

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB  
FACULDADE DE DIREITO**

**ILANA GODINHO KENNE**

**A EXTENSÃO DA INFLUÊNCIA DO *MUSTERVERFAHREN* NA CRIAÇÃO DO  
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

**BRASÍLIA  
OUTUBRO DE 2012**

**Ilana Godinho Kenne**

**A extensão da influência do *Musterverfahren* na criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes**

**Brasília  
Outubro de 2012**

Ilana Godinho Kenne

A extensão da influência do *Musterverfahren* na criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [ ].

**Brasília (DF), \_\_\_ de outubro de 2012.**

---

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes  
**Professor Orientador**

---

Prof. Dr. Henrique Araújo Costa  
**Membro da Banca Examinadora**

---

Prof. Fábio Lima Quintas  
**Membro da Banca Examinadora**

---

João Vitor Luke Reis  
**Membro da Banca Examinadora**

Ao meu irmão, meu talismã.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo apoio emocional;  
Ao meu pai, pelo apoio intelectual;  
Ao meu amor, por todo amor.

*“Modern society seem increasingly to expose men to... group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random as fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in the particular case, but it will operate seriously to impair the deterrent effect of the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive group remedy is thus a major one.” (KALVEN, Harry; ROSENFELD, Maurice apud THOMAS D. ROWE, JR.)*

## RESUMO

O Projeto do Novo Código de Processo Civil trouxe, dentre suas inovações, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Com declarada inspiração no *Musterverfahren*, instituto do direito alemão, o Incidente é um instrumento de tutela coletiva que possibilita a centralização do julgamento de demandas que versem sobre questões jurídicas semelhantes em um só tribunal. Dessa forma, contribui para a consecução dos ideais de justiça célere e eficaz, bem como contribui para a manutenção da uniformidade da jurisprudência no país. O presente trabalho objetiva questionar a dita inspiração no *Musterverfahren*, verificando a extensão de sua influência na criação do Incidente por meio da busca de significativas semelhanças entre os dois institutos. Para tanto, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o *Musterverfahren* serão, em um primeiro momento, estudados separadamente. Em um segundo momento, serão confrontados por meio da análise de seus pontos de divergência e pontos em comum. Os dados apresentados no presente trabalho permitirão concluir que a aparente inspiração no direito alemão é fraca e inconsistente.

Palavras-chave: Direito Processual Civil – Direito Comparado - Projeto do Novo Código de Processo Civil – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – *Musterverfahren* – *KapMuG*.

## ABSTRACT

The Bill of Law for the New Brazilian Civil Procedure Code brought, among its innovations, the Repetitive Claims' Resolution Incident ("*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*"). Professedly inspired by the *Musterverfahren*, a German Law institute, the Incident is a collective litigation instrument that allows the centralization of trials of claims that deal with issues of similar legal nature, in just one court. In this fashion, it contributes to the achievement of the ideals of expeditiousness and effectiveness present in the Brazilian Constitution, as well as to the maintenance of the uniformity in the country's legal precedents. This paper aims to question the so-called inspiration in the *Musterverfahren* by verifying the extent of its influence on the actual creation of the Repetitive Claims' Resolution Incident through analyzing significant similarities between the two institutes. Therefore, the Incident and the *Musterverfahren* will be, at first, independently examined. Then, they will be juxtaposed to highlight their differing points, as well as the similarities present in both texts. The data presented in this work will elucidate that the apparent inspiration in the German Law is weak and inconsistent.

Key words: Civil Procedure – Comparative Law – Bill of Law for the New Brazilian Civil Procedure Code – Repetitive Claims' Resolution Incident - *Musterverfahren* – *KapMuG*.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	10
1.1 Observações sobre Direito Comparado .....	13
1.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Histórico de criação .....	15
2 O <i>MUSTERVERFAHREN</i> .....	18
2.1 Histórico de criação .....	18
2.2 Principais características e funcionamento - <i>KapMuG</i> .....	20
2.2.1 <i>Musterfeststellungsantrag; Vorlageverfahren</i> .....	21
2.2.2 <i>Durchführung des Musterverfahrens</i> .....	24
2.2.3 <i>Wirkung des Musterentscheids; Kosten; Übergangsregelung</i> .....	27
3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	31
3.1 Principais características e funcionamento.....	31
4 ESTUDO COMPARADO .....	39
4.1 Pontos de divergência.....	40
4.2 A extensão da influência do <i>Musterverfahren</i> .....	48
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS .....	55



## INTRODUÇÃO

A excessiva demanda pelo Judiciário brasileiro, que tem como consequência uma crescente morosidade e diminuição na eficiência, bem como a falta de coesão entre as normas processuais, levaram a que o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instituísse, em setembro de 2009, uma Comissão de Juristas para a elaboração de um Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil.

A Comissão instituída interagiu com os jurisdicionados, de forma a ouvir suas queixas, por meio de oito audiências públicas, cada uma tendo sido realizada em uma cidade diferente, de forma a abranger todas as regiões do País.

Em 8 de junho de 2010, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi apresentado ao Presidente do Senado Federal.

Uma das mais relevantes e comentadas inovações trazidas pelo referido Projeto foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por meio do qual se identificam os processos tramitando em primeira instância que contenham a mesma questão de direito para que sejam reunidos e julgados conjuntamente, por uma só Corte.

Verifica-se, na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, que, para a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a Comissão tomou como inspiração o *Musterverfahren*, instituto do direito alemão.

O presente trabalho tem por objetivo questionar a referida inspiração, sob a indagação se, de fato, a Comissão inspirou-se no *Musterverfahren* para a criação do Incidente. Não se tem, portanto, a pretensão de estudar as possibilidades de sucesso na aplicação do Incidente nos tribunais brasileiros, nem de obter um panorama dos mecanismos de tutela coletiva no mundo. Por esse motivo, as *class actions* americanas, tão comumente abordadas quando se trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, serão poucas vezes mencionadas ao longo do texto que ora se apresenta.

No primeiro capítulo, trataremos do Novo Código de Processo Civil, apontando as razões pelas quais se entendeu necessária a elaboração de um novo código e expondo o trâmite pelo qual o Projeto passou até chegar à Câmara dos Deputados, onde hoje tramita. Além disso, faremos uma breve exposição sobre o Direito Comparado e um histórico da criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que servirá como contextualização para o capítulo que segue.

No segundo capítulo, cuidaremos da *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*

(*KapMuG*), a lei que rege o *Musterverfahren*. Nesse ponto, explicaremos o contexto de surgimento do instituto alemão e faremos uma análise detalhada da lei, o que nos permitirá ver com clareza como funciona esse procedimento.

Uma vez analisado o instituto que, em teoria, lhe deu origem, no terceiro capítulo voltaremos ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Assim, analisaremos os arts. 930 a 941 do Projeto do Novo Código de Processo Civil, que tratam do assunto, e indicaremos a posição da doutrina sobre alguns dos pontos abordados.

Já no quarto e último capítulo, faremos um estudo comparado entre os dois institutos. Primeiramente, serão indicados os pontos nos quais há divergência entre o Incidente e o *Musterverfahren*. Em seguida, apontaremos os pontos em que os institutos se aproximam, que indicam, sob certa perspectiva, a extensão da influência do instituto alemão na criação do brasileiro.

Esperamos que tal abordagem seja suficiente para alcançar os objetivos propostos e que a leitura das páginas que seguem possam acrescentar conhecimentos ao leitor no que diz respeito ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e ao *Musterverfahren*.

## 1 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 2008, foram autuados e distribuídos 21.330.579 processos apenas nas Justiças Estadual e Federal brasileira<sup>1</sup>. Na primeira instância da Justiça Estadual, isso significou uma média de 1.424 casos novos por magistrado. Acrescentando-se a esse cálculo o número de casos já em andamento, obtém-se a espantosa média de 5.277 processos como carga de trabalho de cada juiz de primeira instância da Justiça Estadual.

Por outro lado, a taxa média de congestionamento – definida como a “quantidade de processos pendentes de sentença que extingue o processo no 1º Grau em relação aos em andamento no período (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos)” – da primeira instância da Justiça Estadual é de 79,6%.

Esses dados apenas confirmam o que já é de conhecimento da comunidade jurídica há muito tempo: o número de processos ajuizados anualmente é incompatível com a capacidade logística do judiciário brasileiro, o que compromete os ideais de justiça célere e eficiente.

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça de direito?

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos?

Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? (BRASIL, 2010)

Diante dessa realidade, “o Senado Federal, sempre atuando junto com o Judiciário, achou que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados” (BRASIL, 2010). Assim, por meio dos Atos 379 e 411, de 2009, do Presidente do Senado Federal, instituiu-se a comissão de juristas destinada a elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

A Comissão, presidida pelo Ministro Luiz Fux, era formada pelos juristas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, Marcus Vinícius Furtado Coelho

<sup>1</sup>

Não foram considerados para esse cálculo a Justiça Trabalhista e os Tribunais Superiores. Na Justiça Federal, foram 473.607 casos novos em 2º grau, 617.397 em 1º grau, 380.465 nas turmas recursais e 1.210.164 nos juizados especiais, totalizando 2.681.633 casos novos na Justiça Federal como um todo. Já na Justiça Estadual, foram 1.864.008 casos em 2º grau, 12.250.758 em 1º grau, 321.571 nas turmas recursais e 4.212.609 nos juizados especiais, totalizando 18.648.946 processos distribuídos na Justiça Estadual. Fonte: Justiça em Números 2008 – Variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_em\\_numeros\\_2008.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2008.pdf)

e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Extrai-se do Anteprojeto:

A Comissão (...) trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a **simplicidade de linguagem e da ação processual**, a **celeridade do processo** e a **efetividade do resultado da ação**, além do **estímulo à inovação** e à **modernização de procedimentos**, garantindo o **respeito ao devido processo legal**. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Conforme disposto na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil:

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. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

De fato, quando ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. Nesse contexto, o processo deixa de ser um meio pelo qual as normas de direito material se concretizam no mundo empírico.

Segundo a Comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto, o Código de Processo Civil vigente, que data de 1973, operou de forma satisfatória durante duas décadas. A partir dos anos noventa, porém, ele sofreu sucessivas reformas, que tinham por objetivo adaptar as normas processuais às “mudanças na sociedade e no funcionamento das instituições”<sup>2</sup>. Tais reformas foram, em sua maioria, lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

“O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática” (BRASIL, 2010). Não só a comunidade jurídica, como também a sociedade como um todo, clamavam por um sistema processual mais célere e consistente<sup>3</sup>.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. (BRASIL, 2010)

Tendo como uma das principais linhas de trabalho na elaboração do Novo CPC a resolução de problemas, a Comissão procurou ouvir as queixas dos jurisdicionados e

<sup>2</sup> Dentre as alterações apresentadas nas reformas, pode-se citar a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela, em 1994 e a alteração do regime do agravo, em 1995.

<sup>3</sup> “A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (=pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador de direito” (BRASIL, 2010). No mesmo sentido, afirma Marinoni: “Existe certo consenso a respeito do fato de a passagem do Código Buzaid ao Código Reformado ter implicado assistematização na disciplina do nosso direito processual civil” (MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 55)

operadores do direito em todo o país, de forma a identificar as mais recorrentes. Para tanto, foram realizadas oito audiências públicas – em Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, Brasília, São Paulo, Manaus, Porto Alegre e Curitiba.

Embora não seja o foco do presente trabalho, cumpre destacar que, para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, não havia necessidade de elaboração de um Novo Código de Processo Civil, entendimento que compartilhamos. Segundo eles, muito embora a passagem do Código Buzaid ao Código Reformado tenha implicado assistematização na disciplina do nosso direito processual civil, isso, por si só, não significa que há oportunidade para um Novo Código. “Uma codificação é oportuna quando apresenta verdadeira renovação metodológica. No seu âmago há sempre recíproca implicação entre tradição e ruptura” (2010, p. 56), afirmam. E continuam: “Do contrário, se o que se pretende é a outorga de coesão ao direito processual civil e o acréscimo deste ou daquele instituto novo, colhe-se ensejo para simples consolidação. Aí sobressai com maior peso a tradição. Codificar e consolidar são coisas diferentes” (2010, p. 56).

Para os autores, o Projeto de Novo Código de Processo Civil apresentado não representa ruptura com o anterior, repetindo em grande parte as redações já existentes no Código vigente. Segundo Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Em novecentos e setenta artigos, não chega a ser significativa a quantidade de verdadeira inovações legislativas propostas pelo Projeto. Muitas, aliás, são simples explicitações de soluções doutrinárias que já podem ser extraídas do sistema vigente. Da Exposição de Motivos, colhem-se quarenta e cinco focos de mudanças. Nada que não pudesse ser realizado, pois, por reforma do texto do Código vigente, sem que fosse necessária a instituição de um Novo Código de Processo Civil. (2010, p. 55-56)

Com relação à exposição de motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil, Elpídio Donizetti afirma que os pressupostos metodológicos da nova legislação processual estão calcados nos ideais de efetividade, simplicidade, celeridade e funcionalidade. Segundo o autor:

Esses pressupostos metodológicos colocam-se, pois, sob o influxo da chamada fase *neonconstitucionalista* vivida pelo direito brasileiro, que está conduzindo a uma nova visão do estudo do Direito Constitucional, orientada pela percepção do efeito expansivo e irradiador das normas constitucionais – nucleares de todo o sistema -, cuja força normativa se espalha sobre todo o ordenamento jurídico, abarcando, por conseguinte, também o processo civil, cujo estudo, ao sabor desse novo pensamento, revisto e renomeado, tem sido chamado de *neoprocessualismo* ou de *formalismo-valorativo*. (2010, p.2)

Nesse sentido, a Comissão orientou seus trabalhos visando a atingir cinco objetivos principais, quais sejam: (i) o estabelecimento uma sintonia fina com a Constituição

Federal<sup>4</sup>; (ii) a criação de condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; (iii) a simplificação, por meio da resolução de problemas e redução da complexidade de subsistemas, tais como o recursal; (iv) o proporcionamento de todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; (v) a impressão de um maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A apresentação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, ocorreu em 8 de junho de 2010. O Anteprojeto tramitou no Senado sob nº 166/2010. Em 15 de dezembro de 2010, após a apresentação de relatório geral pelo Relator, Senador Valter Pereira, contendo diversas alterações, o texto foi aprovado pelo plenário do Senado, seguindo então para a Câmara dos Deputados. Atualmente, o Projeto tramita na Câmara sob nº 8.046/2010<sup>5</sup>.

### 1.1 Observações sobre Direito Comparado

De acordo com Angel Latorre, o direito comparado tem por objeto o conhecimento dos direitos de diversos Estados e a sua comparação. Segundo o autor, ele serve para ampliar a visão do jurista no espaço, já que, normalmente, todo jurista se forma no direito de seu próprio país. Trata-se, em certa medida, da aplicação a um campo concreto de um método de ampla utilização, o método comparativo, usado, por exemplo, no estudo histórico do direito. Angel Latorre explica:

El conocimiento del Derecho comparado puede tener diversos fines. Unos son principalmente teóricos, como el interés que puede ofrecer la confrontación entre diversos Derechos para problemas de teoría general del Derecho. Otros tienen un alcance práctico, como su utilización para interpretar y **conocer mejor el propio Derecho o para preparar reformar legislativas**. Otra finalidad importante es la de servir de base a estudios para la unificación del Derecho entre diversos países en ciertos campos en que, por afectar a relaciones o actividades que tienen con frecuencia un alcance internacional, esa unificación sería especialmente deseable. No hay que olvidar, por último, que el aumento de relaciones entre gentes y empresas de diversos países hace que se acrecienten también los problemas jurídicos, en que puede ser necesario para um jurista nacional conocer el Derecho extranjero. (1976, p. 226-227, grifo nosso)

Para Carlos Bastide Horbach, a função primária do direito comparado é a do conhecimento dos ordenamentos estrangeiros e aquisição de novos elementos cognitivos, que

<sup>4</sup> “A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais” (BRASIL, 2010).

