

THAIS HIRATA DE OLIVEIRA

**Mecanismos processuais de gestão das
demandas repetitivas pelo Poder Judiciário**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

THAIS HIRATA DE OLIVEIRA

Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. HEITOR VITOR MENDONÇA SICA.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

O52g Oliveira, Thaís Hirata de
Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo poder judiciário/ Thaís Hirata de Oliveira. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. 272 f.

Orientador: Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Processual Civil, 2015.

1. Interesse Coletivo. 2. Ações (Processo civil).
3. Poder judiciário. 4. Demanda. 5. Litispendência.
I. Sica, Heitor Vitor Mendonça. II. Título.

CDU

Banca Examinadora

Dedico este trabalho

À minha mãe, por tudo, sempre

*Ao meu pai, porque o seu desejo de me ver como uma
aluna da faculdade do Largo de São Francisco acabou
virando a minha maior motivação*

*À minha querida avó, lamento não ter dado tempo e
por não estar mais aqui neste momento*

*Ao Fábio, I carry your heart with me (I carry it in my
heart) I am never without it (anywhere I go you go, my
dear; and whatever is done by only me is your doing,
my darling)*

Agradecimentos

Ao Professor Heitor Sica por ter me escolhido como orientanda e por me conceder esta oportunidade. Agradeço por toda a atenção e auxílio dispensados nesse processo de aprendizado. Fica o registro da minha admiração e todo o meu esforço foi também para não decepcioná-lo.

Aos Professores Susana Henriques da Costa e Ricardo Leonel, por participarem da minha banca de qualificação e pelas valiosas recomendações de ajustes a serem realizados no presente trabalho.

À Bel Sica Longhi por ter sido uma das responsáveis pelo meu ingresso no curso de mestrado, agradeço por ter me dado o exemplo e o incentivo inicial.

Aos “colegas de mestrado” Fabio Malagó e ao Cesar Alckmin, por dividirem comigo todas as descobertas positivas e as (muitas) angústias que surgiram durante este processo.

Aos sócios e colegas do escritório Baptista Luz, em especial ao Luis Felipe, Nilvea, Pedro, Alexandre, Henrique, Cristiano, Fernanda e Andressa, pelo incentivo e compreensão em todos os momentos necessários.

À Rosa, pela inestimável ajuda.

E por fim, a Deus, por interceder tantas vezes positivamente em minha vida, abrindo sempre muitos caminhos.

RESUMO

Thaís Hirata Oliveira. *Mecanismos processuais de gestão das demandas repetitivas pelo poder judiciário*. 2015. 272 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

A presente dissertação tem como objetivo apresentar um breve diagnóstico da litigiosidade repetitiva e como o sistema processual propôs alternativas para o seu gerenciamento. Inicialmente, verificou-se que a mudança de paradigma para que o acesso à justiça se tornasse coletivo contribuiu, de forma decisiva, para o aumento da litigiosidade, tornando-se necessária a distinção entre as demandas individuais e coletivas, que passaram a conviver com as demandas repetitivas, e com elas a dividir os mesmos instrumentos processuais, adaptando-os diante da ausência de um microsistema processual próprio. Neste contexto, buscou-se analisar os principais aspectos das ações coletivas, com ênfase naqueles que se apresentaram como óbices à sua eficiência em resolver os conflitos de massa, destacando-se a inexistência de litispendência entre as ações coletivas e individuais, a suspensão opcional do processo individual, a legitimação *ope legis* para a propositura de ações coletivas, a coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* ou *secundum eventum litis* e as razões que levaram à proibição do uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva. Paralelamente às ações coletivas, verificou-se que o sistema também buscou gerenciar as demandas repetitivas através de mecanismos processuais, ao proporcionar técnicas de julgamentos que pudessem gerar efeitos a múltiplas demandas individuais que tratassem da mesma controvérsia fática ou jurídica, com o intuito de consolidar a jurisprudência, mas também acelerar os julgamentos, de modo a atingir os vetores valorativos da igualdade, efetividade e segurança jurídica. Buscou-se ainda, contextualizar a questão em uma perspectiva de direito comparado, apresentando as novas técnicas processuais que também surgiram como alternativas às ações coletivas, especificadamente o instituto de origem alemã, que inspirou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, o *Musterverfahren*, assim como outros paradigmas nos sistemas norte-americano (*Class Actions*), inglês (*Group Litigation Order*), italiano (*Azione Collettiva Risarcitoria*) e português (*Regime Processual Experimental*). Por fim, buscou-se apresentar os principais aspectos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, enquanto novo instrumento processual que surge como mais uma tentativa de conter o avanço da litigiosidade de massa que sobrecarrega o Poder Judiciário.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Ações coletivas. Técnicas de uniformização. Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Incidente resolução de demandas repetitivas.

