

A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo *civil law* no contexto da solução de demandas individuais de massa

(Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10)

Marcelo Pereira de Almeida

Marcelo Pereira de Almeida - Advogado no Rio de Janeiro – Professor de Direito Processual Civil da UNESA e de Direito Processual Civil e Direito Constitucional da EMERJ e da Escola Superior de Advocacia - ESA

1) INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo apresentar considerações críticas sobre a tendência da jurisdição nos países de *civil law* na solução de demandas individuais de massa, enfocando a inclinação publicista do ordenamento processual brasileiro identificada nas últimas reformas da legislação, direcionada à solução de causas desta natureza, problema apontado com um dos fatores que gera a morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional.

Destacam-se nesta pesquisa os modelos de resolução de demandas repetitivas, inseridos no ordenamento pátrio, tais como o processamento dos recursos excepcionais repetitivos, trazidos pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, e a proposta de se instituir um incidente de resolução de demandas individuais de massa previsto no PLS nº 166/10, destinado a criar o Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Senado Federal.

Para atingir a finalidade proposta, o trabalho foi desenvolvido em cinco seções, abordando os pontos sensíveis deste formato de solução de conflitos, avaliando os principais procedimentos destinados a alcançar este objetivo, e alguns aspectos no direito comparado que, em certa medida, influenciou o sistema brasileiro.

Na primeira seção, faz-se uma breve análise das principais características dos modelos publicistas e privatistas de ordenamentos processuais e as evoluções observadas.

Na segunda, apresenta-se uma abordagem histórica do desenvolvimento do modelo dos direitos coletivos e da coletivização das demandas individuais no ordenamento brasileiro.

Na terceira seção, procura-se identificar os métodos de tratamento de coletivização das demandas individuais de massa no ordenamento brasileiro.

Na quarta seção, é realizada uma breve incursão no incidente de coletivização de ações individuais no direito processual alemão, identificado como fonte inspiradora do modelo que se pretende adotar no Brasil.

E, por fim, são feitas algumas considerações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10, que vem como proposta para solução de causas desta natureza no sistema brasileiro. Devendo ser destacado que as considerações são realizadas com primeiras impressões, por se tratar de proposta legislativa, apesar de se poder extrair algumas inferências empíricas, diante da similitude que apresenta com alguns instrumentos já em vigor.

Nestas linhas, não se tem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim trazer alguns pontos de reflexão, de sorte a proporcionar o debate aberto e construtivo sobre uma questão de magnitude incontestável.

2) A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO NO CONTEXTO PUBLICISTA E PRIVATISTA

Para propor reflexões sobre a coletivização das demandas individuais de massa e a direção que o ordenamento processual brasileiro vem seguindo nos últimos anos, faz-se necessário traçar algumas linhas sobre a evolução da atividade jurisdicional nos países ocidentais no contexto publicista e privatista.

Vem sendo alvo de vastas pesquisas sobre a atividade jurisdicional, a tendência que os ordenamentos processuais nos países ocidentais vem seguindo em relação, principalmente, a concessão de maiores poderes ao

Estado para a condução do processo judicial, cujo marco teórico inicial é representado pela concepção liberal de tutela dos direitos do século XIX, em que o processo apresentava o escopo de garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos, e não a observância do direito objetivo. A jurisdição e o processo destinavam-se a atender os anseios dos cidadãos e não havia preocupação com o interesse público.¹

Essa característica positivista clássica do sistema gerava como consequência a limitação total dos poderes do magistrado, pois não lhe permitia trazer ao processo fatos não postos pelas partes, determinar produção de provas não requeridas e até examinar falta de pressupostos processuais de ofício. Chegava ao extremo de até a fluência dos prazos depender da atividade das partes, características que só vieram a desaparecer nos ordenamentos do século XX.

O movimento de publicização do processo teve suas origens na elaboração do Código Austríaco de 1895, de influência socialista, e dominou a doutrina do início do século XX, com características autoritárias, na medida em que retirava das partes a condução do processo, transferindo esta atribuição aos juízes.²

Este novo modelo de tutela dos direitos foi retratado nas legislações codificadas influenciadas pelo socialismo e fascismo, que pregavam a idéia de que o aumento dos poderes do Estado representava um avanço social, o que justificaria a ampliação dos poderes do magistrado, para proporcionar mais qualidade e justiça na forma da tutela jurisdicional, significando que o processo, neste contexto, foi alçado ao patamar de interesse público.³

Nessa perspectiva, o juiz é responsável pela condução do processo, adotando uma postura ativa na coleta da prova para atingir a verdade real, podendo distribuir de modo dinâmico a carga da prova, promover o impulso oficial do processo, deferir medidas satisfativas de modo oficioso⁴, tudo com a justificativa de promover a justiça no seio social.

Com o segundo pós-guerra se observou a reconstrução do constitucionalismo na Europa ocidental, ocasionando a supremacia do inte-

1 GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". **Revista de Processo**. n. 164. out./2008. p. 31.

2 Idem. P. 32.

3 Neste sentido, Leonardo Greco sustenta que "Nos países socialistas, o processo foi concebido como instrumento do bem estar social, assumindo o juiz a função de guia e de propulsor do processo, não só técnica e formal, mas também materialmente, exercendo papel ativo e assistencial das partes, buscando com elas a verdade e a vitória da parte que tem razão, destruindo, assim, a idéia de juiz neutro. Op. cit. p. 33.

4 BENABENTOS, Omar Abel. **Teoria General Unitaria del Derecho Procesal**. Bogotá. Colômbia: Editorial Temis S/A. 2001, p. 33.

resse público em detrimento do individual e o fortalecimento dos direitos fundamentais, o que deflagrou críticas ao modelo autoritário de processo que deveria ser reconstruído para prestigiar o princípio dispositivo e a autonomia privada.⁵

Essa crítica ao modelo autoritário de processo influenciou a legislação de alguns países, o que pode ser sentido na *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha, editada no ano de 2000, que regulou o sistema processual numa perspectiva do cidadão que busca a tutela jurisdicional. Esse modelo privilegia o princípio da autonomia da vontade e apresenta como características principais a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo, limitando, por conseguinte os poderes do juiz, que não está autorizado a proferir sua decisão com base em fatos não postos pelas partes e muito menos ignorar aqueles que foram apresentados por elas.⁶

A perspectiva desse formato de jurisdição é preservar, segundo seus defensores,⁷ as garantias constitucionais do processo e direitos fundamentais, impedindo arbitrariedades dos julgadores que, sob a justificativa do interesse público que o processo detinha nos sistemas autoritários, invadiam os interesses particulares. Esse é o modelo de jurisdição que vem sendo denominado de garantista, e conta, atualmente, com vários adeptos.⁸

Constata-se, ainda, que a concepção publicista do processo também vem sendo responsável pela sensível limitação do sistema recursal, com a inserção de filtros sobrepostos destinados a restringir o uso dos recursos, pois esses são apontados como geradores de morosidade na atividade jurisdicional.

