem a ninguém. O último – individual homogêneo – é, na essência, um direito individual, que reclama tratamento isonômico quando a lide versar sobre idêntica questão de fato ou de direito.

A tutela jurisdicional coletiva faz-se presente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1.934, mas foi com a Constituição Federal de 1.988 que o tema ganhou o merecido destaque, muito por conta do direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). A sua inspiração provém de ordenamentos filiados ao sistema da *civil law*, sobretudo o italiano, por

influência de Mauro Capelleeti, cujos escritos, nas décadas de 60 e 70, apontaram a existência de outros direitos para além dos individuais.

Ao longo dos tempos, diversas leis esparsas de promoção da tutela coletiva foram sendo criadas, dentre as quais é importante destacar a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), pioneira em nosso ordenamento jurídico; a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), considerada pela doutrina o marco do sistema processual coletivo; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Todas essas leis formam o chamado microssistema de processo coletivo, que se integra e se subsidia permanentemente. No centro do microssistema, acham-se a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, instrumentos fundamentais para a tutela jurisdicional coletiva. Entre as peculiaridades do microssistema destacam-se a legitimação ativa extraordinária, em que os verdadeiros titulares do direito são representados por substitutos processuais, não atuando diretamente em sua defesa; a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, além dos efeitos da sentença *secundum eventum litis* e *in utilibus*, pois o seu objetivo primeiro é a proteção da coletividade.

A tutela dos direitos coletivos busca minimizar os problemas gerados pelo direito constitucional de amplo acesso à justiça, que provocou o acúmulo de demandas individuais, muitas vezes tratando das mesmas questões de direito e, apesar disso, recebendo soluções totalmente desconexas. Naturalmente, essa situação agravou o problema da insegurança jurídica e da morosidade processual.

Em razão das características próprias das ações coletivas, o problema da multiplicação de demandas não foi estancado, o que gerou a necessidade de criar outras técnicas para garantir a isonomia das decisões judiciais. O incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 e parágrafos do Código de Processo Civil apresenta-se como um autêntico precedente vinculante, na medida em que o seu acórdão vincula todos os órgãos fracionários e juízes ligados ao tribunal prolator. Os efeitos da decisão alcançam todos os processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma relevante questão de direito com grande repercussão social ou quando seja necessário prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Por tratar de relevante questão de direito com grande repercussão social – objeto inerente às ações coletivas – e em razão do efeito vinculante do acórdão, o incidente de assunção de competência pode ser entendido como um instrumento verdadeiramente capaz de

conter o ajuizamento de demandas repetitivas, o que não foi possível conseguir só por meio das ações coletivas, desde que não haja repetição em múltiplos processos, pois, nessa hipótese, o instrumento adequado será a resolução de demandas repetitivas.

O incidente de assunção de competência é cabível tanto nas ações individuais quanto – com muito mais razão – nas ações coletivas para a defesa dos direitos transindividuais e dos direitos individuais homogêneos, quando envolver relevante questão de direito com grande repercussão social e para prevenir ou compor divergências entre câmaras ou turmas do tribunal sobre relevante questão de direito.

Como o legislador não previu em que circunstâncias o acórdão do incidente seria vinculante, o entendimento adotado é no sentido de que, no âmbito de ação coletiva, o efeito estabelecido no § 3º, do artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015 ocorrerá somente *in utilibus* e *secundum eventum litis*, ou seja, só para beneficiar a coletividade envolvida. Seria incoerente que o mérito da causa pudesse ser decidido em conflito com o julgamento da questão incidente. Com base no “diálogo das fontes” e aplicando os princípios da especialidade, da eficiência e da máxima efetividade deve o julgador privilegiar a norma especial em detrimento da regra geral (as normas do microsistema de tutela coletiva são especiais em face do Código de Processo Civil), buscando extrair o melhor para produzir um resultado adequado, justo e efetivo.

5 CONCLUSÃO

Como visto, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou expressamente o direito de acesso à justiça ao lado de outros direitos processuais fundamentais, como a razoável duração do processo e o devido processo legal, percebeu-se a necessidade de uniformizar a jurisprudência para proporcionar ao jurisdicionado uma tutela justa, adequada, coerente, segura e tempestiva.