ABSTRACT

Thaís Hirata Oliveira. *Procedural mechanisms to manage repetitive litigation by the Judiciary*. 2015. 272 f. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

The instant dissertation aims to present a brief diagnosis of repetitive litigation, and of how the civil procedure system proposed alternatives to contain it. At first, it was possible to verify that a change to paradigm in order to make the access to justice collective decisively contributed to an increase in litigation, which made the distinction between individual and collective claims necessary, once they coexisted with repetitive claims and shared the same procedural instruments, adapting them in view of the absence of an own procedural micro system. Hence, this study was intended to analyze the main aspects of collective lawsuits, emphasizing the ones presented as obstacles to its efficiency to solve mass conflicts, and highlighting the absence of *lis pendens* among collective and individual lawsuits, the optional suspension of the individual lawsuit, the *ope legis* legitimacy to file collective lawsuits, the *res judicata erga omnes secundum eventum probationis* or *res judicata secundum eventum litis* and the reasons which led to the prohibition to use collective lawsuits concerning matters naturally prone to repetitive litigation. In addition to collective lawsuits, it was possible to verify that the system also sought to manage repetitive claims through procedural mechanisms, while providing techniques for judgment, which could have effects on multiple individual claims concerning the same legal or factual controversy, with the aim of consolidating precedents, in addition to expediting the decisions, in order to attain equality, effectiveness and legal certainty. Furthermore, this work sought to contextualize the issue within a comparative law perspective, presenting the new procedural techniques which have also arisen as alternatives to collective lawsuits, specifically the German institute – *Musterverfahren* - which inspired the Incidental Motion to Settle Repetitive Litigation (“*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*”) in the Project for the New Brazilian Civil Procedure Code, as well as other paradigms in the North American (Class Actions), British (Group Litigation Order), Italian (“*Azione Collettiva Risarcitoria*”) and Portuguese (“*Regime Processual Experimental*”) systems. Finally, this work sought to present the main aspects of the Incidental Motion to Settle Repetitive Litigation (“*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*”), as a new procedural instrument arising as an additional attempt to contain the increase of the mass litigation that burdens the Judiciary.

Keywords: Repetitive litigation. Class Actions. Standardization techniques. New Brazilian Civil Procedure Code. Incidental Motion to Settle Repetitive Litigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
I. LITIGIOSIDADE REPETITIVA.....	16
1.1. Contexto histórico	16
1.2. Mudança de paradigma: o acesso à justiça coletivo	20
1.3. Aumento da litigiosidade	26
1.3.1. Causas: fatores determinantes anteriores à judicialização	33
1.3.2. Efeitos: impactos após a judicialização	35
1.3.3. Perfil das demandas repetitivas.....	37
1.3.4. Autores e réus das demandas repetitivas.....	38
1.4. Distinções entre as demandas individuais, repetitivas e coletivas	40
1.5. Demandas repetitivas e morosidade do Judiciário	47
1.6. Análise dos malefícios causados pelo inadequado tratamento das demandas repetitivas	51
II. MOLECULARIZAÇÃO DE PRETENSÕES REPETITIVAS POR MEIO DO PROCESSO COLETIVO.....	56
2.1. Direitos essencialmente coletivos: direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	57
2.2. Direitos acidentalmente coletivos: direitos individuais homogêneos	60
2.3. Óbices à eficiência das demandas coletivas.....	63
2.3.1. Inexistência de litispendência entre ações coletivas e individuais (art.104 do CDC)	66
2.3.2. Suspensão facultativa do processo individual em face do ajuizamento do coletivo.....	73
2.3.3. Legitimação <i>ope legis</i> para a propositura de ações coletivas	77
2.3.4. Coisa julgada <i>erga omnes secundum eventum probationis</i> ou <i>secundum eventum litis</i>	86