Curiosamente, a legislação brasileira vem cada vez mais seguindo na contramão dessas tendências garantistas, o que se constata pela análise do conteúdo das constantes reformas da legislação processual, que ampliam consideravelmente os poderes dos juízes, prestigiando cláusulas abertas, condução da instrução probatória de modo oficioso, controle de adaptação dos procedimentos e principalmente limitação ao sistema recursal, com o aumento da força da jurisprudência.

5 AROCA, Juan Montero. **Proceso y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad**. Valencia: Tirant lo blanch. 2006, p. 24.

6 NAVARRETE, Antonio Maria Lorca. "El Derecho Procesal como Sistema de Garantías". **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Mayo-agosto. 2003, p. 534.

7 AROCA. Op. cit. p. 27.

8 Por todos, AROCA. Op. cit. p. 28.

Essas considerações são necessárias para atingir a finalidade proposta, na medida em que se verifica uma tendência no ordenamento brasileiro de ampliação dos poderes dos órgãos jurisdicionais na condução e resolução dos conflitos individuais de massa, podendo ser citados como exemplos o processamento de recursos excepcionais repetitivos, repercussão geral em recurso extraordinário, súmula vinculante, e agora a iminência de instituição de incidente de resolução de demandas repetitivas para os processos que tramitam principalmente na primeira instância, tema que será tratado ao longo do texto.

É certo que os conflitos que versam sobre interesses individuais homogêneos assoberbam os órgãos do Poder Judiciário com processos repetitivos, e muitas vezes o tratamento é diferenciado por julgamentos pulverizados, o que gera, invariavelmente, insatisfação do jurisdicionado e insegurança nas relações jurídicas.

Neste aspecto, o direito processual brasileiro inovou ao criar a possibilidade de se coletivizar as demandas individuais que apresentem a mesma origem e se mostrem uniformes. Com a edição da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, foram previstas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, possibilitando que um processo resolva conflitos de considerável número de pessoas.

Porém, a instituição das ações coletivas, em particular as destinadas a tutelar interesses individuais homogêneos, são insuficientes para a otimização destes problemas, pois estas ações não impedem que ações individuais continuem sendo propostas e recebam tratamento diferenciado, em virtude da falta de previsão de um sistema de vinculação e da falta de divulgação efetiva de ações coletivas.⁹

Pode se inferir, assim, que o papel da jurisprudência é indispensável para que o sistema harmonize as questões e promova um tratamento mais uniforme para as teses repetitivas. Mas para que essa ideia surta os efeitos desejados, o modelo processual deve prever formas de filtrar essas questões e otimizar os processos.

No ordenamento processual brasileiro vêm ocorrendo mudanças para obstar a tramitação de processos que versem sobre matérias repetitivas, e assim privilegiar a resolução das demandas de massa de modo uniformizado.

9 ALMEIDA, Marcelo Pereira. *A tutela coletiva e o fenômeno do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Fretas Bastos, 2007, p. 178.

É a tendência de se fortalecer um modelo processual de nítido caráter publicista, em que são ampliados cada vez mais os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, na medida em que podem obstar o trâmite processual de uma causa repetida ou a direcionar para um julgamento por amostragem, como acontece no processamento dos recursos especiais repetitivos,¹⁰ e, em breve, poderá ocorrer com a instituição do incidente de coletivização de demandas individuais.

Vários problemas podem ser identificados com a adoção desse modelo. Cite-se como exemplo a dificuldade que o jurisdicionado encontra para provocar o *distinguishing*, ou seja, alegar que a tese de sua pretensão tem especificidades em relação àquela que foi selecionada para o julgamento, ou mesmo para provocar a revogação do precedente (*overruling*) que possa vir se utilizado como paradigma na solução daquela questão. Esses e outros aspectos serão tratados na seção específica referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

3) NOTÍCIA HISTÓRICA DA TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DA COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

O regime de tutela dos direitos, no modelo *civil law*, sempre foi visto sob um enfoque estritamente individualista. A regra da legitimidade individual, segundo a qual cada um defenderia em juízo seus próprios interesses, não permitia muitas exceções, sendo raros os casos de substituição processual ou de alguma forma a defesa em nome próprio de interesse alheio.

Por esse motivo, direitos comuns a determinados grupos de pessoas não podiam ser defendidos em juízo porque não havia uma pessoa legitimada para tanto, na medida em que não se identificava determinada pessoa prejudicada. Na verdade, todos eram prejudicados, e com isso ninguém detinha legitimidade, o que representava uma verdadeira negativa ao acesso à justiça.

10 O modelo de processamento de recursos repetitivos teve previsão embrionária no ordenamento brasileiro com a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, prevendo no artigo 14 o pedido de uniformização, com a possibilidade de sobrestamento dos demais pedidos que tratassem da mesma matéria para o julgamento por um condutor. A Lei nº 11.418/06, responsável pela regulamentação do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, que trata da repercussão geral em recurso extraordinário, inseriu os artigos 543-A e 543-B ao CPC. Este último artigo prevê o processamento de recursos extraordinários que apresentem a mesma tese jurídica na forma repetitiva. Em seguida a Lei nº 11.672/08, criou o artigo 543-C no CPC para estender o formato repetitivo de processamento ao recurso especial.

Nas últimas décadas, principalmente no segundo pós-guerra, contatou-se uma mudança de paradigmas com o surgimento de novos anseios sociais. Nessa realidade, além de emergirem novos problemas antes inexistentes, a informação e o apelo ao consumo infiltram-se democraticamente nas casas ricas e pobres, o cidadão passa a ter plena consciência de seu direito ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este maior número de informações instigou o desejo humano de buscar a satisfação de seus novos e antigos interesses.