É que, em razão do direito de acesso à justiça, nas últimas décadas houve um gigantesco aumento de ações judiciais, muitas delas versando sobre as mesmas questões de fato ou de direito; outras tantas discutindo questões de grande repercussão social, que reclamavam uma solução harmônica. No entanto, o que se viu, na prática, foi a existência de decisões judiciais totalmente distintas em casos que mereciam – pela semelhança – o mesmo tratamento.

Instalou-se, na expressão de Eduardo Cambi, uma jurisprudência lotérica, que fomentou a interposição de recursos e agravou o problema da morosidade processual, para além da insegurança jurídica.

Tais circunstâncias levaram os operadores do direito a reclamar a criação de mecanismos para uniformizar a jurisprudência e assegurar o respeito às decisões dos órgãos superiores. Os instrumentos que existiam – as ações coletivas, as súmulas vinculantes, o incidente de uniformização de jurisprudência, a assunção de competência, o julgamento de recursos repetitivos nas instâncias superiores – não alcançaram o objetivo desejado.

Disso resultou a elaboração de um novo Código de Processo Civil, todo repaginado e voltado para concretizar a uniformidade dos julgados e, conseqüentemente, conferir segurança jurídica. Influenciado nas práticas do *common law* e por alguns institutos existentes nos demais países adeptos a *civil law*, o legislador instituiu novos instrumentos, como o incidente de resolução de demandas repetitiva e o incidente de assunção de competência, além de aprimorar o procedimento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, todos voltados para o fortalecimento dos precedentes judiciais. Criou-se, assim, aquilo que a doutrina denomina de “microsistema de precedentes obrigatórios”, com os quais se busca alcançar a almejada coerência e unidade do direito.

Como demonstrado ao longo da pesquisa, o incidente de assunção de competência não é bem uma novidade, já que no revogado Código de Processo Civil havia previsão

semelhante no artigo 555, § 1º. O que o legislador fez, em verdade, foi unificar o incidente de uniformização de jurisprudência (previsto nos artigos 476 e seguintes, do Código de Processo Civil de 1973, revogado) e a assunção de competência, dando ao atual instituto, novos contornos para o seu melhor aproveitamento.

Assim, foram estabelecidas três hipóteses de cabimento: quando se tratar de relevante questão de direito com grande repercussão social; quando for necessário compor divergência de entendimento acerca de uma relevante questão de direito; e, ainda, quando for conveniente prevenir divergência sobre a relevante questão de direito (CPC/2015, art. 947, *caput* e § 4º). Incluíram-se no rol dos legitimados ativos, para além do relator, as partes, o Ministério Público (como parte ou como fiscal da lei) e a Defensoria Pública; permitiu-se a sua instauração em sede de qualquer recurso, reexame necessário ou ação de competência originária (antes, só cabia em agravo de instrumento e apelação), o que significa que tanto os tribunais de segundo grau quanto os superiores têm competência para processar e julgar a assunção.

Certamente, a mudança mais importante e significativa foi a atribuição de eficácia vinculante *erga omnes* ao acórdão, que antes servia apenas para mera orientação. Proferida a decisão no incidente de assunção de competência, o acórdão será vinculante para todos os órgãos fracionários e juízes de primeiro grau subordinados ao tribunal. E a tese fixada deverá ser aplicada a todos os processos pendentes e futuros que versarem sobre a mesma relevante questão de direito. Isso dá ao incidente de assunção de competência a característica de um autêntico precedente vinculante.

Em razão da eficácia vinculante, há uma série de peculiaridades que devem ser observadas: a permissão de intervir ativamente do incidente todos os que poderão sofrer a influência do julgado; a participação do *amicus curiae*; a exigência de fundamentação profunda e exaustiva, bem como análise de todas as circunstâncias que envolvem a relevante questão de direito.

Embora, como visto, antes da criação do incidente de assunção de competência houvesse outros instrumentos com objetivos semelhantes, esses não produziram os resultados desejados. As ações coletivas para defesa dos direitos transindividuais e individuais homogêneos – que podem envolver um número incontável de pessoas – possibilitam que, a um só tempo, milhares de pessoas recebam a tutela do Estado.