2.3.5. Proibição do uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva.....	96
---	----

III. MOLECULARIZAÇÃO POR MEIO DE MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS REPETITIVAS.....101

3.1. Vetores que inspiram os mecanismos de gerenciamento	103
3.1.1. Igualdade: tratamento igualitário pela padronização decisória.....	103
3.1.2. Efetividade: economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais	110
3.1.3. Segurança jurídica: previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo e a estabilidade das relações jurídicas.....	118
3.2. Mecanismos processuais de gerenciamento de demandas repetitivas.....	121
3.2.1. Procedimentos de uniformização de precedentes	123
3.2.1.1. O incidente de uniformização de jurisprudência interna de Tribunais	123
3.2.1.2. O mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial	128
3.2.1.3. O incidente de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais	130
3.2.1.4. A Súmula Vinculante.....	133
3.2.2. Procedimentos de julgamento coletivo de recursos.....	138
3.2.2.1. O julgamento “por amostragem” dos Recursos Excepcionais Repetitivos	138
3.2.3. Procedimentos inibidores de lides repetitivas.....	140
3.2.3.1. A súmula impeditiva de recursos	141
3.2.3.2. A “sentença liminar de improcedência”	142

IV. DIREITO ESTRANGEIRO.....146

4.1. O surgimento de novas técnicas processuais como alternativa às ações coletivas.....	146
4.2. O modelo norte-americano das <i>class actions</i> e a representatividade adequada, conforme <i>Federal Rules of Civil Procedure, n. 23</i>	152
4.3. O modelo da Inglaterra e País de Gales, a <i>group litigation order (GLO)</i> , conforme <i>Civil Procedure Rules 19.10 a 19.15</i>	162
4.4. O modelo alemão <i>Musterverfahren</i> (procedimento-modelo), conforme <i>KapMuG (“Kapitalanleger-Musterverfahrengesetz”)</i>	170
4.5. O modelo italiano da <i>Azione Collettiva Risarcitoria</i> , introduzido pela <i>Legge Finanziaria 2008</i>	183
4.6. O modelo português da “agregação de causas” introduzido pelo <i>regime processual experimental</i>	189

V. NOVA PROPOSTA DE SOLUÇÃO: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)195

5.1. Introdução.....	195
5.2. Procedimento.....	199
5.3. Natureza jurídica.....	202
5.4. Requisitos de admissibilidade.....	206
5.4.1. Efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.....	206
5.4.2. Questão unicamente de direito.....	210
5.5. Pontos críticos no tocante à aplicação do IRDR	216
5.5.1. Critério de seleção da demanda modelo.....	217
5.5.2. Possibilidade de desistência da ação ou do recurso depois da escolha como paradigma.....	220
5.5.3. Equiparação a um precedente judicial vinculante.....	226
5.5.4. IRDR vs. ações coletivas.....	232
5.5.5. Controle da decisão que julga o IRDR.....	236

5.5.6. Aplicação da tese fixada no IRDR aos casos concretos - sobrestados e futuros	238
5.5.7. Controle da decisão que aplica a tese fixada no IRDR aos casos concretos - sobrestados e futuros	240
NOTAS CONCLUSIVAS.....	243
REFERÊNCIAS	254

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema partiu de uma reflexão inicial sobre o aumento da litigiosidade repetitiva e da aparente incapacidade das ações coletivas, bem como dos atuais mecanismos processuais de gerenciamento de tais demandas, serem insuficientes na resolução do problema do inchaço do Poder Judiciário.