Esses fatos geraram anseios coletivos e surgiram os conflitos de massa. A nova realidade impunha a criação de novos mecanismos de proteção, tanto no plano do direito material como no do processual.

A defesa adequada dos interesses metaindividuais é considerada como ponto sensível para se alcançar o pleno acesso à justiça por Cappelletti e Garth.¹¹

Entre os países que adotam o modelo *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implantação dos processos coletivos.

A primeira lei brasileira a tratar de forma adequada os interesses difusos é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), que atribuiu legitimidade ao cidadão para defender o patrimônio público.

Em meados da década de setenta surgiu a real preocupação pela tutela dos interesses metaindividuais, com a repercussão dos trabalhos desenvolvidos na Itália. José Carlos Barbosa Moreira foi o precursor, com artigo publicado em 1977.¹² Seguindo este caminho, vieram Waldemar Mariz de Oliveira e Ada Pellegrini Grinover, que passaram a divulgar essas idéias.¹³

A Lei nº 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente, por sua vez, trouxe a legitimidade do Ministério Público para a defesa do meio ambiente. Porém, a Lei nº 7.347/85, a denominada Lei da Ação Civil Pública, causou maior repercussão no ordenamento processual pátrio.

Essa lei foi elaborada por uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar

11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 12-13.

12 Ibidem, p. 127.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 800.

Mariz de Oliveira Jr., que redigiram o anteprojeto após o encerramento de um seminário sobre o tema. O referido anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrado, em 1983, e apresentado ao público pela primeira vez durante o I Congresso Nacional de Direito Processual Civil, ocasião em que José Carlos Barbosa Moreira apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento.¹⁴

Aquelas propostas foram apresentadas ao Congresso Nacional por intermédio do Projeto de Lei nº 3.034/84. Em seguida, alguns representantes do Ministério Público fizeram alterações no projeto original e apresentaram novo projeto, que finalmente foi convertido na Lei nº 7.347/85,¹⁵ aperfeiçoada posteriormente por outras normas.¹⁶

A Constituição de 1988 estendeu seu cabimento para a defesa de outros interesses transindividuais, atribuiu *status* constitucional à tutela coletiva e ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação, além de prever, expressamente, a figura do mandado de segurança coletivo, conferindo legitimação aos partidos políticos e as entidades de classe para a sua impetração. O mandado de segurança coletivo foi regulamentado, recentemente, pela Lei 12.016/09.

A Lei nº 7.853/89 foi a primeira a tratar de matéria complementar à ação civil pública, com o fito de proteger as pessoas portadoras de deficiência, dispondo ainda sobre aspectos processuais peculiares na defesa coletiva dos interesses desse grupo social específico.¹⁷

Em seguida, foi editada a Lei nº 7.913/89, com o objeto voltado à defesa coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários, por danos a eles causados. Com previsão inovadora referente à possibilidade de ressarcimento de danos individuais a esses investidores. Foi a primeira notícia da defesa de interesses denominados individuais homogêneos, que, até então, só poderiam ser tutelados em conjunto pela figura do litisconsórcio, uma vez que a ação civil pública possibilitava apenas a proteção de interesses difusos, com a destinação da indenização para o fundo previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro". In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 78

15 GRINOVER. Op. cit. p. 805.

16 *Ibidem*, p. 806.

17 Pode ser destacado o artigo 3º, § 6º que reza: "em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos co-legitimados pode assumir a titularidade ativa".

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) veio a seguir com normas específicas para a ação civil pública ajuizada na defesa da criança e do adolescente.¹⁸

A mais relevante alteração da Lei da Ação Civil Pública veio com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que modificou profundamente a sua estrutura. Todo o Título III tem aplicação em qualquer ação civil pública, conforme determina o artigo 21 da Lei nº 7.347/85.¹⁹ Foi acrescentada, ainda, a possibilidade de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos e a de celebração de termo de ajustamento de conduta.

A coletivização das demandas individuais de massa ganhou amplitude considerável com o advento do CDC, pois este diploma legal permitiu a utilização de ação coletiva para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo.

Outras regras que afetam a tutela coletiva devem ser lembradas.

A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94) ampliou também o campo de incidência da ação civil pública. Seu artigo 88 determinou a inclusão do atual inciso V no artigo 1º da Lei nº 7.347/85. Com isso, os danos causados por infração da ordem econômica passaram a ser tuteláveis por intermédio dessa ação.

A medida provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº 9.494/97, fez previsão de limitação dos efeitos da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença, com a alteração feita no teor do artigo 16 da Lei nº 7.347/85. Alteração muito questionada pela doutrina.²⁰

A referida lei, prevê, ainda, a restrição de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no que tange às demandas coletivas, à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Nesta breve evolução histórica, deve ser consignado que foram apresentadas e discutidas propostas nas comunidades jurídicas do Rio de

18 Não havia previsão expressa de defesa dos interesses individuais homogêneos das crianças e dos adolescentes.

19 A redação deste dispositivo foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor.

20 Ada Pellegrini Grinover sustenta com veemência que a coisa julgada não estaria limitada a esse âmbito de competência do juízo (cf. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 795). Em sentido semelhante, criticando a alteração legislativa, cf. VIGLIAR, José Marcelo M., **Ação Civil Pública**, n. 10.2. p. 105; e MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Manual do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 130.

Janeiro e de São Paulo de elaboração de um código de processo civil coletivo. Estas propostas culminaram na elaboração de um projeto de lei para sistematizar a ação civil pública, encaminhado ao Congresso Nacional, em setembro de 2009, pela Comissão de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. O referido projeto recebeu a numeração 5.139/09, mas infelizmente foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados,²¹ sendo alvo de recurso na tentativa de submetê-lo ao Plenário dessa Casa Legislativa.

4) A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Conforme já observado, até 1990, o sistema de defesa de interesses coletivos no Brasil era representado pela ação popular e pela ação civil pública. Apesar das referidas leis, em 1988 foi promulgada uma Constituição símbolo do Estado Democrático de Direito, preocupada com interesses metaindividuais e prevendo a necessidade de amparo aos interesses dos consumidores.