Tendo a evidente intenção de proteger a coletividade, o sistema apresenta várias peculiaridades, sendo a de maior destaque, para os fins da pesquisa, a produção da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*. De regra, a coisa julgada só opera em benefício da coletividade e, por isso, especialmente no caso dos direitos individuais homogêneos, a improcedência não impede o ajuizamento de demandas individuais para discutir exatamente o que fora debatido na ação coletiva. Isso acarretou, por óbvio, a reprodução de questões idênticas à que já havia sido julgada. De todo modo, é evidente que a previsão da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *in utilibus* se destina à proteção da coletividade.

Daí porque se sustenta, no estudo, o cabimento do incidente de assunção de competência em ações coletivas – sem prejuízo, é claro, das ações individuais. O incidente deve tratar apenas de questão de direito relevante com grande repercussão social, o que é característica inerente às ações coletivas. E, como o acórdão proferido formará um precedente vinculante, a ser obrigatoriamente aplicado em todos os casos individuais ou coletivos presentes e futuros, por todos os juízes e órgãos fracionários ligados ao tribunal prolator, entende-se que o incidente poderá constituir-se, na prática, em instrumento verdadeiramente capaz de conter o ajuizamento de demandas repetidas, desde que não haja repetição em múltiplos processos, pois nesse caso será adequado o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Estabelecida a possibilidade de instaurar o incidente de assunção de competência em sede de uma ação coletiva, o estudo dedicou-se a examinar o problema da legislação aplicável ao microsistema do processo coletivo, especialmente o disposto no artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 103, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque o Código de Processo Civil não tratou da assunção de competência no âmbito das ações coletivas, permitindo o entendimento de que a decisão do incidente vincularia mesmo quando desfavorável para a coletividade. Em sede de ação individual, essa é a regra, sem dúvida. Todavia, tratando-se de ação coletiva, o entendimento adotado é no sentido de que a eficácia expansiva do acórdão deve respeitar as regras e princípios do microsistema do processo coletivo. Quer dizer, o efeito vinculante estabelecido no artigo 947, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 ocorre apenas *secundum eventum litis* e *in utilibus*, ou seja, só para beneficiar a coletividade envolvida.

Como sustentado, não parece coerente que o acórdão que julga o mérito da causa coletiva produza coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, basicamente em benefício da

coletividade, mas a tese fixada no incidente de assunção de competência instaurado nesta ação coletiva não produza efeitos apenas *secundum eventum litis e in utilibus*. É importante lembrar que as ações coletivas foram criadas para proteger a coletividade, de modo que todo instrumento aplicado em tais ações – no caso, o incidente de assunção de competência – pelos princípios da especialidade, da eficiência e da máxima efetividade, deve também objetivar a proteção da coletividade.

Em suma: os efeitos expansivos do acórdão proferido do incidente de assunção de competência suscitado no bojo da ação coletiva devem ser relativizados, operando apenas *secundum eventum litis e in utilibus*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Riscos ao Sistema Decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev. 2015.