De fato, a litigiosidade repetitiva tem sido apontada como um dos principais fatores que agravam a morosidade, tanto que se apresentou como necessário, a despeito de todas as técnicas de tratamento macromolecular de litígios já existentes, inserir no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 166/2010) um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

A proposição inicial do presente estudo partiu do singelo raciocínio de que se um único processo seria suficiente para que ao Poder Judiciário fosse apresentada a pretensão pertinente a milhares de outras ações, já que as questões de fato e de direito que compõem a causa de pedir de cada uma das demandas individuais revelam homogeneidade tal que tornaria possível a judicialização do conflito por intermédio de uma demanda única e coletiva, por qual razão não teria essa solução sido apta a resolver o problema do “congestionamento” do Poder Judiciário?

De início, identificou-se que o sistema brasileiro optou por não vedar que o titular de direito individual propusesse a sua própria ação singular, paralelamente à propositura da ação coletiva. Em razão disso, não necessariamente a decisão proferida na ação coletiva irá afetar a esfera jurídica de todos os titulares do direito individual homogêneo. A extensão dependerá de dois fatores, o primeiro, que o autor individual haja requerido a suspensão do seu processo e o segundo, que esta decisão coletiva lhe seja favorável (*secundum eventum litis*).

Assim, e *grosso modo*, a coisa julgada coletiva somente terá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, no caso de procedência do pedido. Não se evita o ajuizamento ou o prosseguimento das demandas individuais no caso de improcedência dos pedidos na ação coletiva.

Portanto, verifica-se que o microsistema processual coletivo não foi criado com a finalidade marcadamente preventiva, ou seja, com o intuito de prevenir ou evitar o ajuizamento das demandas individuais repetitivas. Pode-se admitir uma finalidade repressiva, já que autoriza utilizar a decisão genérica para resolver processos individuais em tramitação, com a autorização conferida pelo art.103, §3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de permitir o transporte e *in utilibus* da coisa julgada coletiva para as ações individualmente propostas.

Sob tal perspectiva, verifica-se que a proposta do IRDR também se apresenta com um caráter marcadamente repressivo, porque não evita o ajuizamento das demandas, mas ao contrário, para apreciar a *questão unicamente de direito* comum a todas elas, dependerá da *efetiva repetição de processos* a serem instaurados.

No entanto, e como no IRDR será proferida uma única decisão, com eficácia vinculante, independente do quanto se tenha decidido (*pro et contra*), até mesmo para os processos judiciais futuros, há chances de se verificar um caráter preventivo quando o interessado optar por aguardar o resultado do incidente antes de ingressar em juízo com sua demanda individual, para fazê-lo somente se a decisão lhe for favorável ou quando houver motivos para revisão da tese jurídica firmada pelo tribunal.

Para além desta questão, verifica-se também a tentativa de dimensionamento técnico da litigiosidade repetitiva mediante a utilização dos mecanismos de padronização decisória.

O IRDR seria, inegavelmente, um instrumento processual polarizador, que muito embora não se confunda com as ações coletivas, é por certo tocado pela mesma ideologia congregadora inerente a elas: aglutinar em um só procedimento a resolução de questão pertinente a um universo abrangente de pessoas, que pode (e deve) ser resolvida de uma só vez, para que sobre ela o Poder Judiciário se pronuncie uniformemente.

Assim, e se ambos os instrumentos têm por escopo produzir os mesmos resultados (igualdade e economia processual), e se já existe no Brasil a possibilidade de ajuizar ação coletiva também para a tutela de direitos individuais homogêneos, por que

então, criar-se um IRDR? Uma vez em vigor, funcionarão como instrumentos excludentes ou complementares?

Estas seriam, em princípio, as indagações iniciais sobre as quais se desenvolveu o presente trabalho.

O Capítulo I busca apresentar um diagnóstico inicial sobre o contexto histórico em que se percebe o desenvolvimento de uma litigiosidade desenfreada, e que acaba por se tornar repetitiva, abordando como um dos principais fatores a mudança de paradigma para que o acesso à justiça se tornasse coletivo. Percebe-se que as demandas individuais e coletivas passaram a conviver com as demandas repetitivas, e com elas a dividir os mesmos instrumentos processuais, adaptando-os diante da ausência de um microsistema processual próprio. Além disso, tentou-se identificar as causas externas (fatores determinantes anteriores à judicialização) e os efeitos (impactos após a judicialização), para então conseguir traçar um perfil das demandas repetitivas, seus autores e réus. Como resultado, verificou-se os reflexos no excesso de contingências e a enorme contribuição para a morosidade e o descrédito do Poder Judiciário, diante da ausência de tratamento isonômico em um mesmo contexto litigioso.