Assim, no moderno ordenamento jurídico brasileiro surgiu a intenção de criação de um instrumento responsável pela tutela das relações de consumo, o que foi consolidado em 11 de setembro de 1990, com a publicação do Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores.

O referido código foi de fundamental importância para a defesa de direitos transindividuais, pois trouxe vários mecanismos que passaram a ser utilizados nas demais ações coletivas, como as noções de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstas no artigo 81.

Verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor se destaca na área processual por definir regras de competência para as ações de consumo, o que está disposto no artigo 93 desse diploma legal, por trazer regramento diferenciado ao ônus da prova, e por tratar da legitimação para essas ações.

Conforme apontado na seção anterior, o tratamento da coletivização das demandas individuais foi consideravelmente modificado com a edição do CDC, com a previsão expressa de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos.

21 CCJC da Câmara rejeita projeto de lei que disciplina a ação civil pública. O Projeto de Lei (PL) nº 5.139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A Comissão rejeitou o parecer pela aprovação, em forma de um substitutivo apresentado pelo deputado federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ). Em seu lugar, foi acatado o voto em separado do deputado José Carlos Aleluia (DEM-BA), pela rejeição. Como o projeto foi rejeitado em caráter conclusivo, não precisa ser votado pelo Plenário.

Esses interesses previstos no artigo 81, parágrafo único, III do CDC têm origem nas *class actions* do direito norte-americano.

Segundo Araújo Filho²², as *class actions* foram herdadas do sistema legal inglês e eram utilizadas quando se tinha interesse comum ou geral de muitas pessoas.

Por constituírem uma classe numerosa, seria impraticável trazer todos os seus membros a juízo. Assim, um ou mais membros poderiam propor a ação ou apresentar a defesa pela totalidade da classe.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, os interesses individuais homogêneos são aqueles que, embora se apresentem uniformizados pela origem comum, permanecem individuais em sua essência.

Hugo Nigro Mazzilli²³ defende tese de que os interesses individuais homogêneos, em sentido lato, não deixam de ser também interesses coletivos, porquanto os interesses individuais homogêneos, assim como os difusos, originam-se de circunstâncias de fato comuns; entretanto, os titulares dos primeiros são determinados ou determináveis, enquanto os titulares dos demais são indeterminados.

Teori Albino Zavascki²⁴, por sua vez, entende de modo diferente a concepção de interesses individuais homogêneos e denomina a sua defesa de “defesa coletiva de direitos”, ressaltando que esta não se confunde com a defesa de direitos coletivos.

Segundo o autor, direito coletivo é direito transindividual (sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo, *strictu sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles.

Pode-se dizer, portanto, que interesses individuais homogêneos representam um conjunto de vontades individuais. O que os difere dos direitos coletivos é a divisibilidade desses interesses, ou seja, é possível que cada sujeito ingresse individualmente com sua demanda. E isso porque o objeto da ação é divisível.²⁵

22 ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 89.

23 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p.53.

24 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: RT. 2007, p. 130.

25 Conforme já observado, a Lei nº 12.016/09 regulamentou o mandado de segurança coletivo, e no artigo 21, parágrafo único, inciso II, está definido o interesse individual homogêneo passível de proteção pelo *mandamus*.

Araújo Filho²⁶, ao abordar a evolução da tutela dos direitos individuais homogêneos no Direito brasileiro, remete ao VII Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em Würzburg, 1983, em que Barbosa Moreira designou os interesses individuais homogêneos como “acidentalmente coletivos” e os interesses coletivos *strictu sensu* e difusos como “essencialmente coletivos”.²⁷

Os interesses individuais homogêneos também receberam tratamento específico na recente regulamentação do mandado de segurança coletivo, conforme prevê o artigo 21 da Lei nº 12.016/09.

Percebe-se que o legislador tem se preocupado, em certa medida, com a massificação dos conflitos, mas verifica-se que o tratamento dado não resolve os problemas principais identificados na realidade dos processos judiciais que versam sobre matérias repetitivas.

Primeiro ponto de estrangulamento que pode ser identificado, diz respeito a ausência no sistema de resolução de demandas de massa da divulgação ampla das ações coletivas, cujos processos estão em curso, de sorte a possibilitar ao jurisdicionado o conhecimento da existência de demandas que tratem de tema afeto a sua pretensão.

A divulgação somada a notícia de que o jurisdicionado estaria com a sua pretensão sendo tutelada adequadamente poderia evitar proposições de ações individuais, diminuindo, assim, o número de processos repetitivos.

Ao lado da ampla divulgação, a adoção de um sistema de vinculação coerente, tal como o *opt out*, possibilita a obstrução de ações que versem sobre a mesma matéria.

Pela técnica de *opt out*, presume-se que os membros do grupo desejam fazer parte do litígio e condiciona-se a sua exclusão a uma manifestação expressa nesse sentido.

Naturalmente, há o risco de que o membro do grupo que sequer tenha conhecimento da existência da ação coletiva seja atingido pela coisa julgada e tenha um direito declarado inexistente em juízo.²⁸ Todavia, principalmente nos casos em que o valor da pretensão individual é reduzido, a presunção de que o membro do grupo lesado queira participar da ação é muito mais realista. Afinal, nesses casos, a tutela coletiva é a

26 ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Op. cit., p. 95.

27 Ibidem, p. 97.

28 Ibidem, p. 98.

única forma de tutela jurisdicional do seu interesse. Por outro lado, nos casos em que as pretensões individuais sejam de valor muito alto, que inclusive justifiquem financeiramente a propositura de ações individuais, muito provavelmente o membro será informado da existência da ação coletiva e poderá exercer o direito de autoexclusão, ou já terá proposto a sua ação individual.