<sup>5</sup> O trâmite do PL 8.046/2010, bem como inteiro teor do Projeto de Novo Código de Processo Civil, podem ser acessados em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> (Acesso em 08.07.2012).

permitam atingir finalidades teóricas e práticas. Tais finalidades são a função secundária da comparação, “ou seja, a utilização concreta das informações obtidas por meio do emprego dos métodos de comparação” (HORBACH, p.7). Segundo ele, Zweigert e Kötz indicam cinco objetivos específicos do moderno direito comparado.

O primeiro dos objetivos relacionados por Zweigert e Kötz seria o de “propiciar ao jurista o conhecimento pleno de sua ciência, que não se limita a técnicas de interpretação e aplicação das normas de seu ordenamento nacional, mas compreende também a descoberta de modelos de prevenção e de solução dos conflitos sociais” (HORBACH, p.7). Isso significa dizer que, por meio do direito comparado, o jurista poderia encontrar um maior número de alternativas para solução dos problemas com os quais se depara, “qualificando-o para a preservação da paz social” (HORBACH, p.7).

O segundo objetivo seria o de auxílio ao legislador. “Legisladores ao redor do mundo têm percebido que, em muitos assuntos, boas leis não podem ser produzidas sem o recurso do direito comparado, seja na forma de estudos gerais ou na de relatórios especialmente produzidos sobre o tópico em questão” (HORBACH, p.8), explica Horbach, citando Zweigert e Kötz.

Em terceiro lugar, o direito comparado seria um instrumento de interpretação do direito nacional.

A grande questão que se põe nessa terceira função é a de saber como e quando o intérprete está habilitado a invocar uma solução estrangeira para dar sentido a um dispositivo de seu ordenamento, o que poderá variar desde a confirmação ou auxílio de um argumento até a inserção de orientação completamente nova, não raro dissociada do teor literal do dispositivo a ser interpretado.

Desde os primeiros comparatistas, algumas balizas foram introduzidas para o exercício dessa função do direito comparado. Duas orientações para o juiz, no uso do direito estrangeiro, são já difundidas no início do século XX: **tal uso só se justifica quando necessário a colmatar uma lacuna e que a solução encontrada seja harmônica com o direito interno.**” (HORBACH, p.8, grifo nosso)

O quarto objetivo apontado por Zweigert e Kötz, segundo Horbach, seria o de ser uma ferramenta de formação jurídica. De fato, o direito comparado oferece ao jurista um novo horizonte, ensinando-o a respeitar culturas jurídicas de outras nações e, ao mesmo, compreender melhor seu próprio ordenamento e desenvolver padrões críticos que propiciem o incremento de seu ordenamento. Além disso, o direito comparado ajuda o estudante de direito a compreender como as regras jurídicas são condicionadas por fatos sociais.

O quinto e último objetivo do direito comparado seria o de preparar os processos de unificação do direito no plano internacional ou supranacional. E explica:

Quando se procura elaborar leis modelo ou diretrizes comunitárias, não se pode formular os enunciados ideais e esperar que eles sejam adotados pelos diferentes países. É preciso, acima de tudo, identificar quais são os princípios comuns de todos os ordenamentos dos países envolvidos, formando as normas internacionais ou supranacionais palatáveis à cultura jurídica de cada Estado. (HORBACH, p.9)

Já Peter de Cruz (1999), com base em Hug, cita cinco grupos de estudos que podem ser considerados direito comparado: (i) a comparação entre sistemas estrangeiros e o doméstico, a fim de verificar semelhanças e diferenças; (ii) estudos que analisam objetiva e sistematicamente soluções apresentadas por vários sistemas para um certo problema legal; (iii) estudos que investigam a relação causal entre diferentes sistemas de direito; (iv) estudos que comparam os diversos estados de vários sistemas legais; e (v) estudos que buscam descobrir ou examinar a evolução legal de forma geral de acordo com períodos e sistemas.

## 1.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Histórico de criação

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha:

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 no 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. (2011, p. 255-256)

Para examinar e solucionar essas situações repetitivas, segundo o autor, as regras previstas no Código de Processo Civil revelaram-se inadequadas, sendo necessário recorrer-se a mecanismos de tutela de direitos coletivos, tais como a *ação popular*, a *ação civil pública*, a *ação de improbidade administrativa* e o *mandado de segurança coletivo*.

“Acontece, porém, que as referidas ações não têm o alcance de abranger todas as situações repetitivas, por várias razões” (CUNHA, 2011, p. 256). Dentre essas, Leonardo Carneiro da Cunha cita o fato de que não há uma quantidade suficiente de associações, de modo que a grande maioria das ações coletivas têm sido propostas pelo Ministério Público. Ademais, as ações coletivas não são admitidas em alguns casos, como, por exemplo, para questões tributárias<sup>6</sup>. Por outro lado, “o regime da coisa julgada coletiva contribui para que as

<sup>6</sup> O autor noticia que, em âmbito doutrinário, a questão é controvertida. Já a jurisprudência do STF, secundada pela do STJ, não admite ação civil pública em matéria tributária. (CUNHA, 2011, p. 256-257)



questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas” (2011, p. 257)<sup>7</sup>. Por fim, ele aponta que a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva estabelecida pelo art. 16 da Lei 7.347/1985 e pelo art. 2º-A da Lei 9.494/1997, que lhe impõem uma limitação territorial, tem por consequência uma indevida fragmentação dos litígios, “contrariando a essência do processo coletivo, que tem por finalidade concentrar toda a discussão numa única causa” (2011, p. 257-258)<sup>8</sup>.

Por esse motivo, Leonardo Carneiro da Cunha conclui que as ações coletivas são insuficientes para resolver as questões de massa, e acabam por contribuir com a existência de inúmeras demandas repetitivas, que provocam um acúmulo de causas perante o Judiciário.

Acerca das demandas repetitivas, o autor explica que elas são caracterizadas por veicularem, em larga escala, situações jurídicas homogêneas. E afirma:

As causas repetitivas, que consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme. Tal regime é composto por várias regras extraídas do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do art. 285-A do CPC, da súmula vinculante, da repercussão geral, do art. 4º, § 8º da Lei 8.437/1992, do julgamento por amostragem do recurso extraordinário e do recurso especial (arts. 543-B e

<sup>7</sup> O autor explica: “A sentença coletiva faz coisa julgada, atingindo os legitimados coletivos, que não poderão propor a mesma demanda coletiva. Segundo dispõem os §§ 1º e 2º do art. 103 do CDC, 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 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 instrução suficiente, haverá coisa julgada para os legitimados coletivos, podendo, entretanto, serem propostas as 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)

<sup>8</sup> Observe-se, contudo, jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA.

LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

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

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.

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

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

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

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido.

Recurso dos Sindicatos provido.”

(REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

543-C do CPC), do pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, entre outras. (2011, p. 258-259)

Para ele, tais regras estabelecem técnicas de julgamento e processamento de causas de repetitivas visando a conferir **racionalidade** e **uniformidade**, agilizando seus resultados e evitando a divergência jurisprudencial.

E foi diante desse contexto que a Comissão responsável pela elaboração do Projeto do Novo CPC recorreu ao direito comparado – nesse caso, atendendo tanto ao primeiro objetivo apontado por Zweigert e Kötz, o de encontrar alternativas para a solução dos problemas internos, como também ao segundo objetivo, de auxílio ao legislador – e criou o *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Na própria Exposição de Motivos do Anteprojeto, a Comissão deixa explícito que o Incidente teve como inspiração o *Musterverfahren*, instituto oriundo do direito alemão<sup>9</sup>.

Sobre o Incidente, a Comissão esclarece, na Exposição de Motivos do Anteprojeto:

Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo **mais célere** as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: *a)* o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que serão decididos conjuntamente; *b)* no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. (BRASIL, 2010)

Antes de analisarmos propriamente o Incidente, faremos em estudo detalhado do procedimento germânico, o que nos proporcionará uma visão mais global do tema e, conseqüentemente, uma melhor compreensão da criação brasileira.

---

<sup>9</sup> “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta” (BRASIL, 2010)

## 2 O MUSTERVERFAHREN

### 2.1 Histórico de criação

A introdução de alguma forma de tratamento de demandas coletivas no ordenamento processual alemão vem sendo discutida desde a década de 1970 (HESS, 2008). A resistência à adoção da *class action*, que é forte nos países europeus de *civil law* (ROWE JR., 2001), parece ter força ainda maior na Alemanha, onde enseja amplos debates. De acordo com Astrid Stadler, trata-se de uma resistência política, que faz com que os legisladores europeus relutem em começar uma revisão geral nos procedimentos coletivos<sup>10</sup>.

Segundo Gerhald Walter,

*Class actions* não existem na Alemanha e na maioria dos países do sistema Civil Law. A regra simples é que, em geral, todos tem representação para uma ação somente com relação à sua reclamação. Ações representativas ou intermediativas para outras pessoas não existem. (2001, p. 159, tradução nossa)<sup>11</sup>

O autor explica que a resistência, na Alemanha, à adoção de procedimentos como as *class actions*, se deve ao fato de que muitas questões que poderiam se desenvolver em uma ação coletiva nos Estados Unidos são resolvidas de formas alternativas, não havendo, portanto, uma necessidade real de adoção do procedimento. Dentre essas formas alternativas, destaca-se o fato de que, no país, muitos problemas são resolvidos por órgãos fiscalizatórios governamentais, que, conforme destaca Antônio do Passo Cabral, “têm, muito mais que os nossos, o bom hábito de cumprir e fazer cumprir as leis” (2007, p. 130). Outros mecanismos utilizados no país e citados por Gerhald Walter são: *model suits*, *funds solutions* e *Verbandsklagen*<sup>12</sup>.

Em meados da década de 90, o constante ajuizamento de ações contra companhias alemãs em cortes norte americanas gerou grande insatisfação e o problema

<sup>10</sup> No original: “Due to strong political resistance against any kind of group actions which come close to US-style class actions, legislators in Europe are reluctant to initiate an overall review of collective redress” (STADLER, 2009, p. 37).

<sup>11</sup> No original: “Class actions do not exist in Germany, Switzerland, and most other countries of the civil law system. The simple rule is that, in general, everyone has standing for an action only regarding his or her own claim. Intermediate or representative actions for other persons do not exist”. No mesmo sentido, Thomas D. Rowe Jr. afirma que “in civil law countries there is a powerful doctrinal emphasis on the individual nature of a legal claim of right, going beyond a presumption in favor of proceeding on one’s own – the rebuttable status of which in the United States underlies the American class action”. (ROWE JR., 2001, p. 159)

<sup>12</sup> Segundo Gerhard Walter, nos *model suits*, as partes concordam em trazer o caso de um único reclamante ou um grupo de reclamantes para julgamento, e então aceitam aquele julgamento para todos os casos igualmente situados. Nos *funds solutions*, define-se, por lei, a criação de um fundo no qual serão depositados os valores referentes à condenação, sendo que o autor cita como exemplo a empresa produtora do medicamento Contergan (Bendectin), responsável por defeitos de nascença, condenada a pagar determinadas quantias a um fundo criado por estatuto. Já com relação às *Verbandsklagen*, ou ações associativas, ele explica que uma organização, dentro de certas condições, pode apelar de uma decisão administrativa de uma agência em nome de seus membros. O autor destaca, ainda, que certas organizações de consumidores ou associações industriais também podem ajuizar uma *Verbandsklage*.

passou a ter um novo enfoque. Com o caso da *Deutsche Telekom*, a questão alcançou seu auge.

A *Deutsche Telekom*, inicialmente uma empresa estatal, teve parte de seu capital privatizado em 1996. Inicialmente, suas ações foram ofertadas pelo equivalente a €14,31. Em março de 2000, as ações alcançaram seu valor recorde, €103,50. Em junho do mesmo ano, a *Deutsche Telekom* lançou no mercado um lote de ações, captando no total 13 bilhões de euros, na bolsa de valores de Frankfurt. À época, suas ações eram negociadas a aproximadamente €66,50. Acreditava-se, naquele momento, que investir nas denominadas “*T Shares*” era um investimento um tanto seguro, sendo tal ideia ainda mais acirrada com relação à *Deutsche Telekom*, já que parte de seu capital permanecia público.

Em fevereiro de 2001, no entanto, a empresa se viu obrigada a anunciar uma significativa baixa nos valores reais de seus portfólios, causando um colapso nos preços e um acentuado declínio no valor nominal de suas ações nos meses subsequentes<sup>13</sup>.

Por esse motivo, entre agosto de 2001 e meados de 2003, mais de treze mil ações judiciais individuais envolvendo mais de setecentos advogados diferentes foram propostas perante o Tribunal de Frankfurt (MOHER; MORGAN, 2008), buscando a reparação de prejuízos num montante total de cerca de 80 milhões de euros. Segundo os investidores, a empresa teria omitido diversas informações relevantes e divulgado falsamente, nos prospectos, os valores de seus ativos imobiliários, inflando-os. Não teria, inclusive, divulgado que pretendia comprar a companhia americana *VoiceStream*, cuja compra representou um dos grandes motivos de suas dificuldades financeiras - a operação custou à *Telekom* 34 bilhões de euros em 2001. Os investidores afirmaram, ainda, que, se tivessem conhecimento dos dados verdadeiros à época, não teriam efetuado as transações<sup>14</sup>.

Essa demanda acentuada causou a paralisação da seção de direito comercial do Tribunal de Frankfurt. Audiências orais foram designadas para mais de três anos após o ajuizamento da primeira ação judicial, oportunidade na qual o juiz que presidiu o feito declarou que a Corte necessitaria de quinze anos para julgar todos os casos apenas em primeira instância, caso o legislador não tomasse uma providência que tornasse praticável a litigância em massa (HESS, 2008)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Em 2002, os investidores já teriam perdido dois terços de seus investimentos. Fonte: <http://www.dw.de/dw/article/0,,3250079,00.html>. Acesso em 24.05.2012.

<sup>14</sup> Mais informações sobre o caso em: [http://articles.economictimes.indiatimes.com/2008-04-07/news/28406393\\_1\\_deutsche-telekom-ron-sommer-listing](http://articles.economictimes.indiatimes.com/2008-04-07/news/28406393_1_deutsche-telekom-ron-sommer-listing) (Acesso em 22.05.12) e <http://www.bloomberg.com/news/2012-05-16/deutsche-telekom-didn-t-mislead-16-000-investors-court-says-1-.html> (Acesso em 23.05.12)

<sup>15</sup> No mesmo sentido, afirmam Louise Moher e Lynda Morgan: “Even more overwhelming was the fact that a single judge had exclusive jurisdiction over every claim. It was estimated that the resolution of these cases would take at least 15 years” (MOHER ; MORGAN, 2008).

Diante disso, em 2004, foram propostos dois recursos constitucionais ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), alegando-se violação ao princípio da razoável duração do processo. Muito embora tenha decidido que, no caso concreto, a demora era razoável, o Tribunal se referiu à possibilidade de utilização do processo-modelo.