No Capítulo II, aborda-se a tutela coletiva de direitos, destacando-se, especialmente, que quanto aos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) não haveria o risco, ao menos em tese, de que ao seu respeito venham a ser propostas múltiplas ações, porque não há possibilidade de que cada um dos titulares venha a demandar em sua defesa, o que não ocorreria com os interesses individuais homogêneos, que pressupõem a tutela coletiva de direitos materialmente individuais, cuja origem comum apenas recomendaria o tratamento conjunto dos direitos. A análise teve por foco apontar algumas das razões que podem ter levado à ineficácia das ações coletivas enquanto instrumento legítimo para prestar a tutela jurisdicional coletiva, entre elas: (i) os reflexos da inexistência de litispendência entre as ações coletivas e individuais, (ii) a suspensão opcional do processo individual, (iii) a legitimação *ope legis* para a propositura de ações coletivas, (iv) a coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* ou *secundum eventum litis*, e por fim, (v) as razões que levaram à proibição do uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva.

No Capítulo III, apresentam-se os atuais mecanismos processuais de gerenciamento de demandas repetitivas e como dialogam com os complexos vetores valorativos que os inspiraram, considerando a: (i) igualdade (tratamento igualitário pela padronização decisória), (ii) efetividade (economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais), e (iii) segurança jurídica (previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo e a estabilidade das relações jurídicas).

No Capítulo IV, revela-se o surgimento de novas técnicas processuais como alternativas às ações coletivas em uma perspectiva de direito comparado. Além da análise do instituto de origem alemã, que inspirou o IRDR no Brasil, o *Musterverfahren*, verificou-se a existência de outros paradigmas nos sistemas norte-americano (*Class Actions*), inglês (*Group Litigation Order*), italiano (*Azione Collettiva Risarcitoria*), e português (*Regime Processual Experimental*).

Por fim, no Capítulo V, trata-se especificamente dos principais aspectos do IRDR, que enquanto novo instrumento processual conglomerava as expectativas de resolver os litígios repetitivos, analisando-se, entre outras questões, o procedimento, a natureza jurídica, os requisitos de admissibilidade (“efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” e “questão unicamente de direito”), bem como alguns pontos críticos como o critério de seleção da demanda modelo, a possibilidade de desistir da ação ou recurso depois da escolha como paradigma, a equiparação a um precedente judicial vinculante, algumas diferenças entre as ações coletivas e o IRDR, o controle da decisão que julga o IRDR, a aplicação da tese firmada no IRDR aos casos concretos – sobrestados e futuros, e por fim, como se dará o controle da decisão que aplica o entendimento resultante do IRDR aos casos concretos.

I. LITIGIOSIDADE REPETITIVA

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO

O excesso de demandas teve origem, paradoxalmente, a partir da conscientização da cidadania emergente da Carta pós-positivista de 1988¹. Desde os primeiros momentos em que se percebeu um aumento da litigiosidade, verificou-se, por outro lado, a diminuição da capacidade estatal de “expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura então verificada.”²

A década de 1980 marcou o início de uma série de mudanças legislativas voltadas à criação de medidas para ampliar o acesso à justiça, especialmente impulsionadas pelo momento histórico de transição política para a democracia do final dos anos 1970. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi o ápice desse movimento, consolidando institutos como os Juizados de Pequenas Causas (1984) e a Lei de Ação Civil Pública (1985) (LACP).³

Com efeito, a consagração do caráter normativo dos princípios fundamentais no pós-positivismo foi, de fato, a responsável por transformar a atividade jurisdicional cognitiva.

Destarte, e conforme passou a enunciar o §1º do art. 5º da CF/88, os princípios fundamentais, no direito brasileiro, concretizam-se como direitos, garantias e deveres fundamentais, de natureza constitucional, de caráter normativo e de eficácia imediata.