No caso do sistema de *opt out*, a inércia opera para ampliar o número de pessoas abrangidas pelo processo coletivo, na medida em que os não notificados e indecisos permanecem como membros do grupo na ausência de qualquer atitude em contrário. A vantagem maior é para o grupo, principalmente nas causas de pequeno valor, cujos titulares são pessoas simples, que, por ignorância, timidez, acomodação, medo, ou simples inércia, jamais tomarão posição ativa de intervir no processo. Para essas pessoas, as ações de classes funcionam como atividade administrativa do Estado, em que os interesses dispersos da comunidade são representados pelo governo.²⁹

Da mesma forma que no sistema de *opt in*, cujo contexto é inverso, poucos membros do grupo tomam a iniciativa de intervir no processo, no sistema de *opt out* poucos membros se dão o trabalho de solicitar a sua exclusão. Consequentemente, o índice de exclusão do grupo é ínfimo, em geral, inferior a 1%.³⁰ Essa observação, porém, merece reparo. Em verdade, tudo vai depender dos fatos e das peculiaridades da causa, do valor das pretensões individuais dos membros ausentes, da forma em que a divulgação é realizada etc. Antonio Gidi indica como exemplo, nos casos de *small claims class actions*, em que o valor das pretensões individuais não justifica a propositura de ações singulares, que é de se esperar um reduzido número de exclusões. A proporção de *opt outs* é consideravelmente maior quando os valores das pretensões individuais são economicamente viáveis.³¹

Sendo verdade que o sistema de *opt out* opera, na prática, para aumentar o tamanho do grupo, pode-se dizer que ele é vantajoso sempre para a parte que tem razão, seja ela o grupo ou a parte contrária. Se o grupo foi efetivamente lesado pelo réu é de seu interesse que todos os membros sejam beneficiados, salvo aqueles poucos que tomarem a

29 GIDI, Antonio. "Notas para a redação de uma exposição de motivos". In: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007, v. 4, p. 295.

30 Ibidem, p. 294.

31 Ibidem, p. 293.

iniciativa e se excluïrem do grupo. Sendo o réu quem tem razão, ele terá todo o interesse de que a sentença de improcedência vincule o maior número possível de pessoas, encerrando de uma vez a controvérsia.³²

Acontece que essa análise — que pode ser correta em quase todos os países do mundo — não se ajusta necessariamente à realidade americana, pois a certificação de uma ação coletiva cria grande risco para o réu, que passa a responder em juízo por uma pretensão coletiva de altíssimo valor, que pode levá-lo à ruína. Junta-se a isso as altas despesas com a defesa de uma ação coletiva e o fato de se estar diante de um réu fragilizado, vulnerável a chantagens e pronto a aceitar acordos milionários em ações de mérito duvidoso, somente para evitar as despesas e os riscos inerentes à defesa de uma ação coletiva. Todavia, a realidade americana é diferente da de outros países, e não pode ser generalizada.³³

A opção legislativa entre um ou outro sistema, portanto, é exatamente importante, porque a técnica adotada será decisiva na determinação do tamanho do grupo e, conseqüentemente, na indenização devida pelo réu.³⁴

O sistema de *opt out* tem algumas desvantagens em relação ao sistema da presença compulsória, que vão além de mera impossibilidade de gerar uniformidade das decisões. É de se esperar que os membros ausentes que terão interesse e iniciativa para se excluïrem do grupo, em geral, serão exatamente aquelas pessoas mais ativas, que teriam interesse e iniciativa para intervir, contribuir e participar ativamente no litígio coletivo, se o direito de autoexclusão não fosse permitido. Tais membros, motivados pelo interesse egoístico de proteger os seus interesses divergentes ou controlar a adequação do representante, poderiam suprir o juiz com informações importantes sobre o caso e sobre eventuais conflitos existentes entre os membros do grupo. A presença e a participação dessas pessoas podem ser essenciais para que o juiz cumpra a sua função de proteger os interesses dos membros ausentes de forma mais completa, efetiva e abrangente,³⁵ legitimando a decisão pela participação no procedimento.

32 Ibidem, p. 294.

33 Ibidem, p. 295.

34 GIDI, loc. cit.

35 Ibidem, p. 296.

Por outro lado, adverte Antonio Gidi que o direito de autoexclusão representa o reconhecimento, por parte do Estado, de que o membro ausente do grupo pode não ser ou não se sentir adequadamente representado em juízo, ter interesse em propor a sua própria ação individual ou simplesmente não ter interesse no litígio. Trata-se, assim, de homenagem à individualidade e autodeterminação do jurisdicionado, um importante valor numa cultura tradicional individualista e democrática.

Os únicos dispositivos que tratam da matéria no sistema pátrio são os artigos 104 do CDC e o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09.

Pelo artigo 104 do CDC, se estiver tramitando, concomitantemente, uma ação coletiva e ações individuais referentes a um mesmo evento danoso, é permitido que o indivíduo que esteja defendendo seus interesses individualmente requeira a suspensão do processo individual até o resultado da ação coletiva. Caso esta seja favorável aos seus interesses, ele poderá ser beneficiado. Se for desfavorável, poderá prosseguir com o processo individual. Isso significa a ausência de litispendência entre demandas individuais e coletivas que apresentem o mesmo fato gerador.

Já o artigo 22, § 1º da Lei nº 12.016/09, dispõe que, em caso de impropriedade de mandado de segurança coletivo, com pendência de mandado de segurança individual, haverá a necessidade de desistência deste último para o litigante individual ser beneficiado pelo julgado do mandado coletivo.

Constata-se que, para a efetivação do sistema processual molecular, faz-se necessária a previsão de um regime de vinculação que possibilite aos interessados optar pela demanda coletiva ou individual, mas que não inviabilize o processo em curso, e não prestigie a repetição de ações referentes ao mesmo evento danoso, de sorte a não fragilizar as relações jurídicas, e assim proporcionar uma tutela jurisdicional adequada.

De *lege ferenda*, a matéria consta dos anteprojetos de Código de Processos Coletivos do IBDP e da Escola do Rio de Janeiro.

O anteprojeto da Escola do Largo de São Francisco pouco inovou, repetindo praticamente o que consta do artigo 104 do CDC, no artigo 6º do referido projeto.³⁶

36 Art. 6º. Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º. Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º. A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao

O anteprojeto da UERJ/UNESA inovou um pouco, implementando um sistema de exclusão similar ao *opt out* das *class actions* do direito norte-americano, no parágrafo 3º do artigo 22 e no artigo 32.³⁷ No PL 5139/09 tem previsão no artigo Art.37.³⁸ Porém, qualquer que seja o modelo de vinculação de demandas coletivas adotado, o princípio da ampla divulgação dessas ações se torna indispensável para que a tutela dos interesses transindividuais se torne efetivamente viável.