Em 16.08.2005, com publicação em 19.08.2005 e entrada em vigor em 01.11.2005, passa a fazer parte do ordenamento alemão a “*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*”, ou “Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais”, abreviada como *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. Segundo Astrid Stadler, a referida lei representa

uma tentativa por parte do legislador alemão para lidar com litígios de massa perante as cortes alemãs e foi promulgada para fornecer um mecanismo processual em contraste com as *class actions* ao estilo americano. (2009, p.37)

É interessante observar, em documentos oficiais do Ministério da Justiça Alemão (*Bundesministerium der Justiz*), a clara preocupação em reforçar que a referida lei não tem como escopo a *class action* americana<sup>16</sup>. Em um dos documentos, afirma-se que, com a *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, o legislador alemão encontrou um meio de lidar com procedimentos de massa no mercado de capitais sem transportar modelos pré-existentes no exterior, tendo, com isso, criado um sistema alternativo baseado nos princípios fundamentais dos direitos processuais alemão e europeu.<sup>17</sup>

## 2.2 Principais características e funcionamento - *KapMuG*

A *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* divide-se em três partes que totalizam vinte parágrafos. A primeira parte, denominada “*Musterfeststellungsantrag; Vorlageverfahren*”, que engloba do 1º ao 5º parágrafos da lei, trata, basicamente, de suas hipóteses de cabimento. A segunda parte, chamada “*Durchführung des Musterverfahrens*”, que vai do parágrafo 6º ao 15º, cuida da condução do procedimento modelo. Já a terceira e última parte, entre os parágrafos 16º e 20º, denominada “*Wirkung des Musterentscheids*;

<sup>16</sup> No original: “Bei der Ausgestaltung des Musterverfahrens nimmt der Gesetzentwurf dabei weder die US-amerikanische class action noch die representative action im englischen Zivilverfahrensrecht zum Vorbild”. Documento disponível em: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE\\_KapMuG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_KapMuG.pdf?__blob=publicationFile). Acesso em 20.05.2012.

<sup>17</sup> “With the Capital Markets Model Case Act, the German legislator has provided a way to handle capital market mass proceedings without transferring existing models from foreign jurisdictions, such as the American class action, into German law. Instead, the Act seeks to offer an alternative system based on the fundamental principles of German and European procedural law in order to improve securities mass proceedings”. Documento disponível em: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/EnglishInfoKapMuG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/EnglishInfoKapMuG.pdf?__blob=publicationFile). Acesso em 20.05.2012

*Kosten; Übergangsregelung*”, trata dos efeitos do procedimento modelo e das custas processuais.

Antes de iniciarmos a análise da referida lei, entretanto, cumpre ressaltar que o objetivo do legislador com a criação do *Musterverfahren* é esclarecer uniformemente com amplos efeitos uma questão modelo colocada em diferentes processos<sup>18</sup>. Segundo Antônio do Passo Cabral (2007), objetiva-se o esclarecimento, de forma unitária, de características típicas a várias demandas com espectro de abrangência para além das partes<sup>19</sup>. Continua o autor:

Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual. (2007, p.132)

Segundo Louise Moher e Lynda Morgan (2008), a *KapMuG* alcança o balanço entre o direito de ser ouvido e a economia judicial e acesso à justiça<sup>20</sup>. Entretanto, como se verá a seguir, o *Musterverfahren* possui espectro de aplicação restrito, não podendo ser aplicável a demandas que versem sobre qualquer assunto, mas tão somente àquelas inseridas no contexto do mercado de capitais, dentro de condições determinadas pela lei.

### 2.2.1 *Musterfeststellungsantrag; Vorlageverfahren*

Já em seu primeiro parágrafo, a *KapMuG* fixa as hipóteses de cabimento do procedimento modelo em primeira instância, quais sejam: a demanda por compensação de danos decorrentes de informações falsas, enganosas, ou por omissão de informação<sup>21</sup>; e a

<sup>18</sup> “Ziel des Entwurfs ist es, eine in verschiedenen Prozessen gestellte Musterfrage einheitlich mit Breitenwirkung klären zu lassen”.  
Fonte: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE\\_KapMuG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_KapMuG.pdf?__blob=publicationFile). Acesso em 27.05.2012.)

<sup>19</sup> Fabian Reuschle destaca, ainda, a canalização da competência jurisdicional: “Ziel des Gesetzes ist es, kapitalmarktrechtliches Streitigkeiten durch Führung eines Musterverfahrens zu bündeln und die Rechtsstreite durch einen ausschließlichen Gerichtsstand an einem Gerichtsstand zu kanalisieren” (REUSCHLE, 2009, p. 279)

<sup>20</sup> No original: “In theory, the KapMuG strikes a balance between the right to be heard and judicial economy and acces to justice”.

<sup>21</sup> Felix Bergmeister destaca, com relação ao fornecimento de informações falsas, haver a necessidade de serem distinguidos dois momentos: a oferta inicial das ações (*Primärmarkt*) e seu comércio posterior (*Sekundärmarkt*), por se aplicarem legislações específicas diferentes. Por não fazer parte de nosso objetivo no presente trabalho, optamos por não abordar tal ponto. No original: “Bei Ansprüchen wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation ist zwischen zwei Stadien zu unterscheiden: der Ausgabe oder Emission von Wertpapieren und sonstigen Vermögensanlagen (sog. Primärmarkt) und ihrem Handel nach erfolgter Emission (sog. Sekundärmarkt)” (BERGMEISTER, 2009). Acerca do mesmo assunto, explicam Eberhard Feess e Axel Halfmeier: “Moreover, analyzing the substantive law is important as it differs between prospectus liability on the one hand and liability for wrong or omitted ad hoc information on the other hand (...). The relevante substantive laws are mainly the law of prospectus liability (§§ 44 et seq. BörsG), and the liability rules regarding wrong or omitted ad hoc information (§§ 37b et seq. WpHG). Prospectus liability concerns the primary market for securities, in particular initial public offerings, while ad hoc information liability concerns the secondary market and aims at an ongoing correct information of the market. In both areas, gross negligence is required to trigger liability. The burden of proof is reversed, so that defendants need to prove that they did not ac with gross negligence” (FEESS e HALFMEIER, 2012)

reivindicação de cumprimento de um contrato baseado em uma oferta de aquisição<sup>22</sup>. O dispositivo destaca, ainda, que o pedido de instauração do procedimento (*Musterfeststellungsantrag*) deve ser feito pelas partes, seja autor ou réu. Conforme afirmam Antônio do Passo Cabral (2007) e outros autores, não há, na *KapMuG*, a possibilidade de instauração de ofício.

O §1º (1) trata ainda de definir, bastante especificamente, a que tipo de informações relativas ao mercado de capitais a lei se refere, indicando até mesmo em que forma física essas informações podem ser apresentadas (tais como prospectos, apresentações e relatórios anuais).

O §1º (2) indica que o pedido de instauração deve ser apresentado ao juízo responsável pelo processo individual (*Prozessgericht*), contendo, necessariamente, como explica Antônio do Passo Cabral:

O escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido. (...) A parte deve apontar os pontos litigiosos (*Streitpunkte*) que deseja ver resolvidos coletivamente, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente. Interessante notar que o requerente deve alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares (2007, p. 133)<sup>23</sup>

Dentre as causas de inadmissibilidade, verifica-se que o §1º (3) estabelece que não serão admitidos os requerimentos quando: a) a causa estiver pronta para julgamento; b) o requerimento for feito com o propósito de postergar o processo; c) o meio de prova requerido for inadequado; d) as alegações do aplicante não justificarem o estabelecimento de um procedimento modelo; e) a questão jurídica não parecer necessitar de esclarecimento. Havendo qualquer das hipóteses, o juízo da causa individual deve negar o pedido.

Admitido o requerimento, o juízo deverá fazer publicar em um Diário Oficial eletrônico (*elektronischen Bundesanzeiger*)<sup>24</sup> um registro de demandas (*Klageregister*), cujo acesso deve ser aberto a todos gratuitamente, contendo dados como os nomes das partes, o nome do juízo de origem e os objetivos do procedimento. Conforme o §2º (1), requerimentos posteriores que versem sobre a mesma questão devem ser cadastrados em ordem cronológica. Percebe-se, com relação ao registro, uma grande preocupação com a segurança das informações ali contidas, havendo inclusive a previsão de cooperação entre o operador do

<sup>22</sup> Nossa tradução é inexata. Para compreender melhor o termo, vide o original em alemão: „ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht“; e sua tradução para o inglês, „a claim to fulfilment of contract, which is based on an offer under the Securities Acquisition and Takeover Act“.

<sup>23</sup> No mesmo sentido, explicam Louise Moher e Lynda Morgan: “The applicant must show that the proposed model questions ‘may have significance for other similar cases beyond the individual dispute concerned’. Cases are considered ‘similar’ if they relate to the ‘same underlying circumstances’” (MOHER; MORGAN, 2008).

<sup>24</sup> O Diário Oficial eletrônico alemão pode ser visualizado em: <https://www.bundesanzeiger.de>

Diário Oficial (*Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers*) e a Agência Nacional de Segurança da Informação (*Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*) para a elaboração de um plano de segurança, cuja efetividade deve ser revisada constantemente.

Cumpra ressaltar que é o juízo de origem (*Prozessgericht*), entretanto, quem carrega a responsabilidade de proteção dos dados cadastrados no sistema, em especial no que concerne à legalidade de obtenção dos dados, sua confiabilidade e precisão (§2º (3)). Os dados cadastrados no sistema serão deletados caso o procedimento seja negado por insuficiência de reclamantes ou após ser finalizado, conforme o §2º (5).

Diante da publicação do requerimento de instauração do Procedimento Modelo no registro eletrônico, o processo originário será suspenso (§3º). Logo após, de acordo com o §4º da Lei, o juízo do processo originário provoca o tribunal de hierarquia superior à sua, o Tribunal Regional (*Oberlandesgerichts*), por meio de decisão (*Beschluss*) na qual julga o referido requerimento. Segundo o dispositivo, tal decisão deve ser proferida pelo juízo perante o qual se tenha formulado, cronologicamente, o primeiro requerimento. Além disso, é necessário que, em um período de quatro meses após a publicação, outros nove requerimentos acerca da mesma matéria sejam formulados, seja perante o mesmo ou outros juízos. Sendo assim, há, de acordo com a *KapMuG*, um mínimo de dez requerimentos “que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes)” (CABRAL, 2007, p. 134)<sup>25</sup>. Caso dentro do referido prazo não haja o número mínimo de requerimentos, deverá o juízo de origem rejeitar o pedido de instauração do Procedimento Modelo e prosseguir com o julgamento da causa individual, segundo o §4º (4).

A decisão que remete o caso (*Vorlagebeschluss*) é vinculativa com relação ao Tribunal e irrecurável, devendo conter, necessariamente: a estabilização objetiva da demanda (*Feststellungsziel*)<sup>26</sup>; os pontos controvertidos, na medida em que sejam relevantes para a decisão; as provas a serem produzidas; e um breve resumo das pretensões das partes e seus meios de ataque e defesa (§4º (2)). Tal decisão será divulgada, juntamente com a data de seu proferimento, no registro eletrônico, para gozar de publicidade.

O §4º (5) prevê que, caso haja mais de um Tribunal Regional em um estado (*Land*), o julgamento do Procedimento Modelo poderá ser atribuído a um dos Tribunais, mediante acordo entre o governo dos estados, ou será remetido ao Tribunal Superior (*Obersten Landesgericht*). Com tal medida, objetiva-se manter a uniformidade da

---

<sup>25</sup>

É interessante observar que, na Colômbia, em legislação semelhante, são necessários 20 requerimentos.

<sup>26</sup>

Por estabilização objetiva (*Feststellungsziel*) entende-se o objeto da demanda, os pontos que se pretende ver esclarecidos.



jurisprudência<sup>27</sup>.

Finalizando a primeira parte da Lei, o §5º estabelece que, após a prolação da decisão que instaura o Procedimento Modelo, não serão admitidos requerimentos adicionais que versem sobre as mesmas questões, o que significa que não poderá haver outro Procedimento Modelo com o mesmo objeto.

### 2.2.2 *Durchführung des Musterverfahrens*

Determinada a instauração do Procedimento Modelo por meio da decisão do juízo de origem, é perante o Tribunal Regional que o Procedimento passa a tramitar.

Segundo o §6º, que inicia a segunda parte da *KapMuG*, tão logo o caso seja recebido deverá o Tribunal Regional fazer publicar no registro eletrônico (*Klageregister*): os nomes do Reclamante Modelo (*Musterkläger*)<sup>28</sup> e do Reclamado Modelo (*Musterbeklagten*), bem como de seus representantes legais; a estabilização objetiva do caso; o número do processo perante o Tribunal; e o conteúdo da decisão que remeteu o caso à instância superior. O dispositivo esclarece, ainda, que o Tribunal é quem carrega a responsabilidade por tais dados, no mesmo sentido do §2º (3).

Após a publicação, o juízo de origem do processo que originou o Procedimento Modelo deverá suspender, *ex officio*, todas as ações cuja solução dependa das questões a serem decididas no Procedimento Modelo, não importando se houve requerimento para instauração daquele<sup>29</sup>. A decisão de suspensão (*Aussetzungsbeschluss*), conforme o §7º, é irrecorrível e, tão logo haja a suspensão, deverá o juiz de primeira instância comunicá-la ao Tribunal, indicando o montante do crédito. As partes devem ser ouvidas, a menos que tenham declinado de tal direito.

Acerca da suspensão dos processos, esclarece Igor Bimkowski Rossoni, citando Caponi e Consolo e Rizzardo:

A doutrina refere, ainda, que ‘o provimento de suspensão vale contemporaneamente como chamada à causa das partes por ordem do juiz (*Beiladung*)’ [Caponi]. E completa CONSOLO e RIZZARDO: ‘desse modo, todos os titulares de pretensões derivados do ilícito de massa que decidem agir em juízo antes ou na pendência do *Musterverfahren* tornam-se automaticamente partes nesse, independentemente de sua vontade’ (2010, s/n)

<sup>27</sup> “sofern dies die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienlich ist”.

<sup>28</sup> Dentre todos os Reclamantes escolhe-se apenas um para figurar como parte no Procedimento Modelo, como será a seguir explicado. O mesmo acontece caso haja mais de um Reclamado.

<sup>29</sup> No mesmo sentido, explica Fabian Reuschle: “Die übrigen anhängigen und später noch während des Musterverfahrens anhängig werdenden Parallelrechtsstreite müssen von Amts wegen auf das Musterverfahren ausgesetzt werden” (REUSCHLE, 2009, p. 279-314)

Todas as partes dos processos suspensos participarão do Procedimento Modelo como Interessadas, devendo ser informadas de que as custas do *Musterverfahren* serão rateadas e farão parte das custas do processo original, a não ser na hipótese do Reclamante que se retira do processo original em menos de duas semanas da decisão de suspensão (§8º, (3)).

O §8º da Lei define como partes do Procedimento Modelo o Reclamante Modelo (*Musterkläger*), o Reclamado Modelo (*Musterbeklagten*) e os Interessados<sup>30</sup>.

O referido parágrafo esclarece, ainda, que o Tribunal deverá escolher, a seu critério, dentre todos os Reclamantes, um que servirá como Reclamante Modelo. Deve, entretanto, levar em conta alguns parâmetros, como o valor total da demanda e a concordância do maior número possível de Reclamantes com relação ao Reclamante Modelo. De acordo com Louise Moher e Lynda Morgan (2008), no caso da *Deutsche Telekom*, por exemplo, o Tribunal elegeu o Reclamante Modelo com base no alto valor requerido (1,65 milhões de Euros) e no fato de que a sua ação englobava a maior parte das questões relevantes à disputa<sup>31</sup>. Da decisão que nomeia o Reclamante Modelo não cabe recurso.