ALMEIDA, Gregório Assaga de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321-345.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 237-275, jun. 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: O tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARIONI, Rodrigo. As Unpublished Opinions do Direito Norte-Americano: contribuição para a Assunção de Competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 261, p. 1-14, nov./2016. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21 dez 2016.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em 27.jul.2016.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situação jurídica homogênea: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186, p. 1-17, ago./2010. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**, São Paulo: DPJ, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de Competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 1-8 mai./2009. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm> Acesso em: 4 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 23 jan 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Coordenação por Luiz Fux. Organização dos textos por Daniel Amorim Assumpção Neves. 2ª ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 4º Grupo Cível. **Incidente de Assunção de Competência nº 70070361597.** Proponente: C.S.C.C, interessado: R.M.C.B.G e F.B.G.V.G.G, interessado: MP. Rel. Des. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves. Julgado em 16/09/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gv.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Incidente de Assunção de Competência nº 70064085673. Quarto Grupo Cível. Proponente: 8ª Câmara Cível. Interessado: R.M. Interessado: I.N.M. Rel. Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 01 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.gv.br/juris>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 Região). Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5016877-19.2016.4.04.0000. Suscitante: Clécio Beppler. Interessado: Estado de Santa Catarina. Interessado: Município de Joinville. Rel. Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. Porto Alegre, 18 mai. 2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da (4 Região). **Incidente de Assunção de Competência em Apelação/Remessa Necessária nº 5007975-25.2013.4.04.7003.** Suscitante: Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Edson Pelosi. Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, 06 abr. 2017. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 625.249/PR**, 1ª T. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Associação de Defesa do Meio Ambiente de Araucária – AMAR. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 15 ago 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 953.731**, 2ª T. Agravante: Pasqual Lustres Gonzalez. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 02 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 399.357/SP**, 3ª T. Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Rel(a). Min(a). Nancy Andrigui. Brasília, 17 mar 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.087.783/RJ**, 3ª T. Recorrente: TIM Celular S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel(a) Min(a). Nancy Andrichi. Brasília, 01 set 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 448.470/RS**, 2ª T. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, União, Brasil Telecom S/A e Empesa Brasileira de Telecomunicações S/A - EMBRATEL. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, 28 out 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.170.532/MG**, 1ª T. Recorrente: Eloízio da Silva Pereira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 24 ago 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 910.192/MG**, 3ª T. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Citytel Comércio de Telefones Ltda. Rel(a). Min(a). Nancy Andrichi. Brasília, 02 fev, 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 946.533/PR**, 6ª T. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel(a). Min(a). Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 10 mai 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRG no Ag 1.249.559/RJ**, 1ª T. Recorrente: Companhia Distribuidora de Gás do Estado do Rio de Janeiro - CEG. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 02 fev. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>> Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.243.386/RS**, 3º T. Recorrente: Sindicato Rural de Passo Fundo Sertão e Santiago e Monsanto do Brasil Ltda. Recorrido: Os mesmos. Rel(a). Min(a). Nancy Andrichi. Brasília, 12 jun 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.068.539/BA**, 1ª T. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Fernando de Almeida Dutra e Itamar José de Oliveira. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 set 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.114.035/PR**, 3ª T. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Ministério Público Federal. Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasília, 07 out 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.414.439/RS**, 6ª T. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal. Min. Rel. Rogério

Schietti Cruz. Brasília, 16 out 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 17 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.279.586/PR**, 4ª T. Recorrente: Banco Indusval S/A. Recorrido: Instituto de Proteção e Defesa dos Consumidores e Cidadãos do Brasil – IPCD. Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 out 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em 17 dez. 2017.

CABEZAS, Mariana de Souza. Recurso Repetitivo. Foro Competente. Execução Individual de Sentença em Ação Civil Pública. Voto Condutor. Análise sob a Perspectiva da Uniformização da Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 38, v. 224, p. 313-329, out. 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: juspodvium, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Seção V – Da Coisa Julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CACCURI, Antônio Edving. O Ministério Público e as causas de interesse público. **Revista do Tribunais**, Porto Alegre, v. 814, p. 1-12, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 22 dez. 2016.

CAMACHO, Luciana da Sivila Paggiatto. Assunção de Competência (artigo 555, § 1º, do Código de Processo Civil e artigo 959 do NCPC). **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 89, p. 127-138, jan./mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Superação da jurisprudência sumulada e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova da aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83-118.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 786, p. 1-18, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Parte Geral. Livro I: Das Normas Processuais Cíveis. Título Único: Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais. Capítulo 1: Das Normas Fundamentais do Processo Civil – Arts. 1º a 12. In: In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73-109.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 199, p. 213-245, set. 2011.

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In: MILARÉ ÉDIS. **Ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271-280

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

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CORRÊA, Alcione Niederauer. Jurisprudência e prejulgados. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, Novo Hamburgo, v. VII, n. 20, p. 19-32, 1977.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Capítulo III: Do Incidente de Assunção de Competência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2349-2352.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. STJ- IAC no REsp 1.604.412 – 2ª S. – j. 08.02.2017 – v.u. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – Dje 13.02.2017 – Áreas do Direito: Processual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 979, ano 106, p. 545-555, mai. 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Capítulo III: Do Incidente de Assunção de Competência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2111-2113.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes; REIS, Maurício Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. **Revista de Processo**, v. 235, p. 1-28, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19 out. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 1-25, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, DIDIER, Fredie. Incidente de Assunção de Competência e o Processo do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015.