O problema das ações individuais em curso que tratam de questões repetidas vem também sendo alvo da atenção do legislador nas últimas reformas do CPC, pelo diagnóstico de representar um dos principais problemas da efetividade da jurisdição.

autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou, após instaurar o, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos individuais referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual.

37 Art. 22. Coisa julgada - Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

Art. 32. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

38 O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Nesse contexto, a força da jurisprudência ganha espaço com a instituição de mecanismos destinados a obstruir o prosseguimento de processos que tratam de teses jurídicas já consolidadas, tais como a sentença liminar de improcedência, prevista no artigo 285-A do CPC, e a denominada súmula impeditiva de recurso regulada pelo artigo 518, § 1º do CPC.

Nessa linha, foram criados os incidentes de resolução de causas repetitivas, primeiramente, no âmbito recursal, como já indicado, e agora a intenção é atingir também os processos que tramitam na primeira instância.

A proposta inicial de sistematizar as demandas repetitivas com um incidente ocorreu com a criação dos juizados especiais para as causas de competência da Justiça Federal pela Lei nº 10.259/01, que no artigo 14 prevê a possibilidade de se formular pedido de uniformização para Turmas de Uniformização, ou até mesmo para o STJ, em casos de decisões divergentes no âmbito deste microsistema. Se ocorrer a formulação de pedidos em processos que versem sobre a mesma tese, poderá ocorrer o sobrestamento dos mesmos, com a seleção de um recurso piloto para o julgamento. O resultado desse julgamento irá influenciar os demais recursos que estavam sobrestados.

Seguindo essa tendência, o legislador, no intuito de diminuir a quantidade de recursos perante o STF, apresentou outras regras por meio da Lei 11.418/06.

Além de criar a figura da repercussão geral (artigo 102, § 3º da Constituição Federal), como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, prevê o artigo 543-B, § 1º do CPC³⁹ que o tribunal de origem, caso haja recursos extraordinários veiculando matérias que considerar idênticas, deverá remeter um dos recursos que será representativo ao STF e sobrestará os demais até o julgamento definitivo. O § 2º do mesmo dispositivo aponta que o julgamento do recurso representativo vinculará o resultado dos recursos sobrestados, dispondo que, “negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

O artigo 543-B, em seus parágrafos 3º e 4º, corrobora a proposta de vinculação das decisões em sede de recurso extraordinário, dispondo,

39 Este dispositivo foi inserido pela Lei nº 11.418/06 que regulamentou o artigo 102, § 3º da Constituição inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

inclusive, que o STF “poderá, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada”, o que nos parece, também, de constitucionalidade duvidosa.

Seguindo a linha do procedimento do recurso extraordinário em matérias repetitivas criado, como já apontado, pela Lei nº 11.418/06, o legislador estendeu esse modelo para o processamento do recurso especial.

A Lei nº 11.672/08 efetuou a inserção do artigo 543-C no CPC no intuito de otimizar a atividade judicante no STJ, referente à avaliação de recursos especiais que versam sobre a mesma tese jurídica.

O *caput* do referido dispositivo diz que o tribunal de origem, ao verificar que foram interpostos vários recursos especiais tratando de matérias idênticas, deverá selecionar um ou alguns destes recursos para o julgamento por amostragem.⁴⁰

Neste procedimento, deverá ser encaminhado pelo menos um recurso, que será considerado o recurso piloto, e se o tribunal de origem não proceder à seleção dos recursos especiais mais repetitivos, poderá o relator do recurso especial determinar a suspensão dos processos em segunda instância em que a controvérsia está instaurada, conforme o disposto no § 1º do artigo 543-C. Neste aspecto, aponta o § 2º do mesmo artigo que deve ser observado se há jurisprudência dominante sobre a referida controvérsia, ou se está afeta ao colegiado.

Da mesma forma que o procedimento de recurso extraordinário repetitivo, o § 4º do artigo 543-C aponta que no recurso especial processado dessa forma será admitida a manifestação de *amicus curiae*, para auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador sobre a tese jurídica, indicando a tendência de maior participação na formação dos precedentes nos tribunais.⁴¹ Poderá, ainda, o relator do recurso especial selecionado solicitar informações aos tribunais de segunda instância sobre as divergências a respeito da tese veiculada no recurso, no intuito de embasar sua convicção.

A participação do Ministério Público é imprescindível, conforme o disposto no § 5º do artigo 543-C do CPC, haja vista que o processamento dos recursos nesse formato contém manifesto interesse público, pois irá

40 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. Bahia: Jus Podium. 2009, p. 319.

41 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e ação Rescisória**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 306.

repercutir em todas as causas de matérias semelhantes, cujos recursos ficaram retidos nos tribunais de origem.

Uma vez julgados os recursos selecionados, aqueles cujo processamento ficou sobrestado na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, ou serão novamente examinados pelo tribunal *a quo*, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação daquele tribunal, de acordo com o disposto no § 7º do artigo 543-C do CPC.

No intuito de regulamentar este procedimento, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 8, em 07/08/08, indicando que, no caso de haver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente do tribunal de origem deverá, ao admitir os recursos selecionados, suspender o processamento dos demais até o julgamento pelo STJ.

A referida resolução aponta um critério para se efetuar a seleção, dispondo que o agrupamento de recursos repetitivos deve levar em conta a questão central de mérito, sempre que seu exame for prejudicial à verificação de outras questões veiculadas nos recursos especiais.

Verifica-se com este modelo de processamento de recurso uma tendência mais incisiva de uniformização de julgados, no intuito de evitar discrepâncias nos julgamentos sobre teses jurídicas semelhantes, idealizando maior segurança nas relações jurídicas.

A intenção de privilegiar os posicionamentos dominantes dos tribunais para uniformizar os entendimentos e evitar julgamentos pulverizados, e por consequência, multiplicidades de processos, é salutar. Porém, alguns questionamentos surgem sobre pontos sensíveis desse formato de tutela dos direitos, que conforme foi dito, segue nítido caráter publicista: A forma de se tratar esse tema está sendo coerente? O procedimento adotado permite o julgamento das causas de modo isonômico? A técnica empregada para a seleção das causas piloto é correto? Sob o ponto de vista pragmático, a seleção dos processos está respeitando efetivamente as características da controvérsia? Caso o jurisdicionado tenha o seu processo indevidamente sobrestado, pois sua causa tem especificidades, existe uma forma eficiente para se insurgir? E a oxigenação da tese jurídica, é permitida? A legitimação do julgado pela participação efetiva está sendo respeitada?