Na ausência de regras específicas, a Lei prevê, em seu §9º, que deverão ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung – ZPO*) relativas aos procedimentos em primeira instância, não sendo aplicáveis, entretanto, os §§ 278, 348 até 350 e 379 daquele Código. As alíneas 3 e 4 do §9º tratam da organização e arquivamento dos arquivos eletrônicos referentes ao Procedimento, que ficarão sob os cuidados do governo federal (*Bundesregierung*), estabelecendo, ainda, que o órgão pode determinar que o peticionamento, a confirmação de recebimento de informações e a apresentação de documentos sejam feitas de forma eletrônica.

Com relação à audiência, o §9º(2) esclarece que poderá ocorrer a publicação de sua data no registro eletrônico (*Klageregister*), para que seja de conhecimento de todos os Interessados. Deve haver, entretanto, um mínimo de quatro semanas entre a divulgação e a data da audiência.

Como forma de preparação para a audiência, segundo o §10, um membro do Tribunal poderá instruir os Interessados a apresentar complementação (*Ergänzung*) às

---

<sup>30</sup> Antônio do Passo Cabral faz uma interessante observação sobre os aqui chamados “Interessados”: “A crítica que foi feita ao legislador alemão é que ele tratou a participação dos interessados através da *Beiladung*, uma curiosa modalidade interventiva, às vezes assemelhada às intervenções de terceiro, outras similar ao litisconsórcio, que é prevista em alguns procedimentos especiais na ZPO mas sem qualquer tratamento uniforme. Ademais, a *Beiladung* é prevista para o processo administrativo (§ 65 da *Verwaltungsgerichtsordnung*, ou VwGO, lei sobre a jurisdição administrativa), o que aumenta as distorções na uniformidade de seu formato legal sendo pouco o tratamento da modalidade interventiva sob análise de uma teoria geral do processo” (CABRAL, 2007, p. 136-137)

<sup>31</sup> “In *Deutsche Telekom* litigation, for example, the Court selected the model claimant based on the large size of his claim (1,65 million euros) and the fact that his claim covered the majority of issues relevant to the dispute” (MOHER; MORGAN, 2008)

petições do Reclamante/Reclamado Modelo, podendo, inclusive, requerer um prazo para explicação de determinadas questões controvertidas. Tais petições deverão ser comunicadas ao Reclamante e/ou Reclamado Modelo, mas não precisarão ser comunicadas aos demais Interessados, a não ser que isso tenha sido requerido por escrito ao juízo.

Já o §11 trata dos efeitos da “retirada da reclamação” (*Rücknahme*)<sup>32</sup>. De acordo com sua alínea (1), a retirada do pedido de instauração do procedimento modelo não terá influência alguma sobre o status do Reclamante Modelo ou Reclamado Modelo. Entretanto, de acordo com a alínea (2), se o Reclamante Modelo retira sua queixa no curso do Procedimento Modelo, a corte designará um novo Reclamante Modelo, o que também acontecerá em outras hipóteses, tais como caso se inicie um procedimento de insolvência no que concerne aos seus bens, bem como no caso de sua morte, perda de capacidade e perda do representante legal. Já a retirada por parte dos Interessados não afetará o progresso do Procedimento.

O §12 nos ensina, com relação à posição legal dos Interessados, que estes recebem o Procedimento Modelo na forma em que se encontra no momento de sua habilitação, podendo fazer uso de argumentos de ataque e defesa (*Angriffsmittel/Verteidigungsmittel*) e todos os demais meios processuais, desde que suas ações não sejam contrárias às de seu representante (seja Reclamante Modelo ou Reclamado Modelo).

Já o §13 traz uma interessante e importante característica do *Musterverfahren*: segundo o dispositivo, as partes podem ampliar o objeto da causa até o término do Procedimento Modelo, desde que demonstrem que o esclarecimento de determinado ponto é fundamental para a resolução da demanda e que o Juízo de Origem (*Prozessgericht*) o considere relevante. A ampliação da decisão original do Juízo de Origem, que delimitou a estabilização objetiva, é irrecorrível e vincula o Tribunal (*Oberlandesgericht*), que deverá publicizá-la por meio do registro eletrônico (*Klageregister*).

Segundo o §14, a Corte deverá, com base nos depoimentos orais, resolver o caso por meio de uma Decisão Modelo (*Musterentscheid*), que será enviada ao Reclamante e Reclamado Modelos; paralelamente, os Interessados serão informalmente notificados. A notificação especificamente direcionada ao Reclamante e Reclamado Modelos poderá, entretanto, ser substituída por anúncio através de publicação. O §14 estabelece, ainda, que a decisão com relação às custas do Procedimento Modelo (*Musterverfahren angefallenen*

---

<sup>32</sup> A “retirada da reclamação” ou “retirada da queixa” são, aqui, traduções literais – no original, “*Klagerücknahme*”. Trazendo os termos para o direito brasileiro, entretanto, devem ser entendidos como a desistência do processo.

*Kosten*) ficará a cargo do Juízo de Origem no qual os processos foram suspensos.

No que tange à Decisão Modelo, o §15 explica que ela é passível de recurso<sup>33</sup>.

De acordo com Antônio do Passo Cabral:

Contra a decisão do incidente coletivo cabe recurso, previsto no §15 da *KapMuG*, porém com requisitos específicos e fundamentação vinculada. O recorrente deve demonstrar a *significação fundamental* do recurso, requisito similar à repercussão geral do recurso extraordinário brasileiro e existente em alguns recursos na ZPO. Além disso, não pode o recorrente alegar vícios na decisão do juízo de origem que provocou a tratativa coletiva mas somente *erros* próprios da decisão coletiva. (2007, p. 142)

De fato, todos os participantes têm o direito de apelar da Decisão Modelo. Havendo uma apelação, a Corte de Apelação (*Rechtsbeschwerdegericht*) deverá notificar os outros participantes de seu recebimento, desde que ela seja, em princípio, admissível e tempestiva. Tal fato poderá, também, ser divulgado publicamente. Dentro do prazo de um mês da notificação de recebimento da apelação, poderão os outros participantes aderir ao recurso. No caso de o interveniente (*Beigeladene*) se recusar a aderir à apelação ou não se manifestar no prazo de um mês, prosseguir-se-á normalmente com o recurso sem ter aquele interveniente em conta.

O §15 (3) determina que, caso o Reclamante ou Reclamado Modelo tenha apelado, ele prosseguirá na instância recursal como Apelante Modelo (*Musterrechtsbeschwerdeführer*). No caso de ele desistir do recurso, a Corte de Apelação deverá escolher um novo Apelante Modelo dentre os intervenientes que tenham aderido, a não ser que também eles tenham desistido do recurso. Por outro lado, de acordo com a alínea (4), caso quem tenha aviado o recurso seja um ou mais dos intervenientes, e não o *Musterkläger*, deverá aquele que primeiramente apelou ser nomeado como Apelante Modelo (*Musterrechtsbeschwerdeführer*). Já no caso de o recorrente ser o Reclamado Modelo, deverá servir como Apelado Modelo aquele determinado pelo Tribunal Regional.

Encerra-se, com o §15, a segunda parte da *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*.

### **2.2.3 Wirkung des Musterentscheids; Kosten; Übergangsregelung**

Segundo o §16 (1), a Decisão Modelo proferida pelo Tribunal (*Musterentscheid*) vincula os Juízos de Origem (*Prozessgerichte*), ou seja, aquelas “cortes

<sup>33</sup> Sobre o dispositivo, explica Fabian Reuschle: “Das Oberlandesgericht entscheidet aufgrund mündlicher Verhandlung. Gegen den Musterentscheid des Oberlandesgericht ist stets die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof statthaft” (REUSCHLE, 2009, p. 279-314).

cujos processos dependam da definição ou do esclarecimento de questões fáticas e jurídicas proclamadas no incidente coletivo” (CABRAL, 2007, p. 138). A *Musterentscheid* fará, ainda, coisa julgada (*Rechtskraft*) no que concerne ao objeto do Procedimento Modelo, tendo efeito sobre todas as partes, independentemente de terem se expressado ou não acerca de todos os pontos litigiosos (*Streitpunkte*). É interessante notar que, segundo o dispositivo, a decisão é válida até mesmo quando o Interessado desistiu do processo principal, sendo que os processos originários serão retomados mediante a apresentação da decisão do Tribunal por uma das partes.<sup>34</sup>

O §16 (2) dispõe que os Interessados somente serão ouvidos com relação à coisa julgada da Decisão Modelo caso apresentem objeção com relação à parte principal (*Musterkläger ou Musterbeklagte*), no sentido de que esta teria conduzido o processo de forma inadequada, demonstrando que, no momento em que ingressaram no feito, teriam sido impedidos de utilizar de certos meios de ataque ou defesa, ou que a parte principal, por culpa grave, não teria utilizado de certos meios processuais de que ele desconhecia.

Conforme o §16 (3), a Decisão Modelo tem efeito, seja a favor ou contra, até mesmo para aqueles Interessados que não tenham aderido à Apelação, no caso de haver uma.

No §17 fica estabelecido que as custas (*Kosten*) referentes ao Procedimento Modelo são consideradas parte dos custos do processo originário em primeira instância, seja com relação à parte Reclamada ou Reclamante. Sobre o assunto, esclarece Antônio do Passo Cabral:

De acordo com os §§ 8 e 17 da *KapMuG*, os custos do incidente são proporcionalmente computados como despesas do processo de origem, devendo as cotas-parte serem calculadas comparando a grandeza das pretensões individuais com o total das exigências paralelas das partes intervenientes. (2007, p.143)

No mesmo sentido, explica Fabian Reuschle:

Os custos decorrentes do Procedimento Modelo serão, após seu encerramento, distribuídos proporcionalmente às ações individuais. A partilha não se guiará pelo número de cabeças, mas pelo montante das indenizações requeridas. Para uma distribuição proporcional à indenização requerida, fala a favor o fato de que os interessados perseguem um interesse diferenciadamente alto. (2009, tradução nossa)<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Antônio do Passo Cabral (2007), ao tratar do §16, noticia debate na doutrina alemã sobre se a *KapMuG* teria trazido previsão, de fato, de coisa julgada (*Rechtskraft*), ou se, na verdade, seria efeito vinculante (*Bindungswirkung*) ou eficácia da intervenção (*Interventionswirkung*). Nesse sentido, para descartar a hipótese de se tratar de efeito vinculante, o autor destaca a necessidade de haver litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal para que esta tenha efeito sobre eles. Por outro lado, para argumentar que não se trata de eficácia da intervenção, ele explica que a *Interventionswirkung* serve como uma proteção para que o terceiro não seja prejudicado, mas não pode ser aplicada de forma a beneficiá-lo. Conclui, por fim, que se trata, de fato, da coisa julgada, mas destaca que, para as partes, o modelo seria semelhante à coisa julgada formal, enquanto com relação ao intervenientes, a lei teria trazido extensão da coisa julgada.

<sup>35</sup> No original: “Die im Musterverfahren entstanden Kosten werden nach Abschluss des Musterverfahrens anteilig auf die einzelnen Rechtsstreite verteilt. Der Anteil richtet sich dabei nicht nach der Zahl der Köpfe, sondern nach der Höhe der geltend gemachten

Vale ressaltar que os Reclamantes que tenham desistido do processo em até duas semanas após a determinação da suspensão das ações especificada no §7 não poderão reivindicar tal rateio.

De acordo com o §18, o julgamento do Juízo de Origem (*Prozessgericht*) não poderá ser contestado tendo-se como base as alegações de que o Tribunal Regional (*Oberlandesgericht*) não era a corte competente para julgar um Procedimento Modelo ou que os requisitos para a sua formação não estavam presentes.

Com relação às custas da apelação, o § 19 explica que, caso sejam o Reclamante Modelo e Interessados a aviar o recurso e, caso não tenham sucesso, elas ficarão a seu cargo, a depender do grau de intervenção. Também ficarão a cargo do Reclamante Modelo e Interessados, na medida de sua intervenção no Procedimento Modelo em primeira instância, as custas no caso de o Reclamado Modelo apelar com sucesso. Segundo a alínea (3), havendo provimento parcial, ou seja, perda e sucesso parcial, deverá ser aplicado o § 92 do Código de Processo Civil Alemão, que estabelece que, no caso de sucumbência recíproca, as custas serão divididas meio a meio ou proporcionalmente rateadas<sup>36</sup>. Poderão, entretanto, ser atribuídas integralmente a uma das partes em duas hipóteses: no caso de o montante requerido pela outra parte ter sido excessivamente pequeno ou ter crescido minimamente ou em nada as custas, ou caso o montante do crédito da outra parte depender de quantificação pelo juiz, por avaliação pericial ou por apresentação mútua de cálculos pelas partes<sup>37</sup>.

Por outro lado, caso a Corte de Apelação revogue a decisão do Tribunal Regional e remeta o caso para ser novamente decidido, então deverá o *Oberlandesgericht* decidir, simultaneamente com o Procedimento Modelo, a questão das custas de apelação. Para isso, deve tomar como base o desfecho do Procedimento Modelo.

---

Schadenersatzforderungen. Für eine Verteilung entsprechend dem Verhältnis der eingeklagten Forderung spricht, dass die Kläger ein unterschiedlich hohes Interesse mit der Klage verfolgen”

<sup>36</sup> “§ 92 - Kosten bei teilweisem Obsiegen

(1) Wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, so sind die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen. Sind die Kosten gegeneinander aufgehoben, so fallen die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last.

(2) Das Gericht kann der einen Partei die gesamten Prozesskosten auferlegen, wenn

1. die Zuvielforderung der anderen Partei verhältnismäßig geringfügig war und keine oder nur geringfügig höhere Kosten veranlasst hat oder

2. der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ermittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war”

<sup>37</sup> É interessante observar que, segundo Burkhard Hess e Rudolf Huebner (2008), a regra imperante no direito processual alemão é a do “*loser pays*”, inclusive com relação à apelação (havendo, claro, algumas exceções, como nos casos que versem sobre direito de família). No caso da apelação, vale destacar, os autores ensinam que a parte sucumbente deve pagar integralmente as custas do processo e reembolsar a parte vencedora das custas já pagas, ainda que tenha ganhado em primeira instância. Por outro lado, os honorários de sucumbência são limitados aos valores de uma tabela pré-fixada, não importando se a parte concordou em pagar honorários mais altos a seu patrono. De acordo com os autores, “The German system is designed to provide equal access to justice of a high standard at reasonable costs. As an additional objective, the ‘loser pays’ shall encourage potential claimants to pursue valid claims, but at the same time discourage the pursuit of unmeritorious claims. Thus, it also promotes the efficient use of the judiciary” (HESS e HUEBNER, 2012).

A alínea (5) do § 19 estabelece que, caso o Reclamante Modelo e Interessados a seu lado sejam chamados a pagar as custas referentes à apelação, eles deverão reembolsar ao Reclamado Modelo e Interessados as custas por eles pagas, bem como os honorários advocatícios na proporção dos valores de seus pedidos.

Finalizando não só a terceira parte da *KapMuG*, mas encerrando a lei como um todo, o § 20 define como prazo para seu vigor a data final de 1º de novembro de 2010. É necessário destacar, entretanto, que, muito embora este fosse seu prazo original, seu período de vigência foi prolongado até 1º de novembro de 2012<sup>38</sup>. Há, entretanto, um projeto de reforma do Ministério da Justiça Alemã<sup>39</sup>, que ainda carece de aprovação do parlamento, no qual se propõe o fim da *sunset clause*<sup>40</sup> da *KapMuG*, tornando-a parte permanente da legislação processual civil do país.