DANTAS, Bruno. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2423-2444.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Juizados Especiais Federais, Pedido de Uniformização de Jurisprudência e o STJ. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 142, p. 86-96, jan. 2015.

DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, v. 44, p. 223-249, 2016.

DIAS, Handel Martins. Garantias Processuais civis dos bens transindividuais. In: LEAL, Rogério Gesta; SANTOS, Rafael Padilha dos; DEMARCHI, Clóvis. **Estado, mercado e sociedade: perspectivas e prospectivas**. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 122-135. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> Acesso em 04 dez 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 4 v. 6 ed. Salvador: Juspodvium, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 1-7, mar./2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 04 dez. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de casos repetitivos – Espécies de Processo Coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 1-7, jun./2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 04 dez. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvium, 2012.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. *Revista de Processo*, vol. 257, p. 1-26, jul./2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 07 mar 2017.

GERMANO, Luiz Pauli Roseck. **A Nova Dimensão da Jurisprudência e dos Precedentes Vinculantes no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2013. 52 f. Artigo (Programa de Pós-Doutoramento). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Ius Gentium Conimbrigae* – ICG, Coimbra, 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. As questões de ordem pública nos recursos excepcionais. In: DANTAS, Bruno; BUENO, Cássio Scarpinella; NOLASCO, Rita Dias. **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência:**

após o primeiro ano de vigência do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 249-256.

GRAU, Eros Roberto. Transporte Aéreo de Passageiros; Dano Moral causado a passageiro: prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, v. 28, p. 1-5, dez/2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 23 jan. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WTANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR., Nelson. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. In: Superior Tribunal de Justiça. **STJ 10 anos**: obra comemorativa 1989-1999. Brasília, 1999, p. 13-36.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 1-19, out./2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>> Acesso em 10 dez. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÈ, Édis. **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 19-24.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: Trabalho de conclusão de curso: Metodologia e técnicas de pesquisa: Da escolha do assunto à apresentação gráfica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JOBIM, Marco Félix. **A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso Escola VS, Coca-Cola Bottling CO**. Revista e Processo, vol. 237, Nov/2014, p. 403-419. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 05 mai. 2017.

LEMONS, Vinicius Silva. O Incidente de Assunção de Competência: o Aumento da Importância e sua Modernização no Novo Código de Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 152, p. 106-116, nov./2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. Ações Coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 132, fev./2006, p. 1-16. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 15 dez. 2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; CARBONE, Rodrigo Carrijo Mendes. A Uniformização da Jurisprudência como Instrumento da Dogmática Jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 64, p. 101-109. mar./abr. 2010.

LOPES, Daphne Caroline de Araújo. A aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas no sistema processual brasileiro. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 17, n. 32, p. 25-38, jul./ago. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1989.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 14 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINHO FILHO, Luciano. Paralelo Analítico entre Mecanismos de Uniformização de Jurisprudência no Direito Processual Pátrio. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 66, p. 137-151. jul./ago. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). **Revista dos tribunais**, Porto Alegre, v. 873, p. 1-16, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19.out.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC. A ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 918, p. 1-36, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 249, p. 1-12, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 30.set.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante – A Ênfase à Ratio Decidendie à Força Obrigatória dos Precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 184, p. 1-18, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19.out.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. Art. 926; Art. 927 e Art. 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 1-15, out. 2016c. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 22 dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 926 ao 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 976 ao 1.044. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Coleção Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 51, ano 13, p. 34-67, jul./set. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 690, p. 1-4, abr./1993. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre a mitigação da coisa julgada no processo coletivo. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 125, p.1-6, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno: de acordo com a Lei 13.256/2016 (reforma do novo CPC)**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 283-332, maio. 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. A litigância de interesse público numa perspectiva comparada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 1-18, abr. 2015. Disponível em: <[http://: www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 22 dez. 2016.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Capítulo 1: Direitos Difusos, Direitos Coletivos, Direitos Individuais Homogêneos e Direito Coletivo do Trabalho. In: TESHEINER, José Maria Rosa e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Temas de Direito e Processos Coletivos**. 3. ed. Porto Alegre: Paixão, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Embargos, prejudgados e revista no direito processual brasileiro**. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1937.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Tomo VI, arts. 476 a 495. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 245, p. 1-11, jul.2015. Disponível em: <[http://:www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 19 out. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pia. **A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas (Código do Consumidor) e a Lei 9.494/97**. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, v. 6, p. 1-19, abr/2011. Disponível em: <[http://:www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 19 dez. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 427-437.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. **Comentários à Lei de ação civil pública**: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência Vinculante no Direito Norte-Americano e no Direito Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 161, p. 1-10, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 19 set. 2017.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. A recepção dos precedentes pelo Novo Código de Processo Civil: uma utopia? **Revista de Processo**, v. 249, p. 1-11, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da Divergência à Uniformização**. São Paulo: Atlas, 2006.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Mudanças no horizonte do processo coletivo brasileiro**. *Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 24, dez/jan 2009. p. 26-54.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos Precedentes: universalidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Fabrício de Souza Lopes. **Resolução de Demandas Repetitivas, Ações Coletivas e Precedentes Judiciais**. Curitiba: Juruá, 2017.