Essas são algumas indagações que devem ser feitas em relação a adoção desse sistema, para que se possa corrigir eventuais impropriedades, de sorte a não limitar o acesso à justiça, já que o ordenamento vem seguindo cada vez mais essa tendência, com a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas para a primeira instância, que passaremos a analisar, primeiramente com uma breve abordagem do modelo que o inspirou no direito processual alemão.

5) O INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO NO DIREITO ALEMÃO

Ao assumir a presidência da comissão destinada a elaboração do Novo Código de Processo Civil, Luiz Fux destacou a necessidade do novo Código coletivizar a prestação da Justiça, considerando que, na época da elaboração do atual Código, 1973, a maioria das demandas eram individuais, enquanto hoje existem na Justiça inúmeras demandas coletivas, e afirmou que, “se uma única sentença der uma resposta judicial a todos os jurisdicionados num determinado assunto, conseguiremos acelerar bastante o andamento dos processos. Isso já existe em leis esparsas, mas não no atual CPC. A regra que pretendemos adotar é a da legitimação coletiva”.⁴²

A referida comissão sustenta ser extremamente importante para tornar efetiva a tutela dos interesses coletivos, e evitar a pulverização de processos individuais, a criação do incidente de coletivização, conforme se vislumbra no direito alemão.⁴³

A doutrina indica vários problemas teóricos e práticos que são observados nos procedimentos de tutela coletiva denominados representativos, com o formato de legitimação extraordinária, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo buscarem inspiração nas denominadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva, evitando, dentro do possível, representações fictícias.

Nesse contexto, identificam-se algumas propostas já implementadas no direito comparado. Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre litigantes individuais. É o que vem sendo denominado de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especi-

42 Notícias do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 16 out. 2009.

43 CABRAL, Antônio do Passo. “O novo Procedimento – Modelo (*Musterverfahren*) Alemão: Uma alternativa às ações coletivas”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. Org. Fredie Didier Junior. Bahia: Jus Podium. 2009, p. 31.

ficidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma não parte substituída.

Assim, a cognição judicial neste incidente é cindida, sendo apreciadas apenas questões comuns a todos os casos similares, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto. No incidente coletivo é resolvida parte das questões que embasam a pretensão, complementando a atividade cognitiva no posterior procedimento aditivo. A efetividade do incidente coletivo é proporcional, portanto, a possibilidade de que as questões nele decididas sejam fundamentos de muitas pretensões similares, e que tais questões possam ser resolvidas coletiva e uniformemente para todas as demandas individuais.

Esta ideia de resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos em que se discutam pretensões isomórficas evita problemas de mecanismos representativos de tutela coletiva como a legitimidade extraordinária e as ficções de extensão da coisa julgada.⁴⁴

Uma das soluções possíveis adotadas em outros países é das chamadas “causas piloto” ou “processos-teste”, uma ou algumas causas com similitude na sua tipicidade são escolhidas para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais. Assim ocorre na Inglaterra, por força da *Parts* 19.13 (b) e 19.15 das *Civil Procedure Rules*, e também encontra paralelo nos ordenamentos austríacos e espanhol. No Brasil, conforme apontado acima, foram acrescentados os artigos 543-B e 543-C no CPC para regular o processamento de recursos piloto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em recursos excepcionais com matérias idênticas.

Identifica-se neste procedimento no direito alemão o embrião do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, conforme será abordado, existem várias diferenças com o modelo adotado pelo legislador brasileiro.

6) O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PLS Nº 166/10

O modelo representativo de tutela coletiva pode ser considerado um poderoso instrumento destinado a melhorar alguns pontos de crise da justiça, especialmente os referentes ao excesso de demandas individuais repetitivas, mas, em alguns casos, torna-se ineficiente, principalmente, em relação às demandas individuais de massa já em curso.

⁴⁴ Idem, p. 34.

Por esse motivo, vem se identificando um esforço na comunidade jurídica para tentar encontrar soluções para esse ponto de estrangulamento, que conduz, em certa medida, a resultados insatisfatórios.

Nesse particular, o sistema de causas piloto vem sendo testado, e no Brasil os métodos experimentados foram dirigidos aos recursos excepcionais, com as inovações implementadas no Código de Processo Civil pelas Leis nºs 11.418/06 e 11.672/08, conforme indicado na seção 4 deste ensaio.

O Projeto de Lei do Senado nº 166/10, que traz o conteúdo do Novo Código de Processo Civil, em trâmite naquela casa legislativa, tem como uma das principais bandeiras proporcionar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional, e para isso, aposta na resolução de conflitos por intermédio de causas paradigmas com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente em tela tem previsão no texto do referido projeto nos artigos 895 a 906 e, se aprovado, passa a ser uma alternativa às ações coletivas para a resolução das demandas de massa, inspirado no incidente de coletivização do direito processual alemão.

Nessa proposta, é possível direcionar o pedido de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal, mediante requerimento das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou, de ofício, pelo juiz ou relator, para a resolução de demandas repetitivas.

Como requisito para se admitir a instauração do procedimento, o art. 895 do PLS nº 166/10 dispõe que deve haver potencial efeito multiplicador de processos com fundamento em idêntica questão de direito, bem como a possibilidade de causar grave insegurança jurídica em decorrência do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Observa-se que a intenção do legislador é evitar que demandas que versem sobre idêntica tese jurídica fiquem sendo tratadas de modo pulverizado, com a canalização da cognição para um órgão específico.

Conforme se verifica no disposto do artigo 898 do projeto em exame, a competência para a avaliação da admissibilidade e para o julgamento seria do plenário do tribunal ou do órgão especial do Tribunal, e assim, a cognição sai da esfera da primeira instância, o que pode gerar alguns problemas práticos, *porque se dispensam prévios juízos de primeiro grau, desejáveis para que a questão de direito seja examinada de diferentes ângulos e, ainda, em razão da possível ausência de*

habilidade dos juízes do plenário ou do órgão especial com a matéria objeto do julgamento, já que são mais afetas as especificidades da primeira instância.