Segundo Axel Halfmeier<sup>41</sup>, há, no projeto, a proposição de pequenas mudanças em sua área de aplicação, que incluiria hipóteses não existentes em sua forma atual (como a possibilidade de acionar a *KapMuG* com relação a uma ação baseada em contrato relativo ao mercado de capitais com, por exemplo, um banco). Segundo o professor, grande parte do projeto cobre melhorias técnicas criadas visando a tornar o Procedimento Modelo mais célere. Por outro lado, verifica-se que o projeto traz inovações com relação aos honorários advocatícios, estabelecendo a possibilidade de o advogado do Reclamante Modelo receber uma compensação extra por seu trabalho, que dependeria do valor das ações, mas não poderia exceder 27 mil euros. Além disso, percebe-se um esforço em facilitar os acordos: o projeto prevê, inspirado na legislação holandesa, a possibilidade de um acordo homologado pelo Tribunal que vincularia todos os participantes do Procedimento Modelo, exceto aqueles que optarem por se retirar após notificação. Até então, a realização de acordo só era permitida mediante a aceitação de todos os Interessados. A possibilidade de saída, segundo o projeto, incentiva a resolução amigável de litígios no *Musterverfahren* e, ao mesmo tempo, protege os interesses de todos os envolvidos<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> BGBI. I 2010, 977 [979]

<sup>39</sup> O referido projeto pode ser acessado, em alemão, em: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1\\_cid289?blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1_cid289?blob=publicationFile) (Acesso em 14.06.2012)

<sup>40</sup> Por *sunset clause* entende-se o dispositivo da lei que determina seu prazo de vigência.

<sup>41</sup> Texto disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Reform%20of%20German%20Model%20Proceedings%20Act%20planned.pdf> (Acesso em 13.06.2012)

<sup>42</sup> “Nach den bisherigen Vorschriften des KapMuG ist eine Verfahrensbeendigung durch Vergleich nur möglich, wenn alle Beteiligten (d. h. Musterkläger, -beklagte und alle Beigeladenen) zustimmen. Diese Voraussetzung ist in der Praxis kaum erfüllbar. Der vorliegende Entwurf sieht daher vor, einen gerichtlich gebilligten Vergleich zwischen Musterkläger und Musterbeklagten mit Austrittsmöglichkeit einzuführen (§§ 17 bis 19, 23 KapMuG-E). Dieser Weg orientiert sich am erfolgreichen niederländischen Modell und wird auch vom Abschlussbericht der Evaluation empfohlen. Danach einigen sich der Musterkläger und die Musterbeklagten zunächst auf einen Vergleich und unterbreiten diesen dem Oberlandesgericht zur Billigung. Alternativ kann auch das Gericht dem Musterkläger und den

### 3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

#### 3.1 Principais características e funcionamento

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está previsto nos arts. 930 a 941 (Capítulo VII) do Projeto de Novo Código de Processo Civil, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob nº 8.046/2010<sup>43</sup>.

Já indicamos que, de acordo com Elpídio Donizetti, o direito brasileiro passa, atualmente, pela fase denominada *neoconstitucionalista*, que se orienta pela percepção do “efeito expansivo e irradiador das normas constitucionais – nucleares de todo o sistema -, cuja força normativa se espalha sobre todo o ordenamento jurídico” (2010, p. 2).

Segundo o autor, muitas regras do novo CPC foram estruturadas com o objetivo de densificar normas constitucionais defluentes do princípio do devido processo legal. Para tanto, diversos princípios tomaram forma expressa no novo CPC, sendo que os princípios constitucionais foram adensados em normas próprias, dentre os quais ele cita: (a) princípio da celeridade; (b) princípio da cooperação; (c) princípio da isonomia; (d) princípio do contraditório; (e) princípio da publicidade e motivação; (f) princípios da finalidade social, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Elpídio Donizetti destaca, entretanto, que a metodologia principiológica que busca transfundir os valores constitucionais pode ser entrevista em outros dispositivos, tais como o que “introduz no sistema o Incidente de resolução de demandas repetitivas, destinado a conferir celeridade ao julgamento dos litígios, em observância ao *princípio da duração razoável do processo*” (2010, p. 5).

Luiz Guilherme Marioni e Daniel Mitidiero afirmam, sobre o tema:

Uma das grandes novidades anunciada no Projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas, constante dos arts. 895 a 906. Colima-se mediante

---

Musterbeklagten einen Vergleichsabschluss vorschlagen. Das Gericht prüft in jedem Fall nach Anhörung der Beigeladenen, ob es sich bei dem Vergleich um eine angemessene Lösung handelt und die Interessen der Beteiligten ausreichend gewahrt sind. Damit wird sichergestellt, dass der Vergleich ein für alle Seiten ausgewogenes und faires Ergebnis darstellt. Billigt das Gericht den Vergleich, wird er für alle Beteiligten gültig. Allerdings haben die Beteiligten, ausgenommen der Musterkläger und die Musterbeklagten, die Möglichkeit, aus dem Vergleich innerhalb einer bestimmten Frist auszutreten. Der gerichtlich gebilligte Vergleich mit Austrittsmöglichkeit fördert die gütliche Streitbeilegung im Musterverfahren und wahrt gleichzeitig die Interessen aller Beteiligten.” (grifo nosso) (Fonte: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1\\_cid289?blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1_cid289?blob=publicationFile). Acesso em 14.06.2012)

<sup>43</sup> Importante destacar, mais uma vez, que, originariamente, o Projeto tramitava no Senado Federal sob nº 166/2010. Em seu original, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas era tratado entre os arts. 895 a 906 do PL 166/2010. Em 15.12.2010, após a apresentação de relatório geral pelo relator, Senador Valter Pereira, contendo diversas alterações, o texto foi aprovado pelo plenário do Senado, seguindo então para a Câmara dos Deputados. O trâmite do PL 8.046/2010, bem como inteiro teor do Projeto de Novo Código de Processo Civil, podem ser acessados em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> (Acesso em 08.07.2012).



sua utilização evitar a ‘dispersão excessiva da jurisprudência’, ‘atenuar o asoerbamento de trabalho no Poder Judiciário’ e ‘promover o andamento mais ‘célere’ dos processos (Exposição de Motivos).

*Rigorosamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante (art. 903), possibilidade de suspensão de casos análogos (arts. 899 e 944, §3º), de participação da sociedade civil em geral no seu julgamento (art. 901) e de reclamação para a inobservância da autoridade do precedente firmado (art. 906). (...)*

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. (2010, p. 177-178)

O art. 930 do PL 8.046/2010, que inicia o Capítulo VII do Novo Código de Processo Civil, trata das hipóteses de admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, estabelecendo que deve ser identificada (i) uma controvérsia com potencial para gerar multiplicação de processos que tenham como escopo a mesma questão de direito e (ii) pelo risco de coexistência de decisões conflitantes, possa gerar grave insegurança jurídica. Percebe-se, nesse ponto, uma preocupação do legislador brasileiro com o absurdo número de processos que chegam ao Judiciário anualmente, com os quais o sistema, da forma como se encontra, não consegue lidar de forma eficaz.

Verifica-se, ainda, uma preocupação com a insegurança jurídica causada pelas decisões contraditórias proferidas pelos tribunais brasileiros em casos semelhantes – uma infeliz realidade que pode ser constatada nas mais simples pesquisas jurisprudenciais. Tal preocupação está explícita na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo CPC:

Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia.

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...)

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. (BRASIL, 2010, grifo nosso)

A uniformização da jurisprudência dos tribunais, função precípua para a qual a Constituição Federal de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça, ainda parece estar longe de ser alcançada. Com relação a este fato, o legislador, ao criar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, admite o problema das decisões conflitantes e opta por criar um mecanismo paliativo que venha a diminuir a insegurança jurídica e a injustiça decorrentes.

Sobre o assunto, afirma Gisele Mazzoni Welsch:

Assim, o novel instituto privilegia a obtenção da segurança jurídica e da unidade do Direito, além de promover a uniformização da jurisprudência, militando pela igualdade, coerência e o desafogamento do Poder Judiciário, visando à celeridade da tramitação do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88). (2011, p. 228)

Acerca da existência de julgados discrepantes sobre uma mesma situação de direito, Antônio Pereira Gaio Júnior destaca que tal fato gera o fortalecimento da insegurança jurídica em sua face subjetiva, ou seja, há um abalo na confiança legítima dos cidadãos quanto à calculabilidade e previsibilidade dos atos dos poderes públicos. Tal fato, segundo ele, contraria “o próprio e verdadeiro escopo da visão democrática a que o processo, como instrumento de liberdade, deva encarnar e incansavelmente perquerir: o empenho à igualdade de todos perante o direito” (GAIO JÚNIOR, p. 3).

Outro ponto a ser destacado com relação ao art. 930 é a exclusiva necessidade de semelhante questão de direito, não sendo objeto do Incidente as questões de fato. Sobre o assunto, é necessário destacar a frequente dificuldade de dissociação das questões de fato das questões de direito. Nesse sentido, afirma Larissa Clare Pochmann da Silva: “Na verdade, direito e fato estão associados, e não se pode fazer uma diferença tão nítida como faz o dispositivo legal. Essa diferenciação só acontece porque, no Poder Judiciário, acaba se dissociando o direito de sua realidade social” (2011, p. 97).

Por outro lado, segundo Igor Bimkowski Rossoni, “o novo incidente, dados os requisitos para sua admissibilidade, visa apenas a tutelar direitos individuais homogêneos, não sendo possível a tutela de direitos coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos)” (2010, s/n).

Cumprе ressaltar, ainda, que o art. 930 indica o caráter *preventivo* do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, já que expõe a necessidade de se verificar a existência de uma controvérsia que possa, potencialmente, gerar relevante multiplicação de processos fundados na mesma questão de direito (CUNHA, 2011).

De acordo com o §1º do art. 930, o pedido de instauração do Incidente, que pode ser feito tanto de ofício, pelo juiz ou relator do caso, quanto pelas partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, será dirigido ao Presidente do Tribunal que julgará a questão. Há no Incidente, portanto, a possibilidade de instauração *ex officio*, bastando para tanto que a autoridade verifique a presença de seus requisitos.

Acerca da questão da legitimidade para instauração do Incidente, Leonardo Carneiro da Cunha (2011) explica ser necessária a existência de uma pertinência subjetiva da

parte com a tese jurídica a ser fixada pelo tribunal. Com relação ao Ministério Público, aponta que a legitimidade para a proposição do Incidente guarda relação com sua legitimidade para a proposição de ação civil pública. É necessário, entretanto, para que haja a legitimidade relativa ao Incidente, que se verifique concretamente a presença de relevante interesse social no caso, na mesma linha da aferição de legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos.

Relativamente à Defensoria Pública, o autor afirma que a sua legitimidade decorre de mais uma hipótese de função típica que lhe atribui o ordenamento jurídico, sendo imprescindível que o caso envolva interesses de necessitados ou que verse sobre temas que a eles estejam relacionados. Destaca-se que, segundo Leonardo Carneiro da Cunha, caso o suscitante do Incidente não ostente legitimidade, “por lhe faltar *pertinência temática* ou *legitimidade adequada*, não deve o tribunal rejeitar, desde logo, o incidente, devendo, isto sim, proporcionar prazo e oportunidade para que o requerente inadequado seja substituído por outro, adequado” (2011, p.264-266).

O §2º do art. 930 define que o ofício ou petição em que se requer a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas deverá vir instruído com os documentos que demonstrem a necessidade de sua instauração. Conforme afirma Leonardo Carneiro da Cunha (2011), as alegações devem fundar-se tão somente em prova documental, não cabendo nenhum outro tipo de prova para a demonstração da necessidade de ser admitido o Incidente.

Até esse ponto teríamos, de acordo com Antônio Pereira Gaio Júnior, a definição dos requisitos iniciais para a admissibilidade do Incidente, quais sejam: (a) a identificação de controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundadas em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes; (b) a legitimidade para o pedido de instauração do Incidente; (c) a instrução com os documentos que demonstrem a necessidade de sua instauração.

Ainda que não seja o requerente, o Ministério Público deverá obrigatoriamente intervir no Incidente (art. 930, §3º), podendo assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono de quem o instaurou, tal como ocorre com relação à ação civil pública.

O art. 931, que potencializa o princípio da publicidade (MONERRAT, 2011), dispõe que a instauração e julgamento do Incidente serão amplamente divulgados por meio de publicação em registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, o que deve proporcionar, salutarmente, grande debate a respeito da matéria. De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha:

[...] é possível haver, durante o processamento e julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, a intervenção de interessados e de *amici curiae*. As referidas divulgação e publicidade são fundamentais para viabilizar essa intervenção de quaisquer interessados e, ainda, de *amici curiae* que queiram contribuir com a discussão, oferecendo elementos técnicos e argumentos para a formação da tese jurídica a ser aplicada nas sucessivas causas repetitivas. (2011, p. 193)

Ademais, segundo Elpídio Donizetti, tal divulgação deverá ser ampla e específica, sendo que, por divulgação ampla, deve-se entender aquela que alcance de forma abrangente os jurisdicionados, e por divulgação específica deve-se entender “a pormenorização dos contornos da demanda, evidenciando-se os pontos que permitam outros potenciais litigantes visualizar a similitude do caso eleito com as características de suas próprias lides individuais” (2010, p. 10).

Caberá aos tribunais promover a formação e atualização de um banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao Incidente, devendo informar ao Conselho Nacional de Justiça sobre qualquer alteração para que seja incluída no cadastro.

Tão logo sua instauração seja requerida, o Incidente será distribuído perante o tribunal competente para juízo de admissibilidade. O relator designado poderá requisitar informações ao juízo no qual tramita o processo que deu origem ao Incidente, que deverá prestá-las em quinze dias. Tal prazo, de acordo com o art. 932, será improrrogável, e, após o seu término, será solicitada data para admissão do Incidente, intimando-se posteriormente o Ministério Público.

De acordo com o art. 933, tanto o juízo de admissibilidade do incidente como seu julgamento competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial<sup>44</sup>. Com relação ao juízo de admissibilidade, o §1º do referido dispositivo esclarece que o tribunal deverá verificar a presença dos requisitos do art. 930 (“controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisão conflitante”), bem como a conveniência de se adotar decisão paradigmática, “isto é, deve ficar demonstrado que a análise da questão jurídica levada ao tribunal poderá servir de modelo para a resolução de vários outros casos em paralelismo de litígio” (DONIZETTI, 2010, p. 11). Há, portanto, um requisito de cunho discricionário, que retira o caráter até então objetivo do instituto.

<sup>44</sup> A instituição de órgão especial está definida na Constituição Federal, em seu art. 93, inc. XI:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

Sendo rejeitado o Incidente, será retomado o curso normal dos processos que deram origem à requisição; sendo admitido, caberá ao tribunal julgar a questão de direito e lavrar o acórdão, cujo teor deverá ser observado por todos os juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência (Art. 933, §2º). De acordo com Igor Bimkowski Rossoni (2010), o referido dispositivo explicita a norma que gerará mais controvérsia, pois prevê efeito vinculante para a decisão do Tribunal.