PIMENTEL, Guilherme Gomes; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 12, n. 86, nov./dez 2013. p. 57-80

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rabello. A natureza jurídica da súmula. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153-183.

PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a Civil Law brasileira. Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 248, p. 1-16, out./2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 19 out. 2017.

REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 230, p. 1-20, abr./2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 4 nov. 2017.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR: o procedimento padrão tupiniquim e suas peculiaridades (breves reflexões). **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 92, p. 185-208, out./dez. 2015.

RIGHI, Eduardo. **A colisão de direitos fundamentais na antecipação de tutela de efeitos faticamente irreversíveis**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 391, p. 45-74, maio/jun. 2007.

RODRIGUES, Walter Piva. Breves Anotações sobre o Incidente de Assunção de Competência no Novo CPC/2015, **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 13, n. 97, p. 17-21, set./out. 2015.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes judiciais em perspectiva. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 261-308, jan./jun. 2014.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 171-201, jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 262, p. 1-21, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 19 out. 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 61, n. 3, p. 709-725, set. 2007.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 139-212, set. 2011.

TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 68, n. 1, p. 35-45, mar. 2014.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. 2 ed. São Paulo: Método, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Temas de Direito e Processos Coletivos**. 3. ed. Porto Alegre: Paixão, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. Aplicação do Direito Objetivo e tutela de direitos subjetivos nas ações transindividuais e homogeneizantes. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 13-28, abr./jun. 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, p. 171-224, jul./set. 2015.

THAMAY, Rennan Fari Kruger. O processo civil coletivo: legitimidade e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 230, p. 1-33, abr/2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 04 dez. 2017.

THEODOR JÚNIOR; NUNES, Dierle e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 189, p. 1-38 nov./2010. São

Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Lei 13.105, de 16.03.2015. Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. Algumas observações sobre a Ação Civil Pública e outras Ações Coletivas. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 788, p. 1-16, jun./2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 10 mar. 2017.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 26-38, jul/ago. 2008.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. Demandas Repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 28, n.9/10, p. 65-77, set./out. 2016.

TORRES, Artur. **A tutela coletiva dos direitos individuais**: considerações acerca do Projeto do Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Arana, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Revista Consultor Jurídico**, p. 1-5 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VENTURI, Elton. **Responsabilidade Civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos**. Revista de Direito do Consumidor, v. 15, p. 1-19 jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 08 jan. 2018.

VIAFORE, Daniele. **As ações repetitivas no direito brasileiro**: com comentários sobre a proposta de “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” do Projeto de novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 1-31, jun./2009. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 10 mar. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante**. Revista de Processo, vol. 100, p. 1-5. Out./dez. 2000. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 10 mar. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. A prova e as medidas provisionais nos litígios complexos e processos coletivos. In: MILARÈ, Édis. **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 523-528.

WURMBAUER JÚNIOR., Bruno. **Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.