O projeto prevê a participação do Ministério Público na avaliação da admissibilidade do incidente, conforme o disposto no art. 895, § 2º, e ainda que se observe a ampla divulgação e publicidade do incidente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 896), com o intuito de permitir que órgãos de primeira instância observem o incidente com a determinação de suspensão dos processos que tratam da mesma matéria, e ainda permitir a participação de interessados.

Ao admitir o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição, e, conforme a regra do artigo 900 do PLS nº 166/10, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso de grau extraordinário a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente. Em seguida, as partes serão ouvidas e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na lide, tudo em conformidade com o artigo 901 do referido projeto

Essa possibilidade de participação de pessoas interessadas na causa é salutar, pois conduz a um debate que tende a proporcionar melhor amadurecimento ao julgamento, pelos argumentos que podem ser trazidos para influenciar na análise.

É imprescindível que essa participação seja fomentada para legitimar a decisão proferida nesse incidente, uma vez que irá atingir um número muito considerável de causas, o que pode, se não se tomar esse cuidado, representar arbitrariedade.

Assim, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas tem que ser legitimada pela participação efetiva dos litigantes e de interessados, e fundamentada de modo que se legitime pelo convencimento e não pela autoridade.

Com o término do julgamento do incidente, a tese jurídica alcançada e que consta no conteúdo do acórdão deve ser aplicada aos processos que versem sobre a mesma questão de direito, de acordo com o disposto no artigo 903 do PLS nº 166/10.

Alguns problemas são identificados nessa proposta, e neste breve ensaio servem apenas como deflagradores para reflexões, mesmo por

que as regras constam como proposições em projeto de lei que tramita no Senado Federal.

As inferências são efetuadas diante de modelos similares que já se encontram em uso, que podem servir de balizadores para algumas conclusões.

Um dos pontos observados geradores de preocupação diz respeito à ampliação cada vez maior dos poderes do Estado na atividade jurisdicional, mesmo em demandas de cunho plenamente particular, que vem conduzindo a inúmeras arbitrariedades nos julgamentos.

As decisões, nesta esteira, estão cada vez mais destituídas de fundamentos, o que leva ao total descrédito do jurisdicionado, sendo legitimada pela autoridade e não pela aceitação.

Se nas demandas individuais este fato é observado, como será no julgamento de um incidente que terá uma repercussão de grande magnitude?

Em segundo lugar, o sistema apresenta filtros sobrepostos que dificultam o jurisdicionado de recorrer da decisão, ou mesmo alegar que a causa selecionada para o julgamento no incidente é diversa da tese que veicula na sua ação, gerando um obstáculo ao pleno acesso à justiça.

Além disso, a oxigenação da tese fica comprometida, com a dificuldade que o sistema impõe neste particular, com o emprego cada vez mais contundente das súmulas dos tribunais.

Parece que este modelo de resolução de conflitos por causas piloto resolve mais o problema do Poder Judiciário do que do jurisdicionado, pois tende a eliminar processos sem, contudo, eliminar o conflito.

Pensamos que todo esse instrumental pode contribuir para a efetivação da prestação jurisdicional, mas deve ser amadurecido em vários pontos, e principalmente colocar o maior interessado neste resultado com possibilidade de participação.

7) SÍNTESE CONCLUSIVA

Após as considerações esposadas neste ensaio, chega-se a algumas conclusões sobre o tratamento dado às demandas individuais de massa no ordenamento processual brasileiro, que segue a tendência de outros países que adotam o modelo *civil law*.

Inicialmente, constata-se que o Brasil vem direcionando a atividade jurisdicional cada vez mais com um caráter publicista, ampliando sensivel-

mente os poderes dos órgãos jurisdicionais na condução dos processos, o que, de certa forma pode levar ao autoritarismo do Poder Judiciário.

Para que isso não aconteça, é salutar que se fomente a participação dos interessados na formação da decisão judicial, e legitimar o julgamento pelo convencimento e não pela autoridade.

Na solução dos litígios individuais de massa, o modelo representativo se mostra necessário, mas deve ser aprimorado, principalmente, com a observância do princípio da ampla divulgação das ações coletivas, como já existe de forma tímida com a criação de alguns cadastros, e ainda a criação de sistemas de vinculação adequados, como *opt out*, de sorte a impedir que demandas individuais pulverizadas continuem a tramitar sem controle.

Em relação às ações individuais de massa já em curso, a resolução por causa piloto, se mostram eficientes em outros países. No Brasil já vem surtindo alguns efeitos, como nos julgamentos dos recursos excepcionais repetitivos, porém, a realidade brasileira é diferente, haja vista o índice de litigiosidade identificado no âmbito do Poder Judiciário.

A participação nesses procedimentos também é indispensável para legitimá-los.

O incidente de coletivização de demandas repetitivas previsto no PLS nº 166/10 pode trazer benefícios para a prestação jurisdicional mais eficiente, sob o ponto de vista da isonomia e da otimização das demandas. Contudo, deverá ser amadurecido, tendo em vista que, nos dispositivos da proposta, encontram-se várias lacunas, que se não forem acomodadas, certamente provocarão arbitrariedades, tais como a possibilidade de requerer a exclusão em virtude das peculiaridades da causa, e a efetiva participação dos interessados.

O que se sugere, neste breve ensaio, é o amadurecimento de questões importantes sobre a solução de demandas de massa, para que as garantias do devido processo conquistadas com grande sacrifício pela sociedade não sejam maculadas sob a bandeira de se proporcionar eficiência na prestação jurisdicional.

Algumas posturas do Estado, não só do Poder Judiciário, mas também do próprio legislador, nos leva a concluir que modificações vêm sendo implementadas para resolver o problema do excesso de processos, sem se preocupar com a solução efetiva dos conflitos, na medida em que

o principal interessado tem dificuldades de participar, provocar discussões e influenciar no julgamento da causa.

Essas são principais considerações sobre o tema proposto, e conforme foi dito, o objetivo é provocar reflexões a respeito da resolução de causas repetitivas pelos instrumentos que estão ganhando espaço no ordenamento brasileiro, para que se possa contribuir para o seu aperfeiçoamento. ❖