Antes de se proceder o julgamento do Incidente, entretanto, deverá o presidente do tribunal determinar a suspensão dos processos pendentes em curso em primeiro e segundo graus de jurisdição, conforme disposto no art. 934, “visando combater o proferimento de decisões divergentes durante o curso do procedimento de resolução concentrada” (MONERRAT, 2011, p. 194). Cumpre ressaltar, entretanto, que poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem, mesmo durante a suspensão dos processos, em atenção ao princípio da proteção judicial efetiva (DONIZETTI, 2010). Nesse ponto é que se verifica uma das funções mais importantes da publicação em meio eletrônico da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: caso a parte de um processo que tem como escopo a mesma questão de direito verifique que, por equívoco, seu processo não foi suspenso, deverá tomar as providências cabíveis, evitando que haja uma possível decisão conflitante.

Com relação à referida suspensão, Guilherme Rizzo Amaral sugere uma mudança, baseada no sistema americano da *class action*<sup>45</sup>:

Em vez de determinar a suspensão das ações idênticas em tramitação, deveria a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas determinar a notificação, seja aos autores de ações já existentes, seja aos interessados que ainda não tivessem ingressado em juízo, para que todos eles exercessem ou não o seu direito de exclusão. Não exercido tal direito por indivíduo autor de ação idêntica em curso, suspender-se-ia esta até a sentença final no incidente de resolução de demandas repetitivas, que àquela aplicar-se-ia, em favor ou em desfavor do demandante. Caso contrário, vindo a exercer seu direito de exclusão, poderia o autor individual prosseguir com sua ação, sem prejuízo de vir a ela ser aplicado o precedente oriundo do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém não de forma vinculante, nada impedindo, também, neste caso, que o juiz da ação individual julgasse esta antes do resultado final no incidente ou mesmo contrariamente a este, embora esta última hipótese seja de todo desaconselhável por colocar em descréditos o próprio Estado de Direito. Incentivos poderiam ser criados para aqueles indivíduos que, já tendo ajuizado ações próprias, deixassem de exercer o seu direito de exclusão (como, por exemplo, isenção de custas ou redução proporcional de eventuais honorários devidos à parte contrária). (2011, p. 268-269)

---

<sup>45</sup> “[A *class action*] Trata-se do sistema opt-out, cuja lógica é bastante clara: aqueles indivíduos que optam por serem excluídos da classe podem propor ações individuais ou mesmo deixar de propô-las e, com isso, ficam dissociados por completo da disputa judicial travada na *class action*. Sendo esta a sua opção, não poderão ser beneficiados ou prejudicados por quaisquer decisões ou acordos oriundos do processo coletivo. Já aqueles indivíduos que deixarem de se manifestar no prazo concedido para o *opt-out* ficarão vinculados ao resultado da *class action*” (AMARAL, 2011, p. 266).

Após a suspensão, o Relator ouvirá as partes e demais interessados, até mesmo pessoas, órgãos e entidades que tenham apenas interesse na causa (art. 935). É admitida, portanto, no Incidente, a participação de *amici curiae*. A todos – partes e interessados - será concedido o prazo de quinze dias para juntada de documentos e requerimento de diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Logo após, serão concedidos também quinze dias para manifestação do Ministério Público.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, das decisões proferidas pelo relator do Incidente em seu curso, caberá agravo interno, bem como recurso de embargos de declaração, os quais poderão ser interpostos ou opostos, conforme o caso, por qualquer dos legitimados a suscitar o Incidente. Ademais, o Relator poderá admitir ou rejeitar a intervenção de interessados e *amici curiae*. A decisão que admite alguma intervenção é irrecorrível, dada a importância da ampla participação e debate e o fato de que a recorribilidade da decisão iria contra a celeridade do Incidente. Da decisão que rejeitar alguma participação, entretanto, Leonardo Carneiro da Cunha (2011) explica ser cabível agravo interno, para que a situação seja melhor avaliada pelo tribunal.

Segundo o art. 936, concluídas as diligências, o Relator pedirá dia para o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Na data do julgamento, após o Relator expor o Incidente, será dada a palavra, em primeiro lugar, ao autor do processo originário. Logo após, será ouvido o réu originário e, por último, dar-se-á a palavra ao Ministério Público. Tanto as partes quanto o Ministério Público terão trinta minutos cada para sustentar suas razões. Após tais manifestações poderão ser ouvidos os demais interessados, que terão trinta minutos a serem divididos entre todos, independentemente de seu número, devendo, para tal, realizar inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Conforme expõe o art. 937, a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do Incidente poderá ser requerida ao tribunal que seria competente para julgar recurso extraordinário ou especial. Tal requerimento poderá ser feito tanto pelas partes quanto pelos interessados, Ministério Público e Defensoria. Poderá, ainda, ser feito pela parte de um processo em curso que discuta a mesma questão do Incidente, sem levar-se em conta os limites da competência territorial. Trata-se, segundo Elpídio Donizetti, de dispositivo que busca a preservação da segurança jurídica (DONIZETTI, 2010)<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Com relação à possibilidade de tal requerimento ser feito por qualquer pessoa que seja parte em processo no qual se discuta questão idêntica ao objeto do incidente, Elpídio Donizetti exemplifica: “Assim, admitido o incidente de coletivização pelo TJMG, poderá um demandante do estado da Bahia, preenchidos os pressupostos legais, requerer ao STJ ou STJ a suspensão de todos os processos que tratem da

Tendo sido julgado o Incidente, a tese jurídica nele fixada aplica-se a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, nos termos do art. 938. Havendo, entretanto, recurso extraordinário ou especial e, sendo a matéria apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada em âmbito nacional, conforme explica o parágrafo único do art. 938.

De acordo com Guilherme Rizzo Amaral (2011), a Comissão responsável pelo Anteprojeto do Novo CPC eliminou um importante limitador da eficácia do Incidente: a aplicação da tese jurídica nele consagrada somente para os processos pendentes, o que levaria a que as ações individuais propostas após a tramitação do Incidente não se sujeitassem à sua decisão. Notadamente, na redação atual do art. 938, a decisão vincula todo e qualquer futuro julgamento acerca da matéria discutida, ainda que se faça necessário o ajuizamento de ação individual.

Elpídio Donizetti (2010) destaca que há, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, uma cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. No primeiro momento, decide-se a pretensão coletiva, que servirá como moldura para todos os outros processos. Em um segundo momento, analisa-se a pretensão individual, com todas as suas especificidades. Segundo ele, isso evita o desvirtuamento da correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. “Isto é, ‘se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão’, o que não ocorrerá nesse modelo” (2010, p. 13), afirma o autor.

O art. 939 define o prazo de seis meses para julgamento do Incidente, que terá preferência sobre todos os demais feitos, com exceção dos pedidos de *habeas corpus* e aqueles que envolvam réu preso, “sendo necessário acrescentar, ainda, no que tange à preferência, os processos de mandado de segurança e respectivos recursos, conforme art. 20 da Lei n. 12.016/09, que é lei especial” (DONIZETTI, 2010, p. 14). Trata-se de uma clara preocupação com a duração razoável do processo. Após o decurso do prazo de seis meses, cessa a eficácia suspensiva do Incidente, salvo se o Relator do caso proferir decisão fundamentada em que argumente o contrário, o que se aplica inclusive no caso de haver suspensão de todos os processos em curso no território nacional. Segundo Fábio Monnerat: “Considerando o potencial prejuízo dessa retomada, razões de ordem sistemática impõem a rigorosa observância do prazo de seis meses pelo tribunal competente para o julgamento do

incidente” (2011, p. 194).

De acordo com o art. 940, caso as partes, o Ministério Público ou um terceiro interessado interponham recurso especial ou extraordinário, ele será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem, os autos serão remetidos ao tribunal competente.

Além disso, conforme afirma Gisele Mazzoni Welsch:

Ainda é importante destacar que não terá cabimento o reexame necessário em orientação adotada em incidente de resolução de demandas repetitivas, atendendo aos reclamos de restrição das hipóteses de cabimento da remessa necessária das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública (art. 478, §3º, da redação original do Projeto nº 166/10 e art. 483, §3º, III, de acordo com as alterações apresentadas no relatório geral do Senador Valter Pereira). (2011, p. 229)

Caso não seja aplicada a tese adotada na decisão do Incidente, caberá reclamação para o tribunal competente. O processamento e julgamento de tal reclamação, segundo consta do art. 941, observará o disposto no Capítulo VIII do Novo Código de Processo Civil, intitulado “Da Reclamação”. Sobre o assunto, assevera Fábio Monnerat:

Portanto, ao contrário da jurisprudência consolidada ou até mesmo sumulada pelos tribunais, que devem ser observadas, sem contudo possuírem efeitos vinculantes e autorizarem o ajuizamento de reclamação, o produto do incidente de resolução de demandas repetitivas possui maior força emprestada pelo sistema processual projetado. Tal distinção justifica-se em função de o incidente ter um procedimento em que restam potencializados a publicidade e o contraditório, o que legitima a observância obrigatória de seu resultado. (2011, p. 194)

Esse é, em linhas gerais, o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Cumpre agora colocá-lo lado a lado com o instituto que o inspirou – o *Musterverfahren* -, a fim de se verificar as semelhanças e diferenças entre ambos, de forma que se possa analisar a extensão da influência que o instituto alemão teve no brasileiro.

#### **4 ESTUDO COMPARADO**

De acordo com Carlos Bastide Horbach (2012), várias foram as aproximações metodológicas no direito comparado. Dentre elas, pode-se citar o método problemático, o método casuístico, o método factual e o método funcional, sendo esse último o mais aceito pela doutrina comparatista.

Segundo o autor, o método funcional enfatiza a função que determinado instituto, categoria ou regra desempenha no ordenamento do qual faz parte, permitindo a



comparação com categorias, regras ou institutos funcionalmente semelhantes. E esclarece, citando Zweigert e Kötz:

O princípio metodológico básico de todo direito comparado é o da funcionalidade. Desse princípio básico decorrem todas as outras que determinam a escolha do direito de comparar, o escopo da comparação, a criação de um sistema de direito comparado e assim por diante. Incomparáveis não podem ser utilmente comparados, e em matéria jurídica somente são comparáveis as coisas que preenchem a mesma função. (HORBACH, p.10)

Ainda que, de acordo com Peter de Cruz, o direito comparado não se preste ao exame de apenas um ramo ou parte do direito estrangeiro<sup>47</sup>, sob a perspectiva do método funcional o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o *Musterverfahren* alemão podem, sem dúvida, ser comparados. Nesse sentido, destaca-se que ambos foram criados para atender a duas funções principais: (i) descarregar o judiciário – basta lembrar o histórico de criação da *KapMuG* e a exposição de motivos do Projeto de Novo Código de Processo Civil; e (ii) uniformizar a jurisprudência, ao evitar a existência de decisões conflitantes.

Entretanto, segundo Carlos Bastide Horbach, o desenvolvimento de um estudo comparado exige que seja reunido um variado grau de informações que possibilitem a compreensão ampla da cultura jurídico-institucional e da vida social dos países envolvidos. E explica:

Sem esses elementos de compreensão global dos ordenamentos, a simples justaposição de várias regras não é direito comparado, mas sim seu passo preliminar. A partir dessa justaposição é que começa o trabalho mais árduo em qualquer comparação, que igualmente diz com a **identificação de diferenças das aparentes semelhanças**. (p. 11-12, grifo nosso)

#### 4.1 Pontos de divergência

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) identifica cinco grandes diferenças entre o procedimento alemão e aquele previsto do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Segundo ele, a primeira grande diferença que se pode identificar refere-se à **especificidade do tema**. De fato, enquanto o *Musterverfahren* autoriza a resolução de demandas que versem única e exclusivamente sobre o mercado de capitais, limitando a causa de pedir a tal tema, o Incidente não traz qualquer limitação temática.

Vale lembrar, a *KapMuG* traz, já em seu nome, a limitação temática: “*Gesetz*

<sup>47</sup> “Comparative law is not the study of one foreign legal system or part of one legal system, even though there are occasional or even frequent glances at one’s own system. A study of one branch of foreign law remains a course on a foreign law, and not comparative law. Zweigert and Kötz (1977) agree with this view”. (DE CRUZ, 1999)

*über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*” significa, em tradução livre, “Lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais”. Ademais, em seu primeiro parágrafo, define as suas hipóteses de cabimento: a demanda por compensação de danos decorrentes de informações falsas, enganosas, ou por omissão de informação e a reivindicação de cumprimento de um contrato baseado em uma oferta de aquisição. Além disso, o §1º (1) da lei trata de especificar a que tipo de informações a lei se refere, bem como as formas em que tais informações podem se apresentar. Tal detalhamento faz sentido quando observado em seu contexto: a Alemanha não possui tradição em procedimentos de tutela coletiva, havendo pouquíssimas manifestações em seu ordenamento nesse sentido<sup>48</sup>.

De outra banda, a comissão responsável pelo Projeto do Novo CPC optou por não estabelecer uma limitação temática para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bastando, para sua instauração, que seja preenchido o requisito, presente em seu art. 930, de haver uma “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

A segunda diferença apontada por Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) diz respeito ao **tempo de vigência**: enquanto o procedimento alemão prevê em seu §20 uma vigência temporária, que se encerraria em 1º de novembro de 2010<sup>49</sup>, o Incidente não possui qualquer limitação nesse sentido. É importante destacar que isso condiz com o fato de a *KapMuG* ser uma lei específica, enquanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi concebido para ser parte do Novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, já expusemos que o período de vigência da *KapMuG*, não obstante marcado para encerramento em 2010, foi prolongado até 1º de novembro de 2012. Já indicamos, ainda, que há um projeto de reforma do Ministério da Justiça Alemã em que se propõe o fim da *sunset clause* que delimita seu tempo de vigência, para que a lei se torne parte permanente da legislação alemã<sup>50</sup>.

A terceira diferença trata do **requisito formal de admissão** (RODRIGUES,

<sup>48</sup> Nesse sentido, explica Antonio do Passo Cabral: “O ordenamento alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis prevalentes de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais. Raras manifestações de instrumentos de tutela coletiva são encontrados no §33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbschärnkungen* ou GWB, a Lei dos Cartéis), no §13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou UWB), e nos §§ 13, 22 e 22 a, todos da Lei das Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviada de AGB Gesetz ou AGBG”. (CABRAL, 2007, p. 130)

<sup>49</sup> § 20 Übergangsregelung: Auf Verfahren, in denen vor dem 1. November 2010 ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde, finden dieses Gesetz und die durch die Artikel 2 bis 8 des Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren geänderten Rechtsvorschriften in der vor dem 1. November 2010 geltenden Fassung weiterhin Anwendung.

<sup>50</sup> Tal projeto pode ser acesso em: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE\\_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1\\_cid289?\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RefE_KapMuG.pdf;jsessionid=581E0EA6DDABF153128DDE189934CE1F.1_cid289?_blob=publicationFile) (Acesso em 14.06.2012)

2011). A lei alemã exige, em seu §4º (1), que, após a publicação da admissão do Procedimento Modelo no registro eletrônico, outros nove requerimentos acerca da mesma matéria sejam formulados em um período de quatro meses<sup>51</sup>. Isso significa que são necessários, no mínimo, dez casos com pretensões paralelas para que o Procedimento Modelo seja efetivamente instaurado.

Com relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues destaca não haver requisito quantitativo, “mas apenas o requisito qualitativo (possibilidade de multiplicação de demandas com risco de decisões conflitantes)” (RODRIGUES, 2011, p. 103). De fato, não há, no procedimento brasileiro, a definição de um número mínimo de processos a respeito da mesma matéria para que haja a instauração do Incidente. Sobre o assunto, o autor afirma:

Na verdade o requisito qualitativo do incidente brasileiro é um pouco mitigado, eis que o Projeto parece conferir uma boa dose de discricionariedade ao Judiciário, conforme enuncia o seu art. 898, §1º: ‘Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.’ (2011, p. 103).

A quarta principal diferença observada por Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) diz respeito ao **objeto de análise**. Conforme já exposto, o *Musterverfahren* autoriza a análise não só de questões jurídicas, como também de fatos. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, entretanto, se presta apenas ao exame da tese jurídica, ou seja, “não será admitido que o Tribunal se pronuncie sobre matéria de fato. Nesse ponto, o projeto se afasta tanto do *GLO* quanto do *KapMuG*, pois, como referido anteriormente, em ambos é possível o pronunciamento tanto sobre questões de fato, quanto de direito” (ROSSONI, 2010, s/n)<sup>52</sup>. Isso fica claro no art. 930 do Projeto de Novo CPC:

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos **fundados em idêntica questão de direito** e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes. (grifo nosso)

A quinta e última diferença apresentada por Baltazar José Vasconcelos Rodrigues (2011) trata da **amplitude do contraditório**. Segundo o autor, embora haja pontos de convergência, como o fato de que tanto a legislação alemã quanto a brasileira determinam que participam do Incidente as partes originárias e demais interessados na causa, há

<sup>51</sup> § 4 Vorlage an das Oberlandesgericht

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

1. in dem Verfahren bei dem Prozessgericht der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde und

2. innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntmachung in mindestens neun weiteren Verfahren bei demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt wurden.

<sup>52</sup> GLO, abreviação de Group Litigation Order, é o modelo de tutela coletiva adotado na Inglaterra.

diferenças com relação ao contraditório nos procedimentos alemão e brasileiro. Nesse sentido, ele esclarece que o *Musterverfahren* prevê, em seu §9º, um lapso temporal mínimo de quatro semanas entre a divulgação da pauta e o julgamento do Procedimento Modelo, enquanto o procedimento brasileiro é omissivo a esse respeito. Ademais, ele afirma que o *Musterverfahren* traz diversos dispositivos nos quais se verifica a preocupação em tornar a identificação da controvérsia o mais pública possível, enquanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não parece se preocupar com tal questão.

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues assevera:

O que mais chama a atenção é a aparente falta de preocupação do Projeto de Novo Código de Processo Civil em tutelar as garantias fundamentais das partes que, inevitavelmente, se verão envolvidas no incidente. (2011, p. 105)

O autor enumera, ainda, problemas graves que poderão surgir com relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, e que o Projeto, da forma como foi concebido, não traz soluções:

- (i) avalanche de recursos de caráter extraordinário interpostos em face da decisão que decide o incidente;
- (ii) avalanche de ações rescisórias que poderão ser propostas após o trânsito em julgado da decisão final (pergunta-se: uma ação posterior e ajuizada pontual especificamente perante um Tribunal não estaria, a rigor, tendo a possibilidade de rever a decisão da tese jurídica firmada no incidente?); e
- (iii) possibilidade de uma série de decisões conflitantes caso existam incidentes suscitados em diferentes Estados da Federação acerca de uma mesma questão jurídica (p.ex., sobre matéria processual). (2011, p. 103)

Baltazar José Vasconcelos Rodrigues aponta, em nota de rodapé, uma diferença entre os procedimentos alemão e brasileiro que se pode verificar de forma bastante concreta: a **extensão da lei** e a **profundidade com que trata dos temas**. Nesse sentido, explica: “O procedimento do incidente brasileiro é regulamentado de forma simplória pelo Projeto, ao passo que a legislação alemã é bem minuciosa” (2011, p. 101).

Há, porém, outras diferenças entre o Incidente e a *KapMuG* não apontadas por Baltazar Rodrigues que merecem destacadas.

Com relação à legitimidade, Igor Bimkowski Rossoni (2010) aponta que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode ser **instaurado ex officio**, pelas partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, conforme disposto no §1º do art. 930. Para o requerimento do *Musterverfahren*, entretanto, só possuem legitimidade as partes – Reclamante e Reclamado -, conforme disposto no §1º (1) da lei<sup>53</sup>. A *KapMuG*, portanto, não prevê a possibilidade de instauração do Procedimento Modelo de ofício, sendo essa uma exclusividade do procedimento brasileiro.

<sup>53</sup> § 1 (1) (...) Der Musterfeststellungsantrag kann vom Kläger und vom Beklagten gestellt werden. (...)

A respeito da questão comum a ser decidida, Igor Bimkowski Rossoni (2010) destaca uma diferença relativa ao **papel do juiz**. Segundo ele, na *KapMuG*, o juiz do processo de origem possui papel importantíssimo, pois “fixa a questão de direito ou de fato comum à qual o Tribunal está vinculado e examina a presença dos requisitos de admissibilidade do processo-modelo” (2010, s/n). No Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, entretanto, tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo de mérito são feitos pelo Plenário ou Corte Especial do Tribunal, ficando o papel do juiz de origem restrito ao fornecimento de informações, caso requeridas pelo Relator do Incidente no Tribunal.

Igor Bimkowski Rossoni (2010) aponta, ainda, que, para que o Incidente seja conhecido, o Tribunal deve entender presentes os requisitos objetivos (questão comum a múltiplos processos e a possibilidade de desenvolvimento de insegurança jurídica por decisões conflitantes) e um requisito subjetivo relativo à “conveniência de se adotar decisão paradigmática” (2010, s/n). Tal discricionariedade concedida pelo legislador dá ainda mais enfoque à importância do Tribunal com relação ao Incidente. Sobre o assunto, ele afirma:

Além de não se regulamentar com precisão no que consiste a idêntica questão a ser tratada no incidente nem quem a fixará, diferentemente do *KapMuG*, a adoção de critério amplamente subjetivo (conveniência) pode fazer com que o incidente surja natimorto, pois, mesmo diante do preenchimento dos requisitos do art. 895, poderá o Tribunal entender ‘não conveniente’ adotar decisão paradigma. (...) Melhor seria a adoção de critério objetivo numérico, como o feito na Alemanha (§4 (1) 2)) – dez requerimentos no espaço de tempo de quatro meses – o que possibilita uma parcial aferição do requisito de pluralidade de demandas iguais. (2010, s/n).

Igor Bimkowski Rossoni (2010) aponta uma diferença entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o *Musterverfahren* relativa aos **limites subjetivos da vinculação do julgado** que, após as mudanças feitas no original do Projeto, embora a diferença entre os procedimentos se mantenha, não é mais da forma abordada pelo autor. Segundo ele, o *Musterverfahren* contém regra clara que determina a aplicação da decisão tão somente para os casos pendentes, o que significa dizer que é necessário que haja litispendência para que a decisão do Procedimento Modelo seja aplicável. Já o art. 903 do PL 166/2010, que regulava a matéria no Incidente, era vago e impreciso, não definindo “se a tese será aplicada a todos os processos, incluindo novas demandas eventualmente propostas após a decisão, ou apenas aos processos suspensos por conta da admissibilidade da questão no Tribunal” (2010, s/n). O referido artigo dispunha:

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

O texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil, entretanto, foi enviado

ao Senado com diversas alterações, inclusive no aludido dispositivo. No PL 8.046/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, o dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito **e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal**. (grifo nosso)

Conforme já exposto, segundo Guilherme Rizzo Amaral (2011), a nova redação indica que a decisão proferida no Incidente vincula todo e qualquer julgamento futuro a respeito da matéria, incluindo ações propostas após a finalização do Incidente. Acerca da *KapMuG*, ele afirma:

Tal limitador [a aplicação da tese jurídica tão somente para processos pendentes] existe no instituto da *Musterverfahren* do direito germânico, que, muito embora não preveja com clareza a relação entre o instituto da coisa julgada e o incidente de resolução de demandas repetitivas, prevê que a decisão neste proferida terá efeito vinculante tão somente para as ações pendentes à época de sua prolação. (2011, p. 265)

Trata-se, portanto, de mais um ponto de divergência entre a *KapMuG* e o Incidente, mas não mais aquele abordado por Igor Bimkowski Rossoni.

Há, ainda, a questão das **custas**. No *Musterverfahren*, a forma diferenciada de distribuição do ônus econômico é um de seus aspectos mais elogiados. Há, na lei, como já exposto no Capítulo II, extensa regulamentação acerca da divisão de custas, inclusive com relação às custas em caso de uma das partes recorrer da decisão. O Projeto de Novo Código de Processo Civil, porém, foi omissivo nesse ponto, não havendo qualquer disposição a respeito da questão das custas no Incidente. De acordo com Igor Bimkowski Rossoni, isso pode fazer com que as partes temam suscitar a criação do Incidente ou de que ele seja suscitado de ofício, já que, “ante o princípio da causalidade, em caso de derrota, teriam de suportar todo o ônus financeiro” (2010, s/n).

Por outro lado, conforme noticia Igor Bimkowski Rossoni, “outro aspecto que deixou o projeto a desejar é no concernente à adequada **escolha do ‘líder’** e à **participação dos interessados** no procedimento-modelo perante o Tribunal” (2010, s/n, grifo nosso). Tal como explica o autor, parece decorrer dos §§1º e 2º do art. 936<sup>54</sup> que partes no Incidente são as mesmas do processo original, o que poderia acarretar uma representação inadequada dos interesses dos demais envolvidos. Como citado anteriormente, a *KapMuG* possui dispositivos que regulamentam a forma como será escolhida a parte que atuará como Reclamante ou

<sup>54</sup> Art. 936. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Reclamado Modelo, prevendo, inclusive, ampla participação dos demais intervenientes, desde que não contrariem a estratégia por ele adotada. Ademais, a lei prevê, em seu §16 (2)<sup>55</sup>, que os Interessados poderão ser ouvidos com relação à coisa julgada da Decisão Modelo caso comprovem que houve má administração do processo por parte do Reclamante ou Reclamado Modelo.

Outro ponto de divergência entre a *KapMuG* e o Incidente reside na **interposição de recurso** da decisão modelo. Sobre o assunto, com relação ao Incidente, explica Renato Xavier da Silveira Rosa:

Após o julgamento, qualquer das partes poderá interpor recursos especial ou extraordinário, que serão dotados de efeito suspensivo, ao contrário da regra geral. '*presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida*' (artigo 905). Além disso, não será feito juízo de admissibilidade na origem, como também é a regra geral, remetendo-se diretamente para o tribunal competente julgar o recurso interposto (artigo 905, parágrafo único). (2010, p. 36)<sup>56</sup>

É, realmente, o que dispõe o art. 940:

Art. 940. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único: Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

No *Musterverfahren*, entretanto, a interposição de recurso da decisão modelo está sujeita a fundamentação vinculada, sendo necessário que o recorrente demonstre a *significação fundamental* do recurso. Segundo Antonio do Passo Cabral (2007), tal requisito se assemelha à necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário brasileiro. Ademais, na *KapMuG*, o recurso não pode se fundar em vícios na decisão do juízo de origem que remete o caso para julgamento coletivo, mas tão somente em *errores* próprios da decisão coletiva.

Além disso, a *KapMuG* tem extensa regulação no que se refere à representação processual em instância recursal, diferentemente do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que nada dispõe a esse respeito.

Renato Xavier da Silveira Rosa indica, ainda, um ponto de divergência no que diz respeito à **extensão do julgado** para além da competência do tribunal. Ele afirma:

<sup>55</sup> § 16 Wirkung des Musterentscheids

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

<sup>56</sup> O art. 905, citado pelo autor, trata-se do art. 940 no Projeto que tramita perante a Câmara dos Deputados.

Na Alemanha, havendo necessidade de decisão para além da competência do tribunal que irá julgá-lo, o incidente é julgado pela corte superior, mas aqui no incidente do Novo CPC não há essa necessidade, pois a corte superior dá a ordem para extensão da decisão. (2010, p. 38)

Segundo o §4º (5) da *KapMuG*, havendo mais de um Tribunal Regional em um estado (*Land*), o caso poderá ser remetido para julgamento pelo Tribunal Superior (*Obersten Landesgericht*), “impondo então a todo o território alemão a decisão, o que tem o condão de com melhor eficiência adjudicar questões que envolvam todo o território do país, efetivamente uniformizando a jurisprudência dos tribunais” (ROSA, 2010, p. 16). Vale ressaltar que, mediante acordo entre os estados, em vez de ser remetido ao Tribunal Superior, o julgamento da questão pode ser concentrado em um dos Tribunais Regionais.

O art. 938 do Projeto de Novo Código de Processo Civil, por outro lado, dispõe:

Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional. (grifo nosso)

Sobre o tema, Elpídio Donizetti explica que há uma aparente incompatibilidade entre os arts. 937<sup>57</sup> e 933<sup>58</sup>, já que o primeiro permitiria a suspensão de todos os processos com identidade de objeto no território nacional, enquanto o §2º do art. 933 “dispõe que o acórdão sobre a questão de direito vinculará os demais juízes e órgãos fracionários *situados no âmbito da competência do Tribunal prolator da decisão*” (2010, p. 2). Segundo o autor:

O problema está na compatibilização entre extensão, para todo o território nacional, de uma decisão proferida por determinado Tribunal e o princípio do pacto federativo, precipuamente em relação aos Tribunais de Justiça, órgãos judiciários dos estados-membros. (2010, p. 2)

Ele aponta, então, o sistema aplicado no *Musterverfahren* - envio do caso para decisão pelo tribunal superior para que a tese possa ser aplicada em território nacional -, indicando que tal sistema busca garantir a segurança jurídica e decisões uniformes. E conclui:

Nesse contexto, a solução para a questão da extensão da decisão do TJ ou

<sup>57</sup> Art. 937. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no *caput*.

<sup>58</sup> Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial. (...)

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.



TRF carece de desmembramento nos seguintes termos: se houver recurso especial ou extraordinário, a decisão neles proferida deve ser, por efeito mesmo dos institutos do recurso repetitivo e da repercussão geral, estendida a todos os casos semelhantes; por outro lado, inexistindo RE ou REsp, devem os Tribunais Superiores deliberar sobre a manutenção ou retirada do pedido de suspensão, não podendo, contudo, diante do princípio da voluntariedade, conjugado com o princípio do pacto federativo, aplicar uma decisão tomada por um tribunal ao restante do país. (2010, p. 2)

No instituto brasileiro, portanto, basta que a corte superior julgue o mérito do recurso para que a tese jurídica firmada se aplique em âmbito nacional, sendo que, para o mesmo efeito, na Alemanha, é necessário que o Procedimento Modelo seja remetido diretamente ao Tribunal Superior para julgamento.

#### 4.2 A extensão da influência do *Musterverfahren*

Como visto no item anterior, são vários os pontos de divergência entre os dois institutos. Para verificarmos a extensão da influência do *Musterverfahren* na criação do Incidente brasileiro, cumpre verificar quais são os pontos de contato, já que indicam, em certa medida, quanto do procedimento alemão foi transportado – ainda que com alguma modificação - para o nosso ordenamento.

Com relação às semelhanças entre os dois institutos, a primeira e mais óbvia é de que ambos são **instrumentos de tutela coletiva** com os quais se objetiva centralizar o julgamento de demandas que tenham como escopo questões jurídicas semelhantes e, ao mesmo tempo, evitar a existência de julgados discrepantes.

Sobre o tema, esclarece Elpídio Donizetti:

O avanço da sociedade e a massificação dos conflitos tornaram evidente a necessidade de inovações no direito processual brasileiro, para que este não perca sua efetividade social. Ao lado das ações coletivas, do tipo representativo, tem ganhado força, na processualística contemporânea, as chamadas ações de grupo, baseadas em procedimentos-modelo. Esses procedimentos-modelo foram pensados, principalmente na doutrina estrangeira, como método para se decidir, de modo coletivo, inúmeros processos cujas pretensões apresentem estreita verossimilhança. (2010, p. 8)

Segundo ele, tais procedimentos modelo aplicam-se a situações em que as pretensões, por características fático-jurídicas idênticas, podem ser consideradas pretensões isomórficas. Isso permite que, a partir da eleição de apenas uma das pretensões, seja fixada uma moldura jurídica, que será aplicada na solução de todas as demais. Além disso, os referidos procedimentos seriam uma forma de se evitarem os problemas decorrentes dos mecanismos representativos de tutela coletiva, em especial com relação à necessidade de

legitimação extraordinária e às ficções de extensão da coisa julgada.

Ademais, segundo Elpídio Donizetti (2010), trata-se de um método de solução de demandas múltiplas (*macrolides*) em que se parte de um caso concreto - que possui contedores individuais -, mas em cujo debate se visualiza uma pretensão com aptidão para coletivizar-se. Segundo ele, a efetividade dos incidentes coletivos reside no fato de que as questões neles decididas sejam fundamentos de muitas outras pretensões similares.

Elpídio Donizetti destaca, como exemplo, o *Musterverfahren*, um procedimento modelo “com o objetivo de estabelecer uma esfera de decisão coletiva para questões de natureza equivalente em litígios individuais” (2010, p. 9). E afirma:

No Brasil, os antecedentes do incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto do novo CPC, foram a instituição do requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário (Lei n. 11.418/06) e os chamados recursos especiais repetitivos (Lei n. 11.672/08), que objetivaram obstar a dispersão de decisões contraditórias e diminuir a sobrecarga do aparato judiciário, permitindo, em última instância, a concretização do princípio da razoável duração do processo.

Inspirada na doutrina estrangeira, a comissão de juristas, além da complementação e do reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, com a intenção de identificar processos que contenham a mesma questão de direito e que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. (2010, p. 9-10)

Pode-se considerar, portanto, que a ideia de criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como um procedimento-modelo teve, como afirmado pela Comissão responsável pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, inspiração no instituto alemão do *Musterverfahren*.

Outra semelhança é a **suspensão** do curso dos processos que versem sobre as mesmas questões daquele que originou o incidente de coletivização, após admitida sua instauração.

Na *KapMuG*, tal norma está expressa no §7<sup>o59</sup>, que indica que, após a publicação no registro eletrônico da instauração do Procedimento Modelo, ou seja, após o caso ter sido remetido ao tribunal, o juízo de origem deverá suspender de ofício todas as ações cuja solução dependa de questões a serem esclarecidas no Procedimento. Já no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a suspensão dos processos consta do art. 934<sup>60</sup>, segundo

<sup>59</sup> § 7 Aussetzung

(1) Nach der Bekanntmachung des Musterverfahrens im Klageregister durch das Oberlandesgericht setzt das Prozessgericht von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zum Erlass des Musterentscheids noch anhängig werdenden Verfahren aus, deren Entscheidung von der im Musterverfahren zu treffenden Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Das gilt unabhängig davon, ob in dem Verfahren ein Musterfeststellungsantrag gestellt wurde. Die Parteien sind anzuhören, es sei denn, dass sie darauf verzichtet haben. Der Aussetzungsbeschluss ist nicht anfechtbar.

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

<sup>60</sup> Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em

o qual, uma vez admitido o Incidente pelo Tribunal, seu Presidente determinará a suspensão dos processos pendentes em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Vale ressaltar, entretanto, que a *KapMuG* traz disposição referente à suspensão do processo originário antes da efetiva instauração do Procedimento Modelo. Trata-se do §3<sup>o61</sup>, que indica que, após a publicação no registro eletrônico do requerimento de instauração do Procedimento Modelo, o processo originário será suspenso. Isso tem relação com o fato de que o procedimento alemão se divide em dois momentos: (i) análise da existência dos requisitos, no processo originário, para admissão do Procedimento Modelo; (ii) uma vez admitido e publicado o requerimento no registro eletrônico, aguarda-se quatro meses por outros nove pedidos de instauração sobre o mesmo tema. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por sua vez, não possui disposição sobre a suspensão do processo originário.

Por outro lado, tanto no *Musterverfahren* quanto no Incidente a questão é remetida a um **tribunal** para julgamento, ainda que, conforme já demonstramos nos capítulos anteriores, cada um dos procedimentos tenha certa especificidade nesse ponto.

No que tange ao *Musterverfahren*, é o §4<sup>o62</sup> que indica que o juízo de origem remeterá o caso para o tribunal (*Oberlandesgerichts*) após o juízo de admissibilidade, que engloba a verificação da presença dos requisitos e a ausência das causas de inadmissibilidade, bem como após terem sido feitos, no prazo de quatro meses, outros nove requerimentos sobre a mesma questão. Há, conforme já indicamos, uma importante atuação do juiz de primeiro instância no *Musterverfahren*.

Já com relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o julgamento pelo tribunal está expresso no art. 933, caput<sup>63</sup>, que expõe que tanto o juízo de admissibilidade quanto o julgamento do incidente serão feitos pelo plenário do tribunal ou órgão especial. Entretanto, já no primeiro artigo sobre o Incidente – art. 930 -, o julgamento pelo tribunal fica claro. Esse artigo indica, em seu parágrafo 1º, que o pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal<sup>64</sup>.

---

primeiro e segundo grau de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

<sup>61</sup> § 3 Unterbrechung des Verfahrens

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

<sup>62</sup> § 4 Vorlage an das Oberlandesgericht

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

1. in dem Verfahren bei dem Prozessgericht der zeitlich erste Musterfeststellungsantrag gestellt wurde und

2. innerhalb von vier Monaten nach seiner Bekanntmachung in mindestens neun weiteren Verfahren bei demselben oder anderen Gerichten gleichgerichtete Musterfeststellungsanträge gestellt wurden. (...)

<sup>63</sup> Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

<sup>64</sup> Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante

Aponta-se a existência, no Incidente, de um **registro eletrônico** para cadastro das questões de direito submetidas ao Incidente, que parece ter sido criado nos moldes do *Klageregister* do procedimento alemão.

Na *KapMuG*, o §2<sup>o65</sup> indica que, uma vez admitido o requerimento de instauração do Procedimento Modelo, o juízo deverá fazer publicar em um Diário Oficial eletrônico um registro de demandas (*Klageregister*), que deve ser de amplo acesso e gratuito e conter dados relativos ao processo que possibilitem a sua identificação.

A responsabilidade de proteção dos dados cadastrados no sistema é do juízo de origem (*Prozessgericht*), especialmente quanto à legalidade de sua obtenção, sua confiabilidade e precisão (§2º (3)). Ademais, a lei expressa uma preocupação do legislador alemão com a segurança das informações contidas no referido registro, havendo até mesmo a previsão de uma cooperação entre o operador do Diário Oficial e a Agência Nacional de Segurança da Informação. Os dados cadastrados serão deletados caso o procedimento seja negado por insuficiência de reclamantes ou após ser encerrado, como dispõe o §2º (5).

Por outro lado, dispõe o art. 931 do Projeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça,

---

multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal: (...)

<sup>65</sup> § 2 Bekanntmachung im Klageregister

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para inclusão no cadastro.

Muito embora a disposição referente ao registro eletrônico no Incidente seja muito mais resumida e omissa em diversos pontos relevantes, é clara a influência do *Musterverfahren*.

## CONCLUSÃO

Como visto, após a análise individual de cada um dos institutos objetos do presente trabalho, foram apresentados **treze** pontos que representam uma diferença entre o *Musterverfahren* e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Foram eles: a especificidade do tema de cada lei, seu tempo de vigência, o requisito formal de admissão do procedimento modelo, a amplitude do objeto de análise de cada instituto, a amplitude do contraditório, a extensão de cada lei e a profundidade com que trata dos temas, a possibilidade de instauração *ex officio*, a importância do papel do juiz, os limites subjetivos da vinculação do julgado, a divisão de custas, a escolha do líder e participação dos interessados, os recursos cabíveis da decisão final e a extensão do julgado.

Por outro lado, encontramos apenas **quatro** assuntos nos quais as disposições da *KapMuG* e dos arts. 930 a 941 do Projeto do Novo CPC se aproximam: o fato de que ambos os institutos são instrumentos de tutela coletiva, a questão da suspensão dos processos, a concentração do julgamento dos processos em um só tribunal e a existência de um registro eletrônico.

Dados esses números, pode-se concluir que a inspiração no *Musterverfahren*, conforme declarada pela Comissão de Juristas responsáveis pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil, se deu, quando muito, em um plano abstrato, já que ambos são procedimentos por meio dos quais causas repetitivas são reunidas para julgamento em um só tribunal, poupando recursos e evitando a dispersão da jurisprudência. A dita influência não significou, entretanto, que os procedimentos dos institutos alemão e brasileiro são semelhantes, já que, como demonstrado, possuem viscerais diferenças.

Nesse sentido, é necessário esclarecer que, quanto à verificação da extensão da influência do *Musterverfahren* na criação do Incidente, partiu-se do pressuposto de que uma real inspiração no instituto alemão faria com que diversos de seus elementos fossem transportados para o ordenamento brasileiro. Considerou-se, inclusive, que esse transporte não ocorresse de forma bruta, mas com modificações, de forma a adaptar os mecanismos à realidade processual brasileira.

O que se percebeu, entretanto, foi que o procedimento brasileiro trouxe pouquíssimos elementos que se assemelhem ao alemão. Quando comparado ao *Musterverfahren*, o Incidente é um procedimento muito mais resumido e trata de forma superficial de temas relevantes a um instrumento de coletivização.

Além disso, e, talvez ainda mais importante, é o fato de que os dispositivos que tratam do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, da forma que se encontravam quando analisados, eram omissos com relação a vários assuntos tratados na *KapMuG* e que representam características fundamentais do instituto alemão.

É de se observar, entretanto, que o Projeto do Novo CPC, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, recebeu, em 19 de setembro de 2012, relatório elaborado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, no qual são apresentadas diversas alterações e correções.

No que tange ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, as alterações apresentadas parecem aproximá-lo um pouco mais do *Musterverfahren*, fazendo com que algumas das diferenças aqui apontadas percam o sentido. Além disso, parecem atenuar, em certa medida, um problema aqui apontado: o fato de que o Incidente era omissos com relação a pontos importantes, que poderiam gerar problemas graves.

Dentre as mudanças sugeridas, está a exigência de causa pendente no tribunal, o que tornou o Incidente mais concreto. Ademais, retirou-se a conveniência do rol de requisitos para instauração do Incidente, o que tem por consequência uma diminuição da discricionariedade. Os demais requisitos de instauração, embora mantidos, foram detalhados, de forma a harmonizá-los com o sistema recursal e a realidade brasileiros. Por outro lado, esclareceu-se e detalhou-se a recorribilidade por Recurso Especial e Extraordinário, outro ponto que, na redação anterior, fora por nós criticado. Definiu-se, também, que a vinculação nacional da decisão do Incidente vem dos Recursos Especial e Extraordinário. Conferiu-se, ainda, maior proteção à defesa e amplo contraditório, por meio, por exemplo, da extensão do tempo de defesa oral e regulamentação da participação de *amici curiae*.

É necessário destacar que tais proposições não foram levadas em conta nesse trabalho pelo fato de que, na data de apresentação do relatório com modificações, todos os capítulos da presente análise já estavam finalizados. Incluí-los aqui implicaria a necessidade de reescrever grande parte dessa monografia.

De toda forma, o trabalho apresentado não teve, por óbvio, a pretensão de esgotar um assunto de tamanha magnitude, servindo tão somente como ponto de partida para uma análise mais aprofundada àqueles que se interessarem pelo assunto.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. vol. 196. p. 237. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- BERGMEISTER, Felix. *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal Presidência, 2010. 381 pp. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. v. 32. p. 123. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 193. p. 255. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo?. *Revista da SJRJ*. v. 18. n. 32. p. 93. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrij/article/view/285](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/285)>. Acesso em 25 jul. 2012.
- DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. 2. ed. London/Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- DONIZETTI, Elpidio. *Um novo CPC: Análise das principais inovações do projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. [S.l.], 12 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraatlas.com.br/elpidiodonizetti/index.aspx>>. Acesso em 20 jun. 2012.
- FEESS, Eberhard; HALFMEIER, Axel. *The German Capital Markets Model Case Act (KapMuG) - a European role model for increasing the efficiency of capital markets? Analysis and suggestions for reform*. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1684528>>. Acesso em 7 jul. 2012.
- GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do Novo CPC – breves apontamentos*. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-6916.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2012.
- HALFMEIER, Axel. *Reform of German Model Proceedings Act planned*. Disponível em: <<http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Reform%20of%20German%20Model%20Proceedings%20Act%20planned.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2012.
- HESS, Burkhard. Relatório Nacional da Alemanha. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;



MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de “civil law” e “common law”: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008. p. 145-149.

HORBACH, Carlos Bastide. *O direito comparado na jurisdição constitucional*. Brasília, 27 pp. Trabalho não publicado.

LATORRE, Angel. *Introducción al derecho*. 7. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOHER, Louise; MORGAN, Lynda. *Multi-Party Litigation in Germany: The KapMuG In Action*. Federated Press: Spring 2008. Disponível em: <http://www.mondaq.com/x/160298/Class+Actions/MultiParty+Litigation+In+Germany+The+KapMuG+In+Action>. Acesso em 07 jun. 2012.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no projeto do novo Código de Processo Civil. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 189-195.

REUSCHLE, Fabian. Das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – Eine erste Bestandsaufnahme aus Sicht der Praxis. In: CASPER, Matthias (org.). *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*. Munique: Sellier, 2009. p. 279-314.

RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos Rodrigues. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: especificação de fundamentos teóricos e práticos e análise comparativa entre as regras previstas no Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Kapitalanleger-musterverfahrensgesetz do direito alemão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VIII, p. 93. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 27 jul. 2012.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010*. 2010. 75 pp. Trabalho (Pós-graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>. Acesso em 12 ago. 2012.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *O “incidente de resolução de demandas repetitivas” e a introdução do group litigation no Brasil: avanço ou retrocesso*. 2010. s/n. Trabalho (Pós-graduação) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010. Disponível em: [http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O\\_incidente\\_de\\_resolucao\\_de\\_demanda\\_repetitivas\\_e\\_a\\_introducao\\_do\\_group\\_litigation\\_no\\_direito\\_brasileiro\\_avanco\\_ou\\_retrocesso](http://usp-br.academia.edu/IgorRossoni/Papers/217685/O_incidente_de_resolucao_de_demanda_repetitivas_e_a_introducao_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avanco_ou_retrocesso). Acesso em 15.05.2012.

ROWE JR., Thomas D. Debates over group litigation in comparative perspective: what can we learn from each other – Foreword. In: *Duke journal of comparative & international law*. v. 11. n. 2. p. 157. 2001. Disponível em:

<[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1811&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1811&context=faculty_scholarship)>. Acesso em 11 mai. 2012.

STADLER, Astrid. A test case in Germany: 16.000 private investors vs. Deutsche Telekom. *In: ERA-Forum*. v.10. Berlin/Heidelberg, 2009.

WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *In: Duke journal of comparative & international law*. v. 11. n. 2. p. 369. 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=djcil>>. Acesso em 11 mai. 2012.

WELSCH, Gisele Mazzoni. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do CPC. *In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-235.