¹ FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.5.

² E como esclarece Boaventura de Souza Santos, a explosão da litigiosidade se deu justamente na década de 1970, momento de crise do Estado-Providência, de redução progressiva dos recursos financeiros estatais e de sua crescente incapacidade de arcar com os compromissos assistenciais e previdenciários assumidos para com as classes populares na década anterior. (SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, ano 1997, p. 44).

³ Como noticiam GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.). *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

Na fase jusnaturalista, os princípios eram privados de eficácia normativa, pois carregavam apenas uma dimensão ético-valorativa. Em um segundo momento, na fase positivista, os princípios foram inseridos nos Códigos e nas leis extravagantes, adquirindo uma eficácia normativa subsidiária, devendo ser invocados apenas em situações de conflito normativo, posto que introduzidos no texto constitucional como normas programáticas. Somente na fase pós-positivista é que os princípios adquiriram eficácia normativa.⁴

A atribuição de caráter normativo aos princípios foi, portanto, uma das mais importantes conquistas do pós-positivismo, como advertem Luís Roberto Barroso e Paula de Barcellos:

(...) a falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.⁵

Com efeito, ao reunir valores sociais, princípios e regras,⁶ materializando princípios na Constituição, os quais passaram a ter efeito vinculante e aplicabilidade aos casos concretos, a fase pós-positivista contribuiu incisivamente para que se passasse a perceber os respectivos direitos, lançando-se ao alcance dos mesmos, a partir do momento em que se adquire ciência do instrumental jurídico colocado à disposição.

⁴ DESTEFENNI, Marcos. Ativismo judicial e ações coletivas. A suspensão de segurança e o ativismo negativo. In MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 569.

⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 272.

⁶ Robert Alexy afirma que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (...). “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. ‘Princípios’ são, por conseguinte, ‘mandamentos de otimização’, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as ‘regras’ são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, ‘determinações’ no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.85).

E, se no passado, o excesso de demandas decorreu da conscientização de direitos emergentes da Constituição Federal de 1988; na atualidade, o excesso de demandas seria “fruto de uma cultura exorbitante do fenômeno processual e encartável no aspecto filosófico e cultural que marca a tendência à beligerância judicial do povo brasileiro.”⁷

De fato, os dados apresentados pelo Anuário da Justiça de 2013 enfatizaram o tema da “explosão de direitos”, e retratam que nos 25 anos da Constituição, o número de ações que deram entrada no Judiciário saltou de 350 mil ações, em 1988, para 26 milhões, em 2012.⁸

Dados mais recentes apresentados no Relatório Justiça em Números 2014⁹, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, só corroboram os números da litigiosidade desenfreada, identificando-se contudo, que está intimamente vinculada ao contencioso de massa, em primeira instância, ou seja, a milhares de ações em trâmite no território nacional, que versam sobre a mesma questão jurídica.

Trata-se de uma percepção que só tende a aumentar, ao se verificar que desde 2012, os filtros de gerenciamento de demandas atualmente existentes já não estavam atingindo as expectativas neste sentido:

Com a sanção da Lei 11.417/2006, que regulou o procedimento de aprovação da súmula vinculante, e da Lei 11.418/2006, que regulamentou a Repercussão Geral no processo submetido ao crivo do Supremo, o número de recursos distribuídos aos ministros da corte constitucional caiu vertiginosamente de: 113 mil, distribuídos em 2007 para 38 mil em 2011. A redução da demanda trazida com as súmulas editadas é difícil de medir, já que seu efeito é profilático e difuso. No que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, a Lei 11.672/2008 criou um rito especial para o julgamento de processos cujas teses se repetem às centenas ou aos milhares. No caso do STJ, observou-se redução importante de 2009 para 2010, mas tal cenário não se repetiu em 2011 e o tribunal voltou a receber quase 300 mil recursos para julgar. Os filtros existem. Para o Supremo, a efetividade deles é inquestionável, mas ela não chegou ainda, às instâncias inferiores. A

⁷ FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.5 e 8.

⁸ ANUÁRIO da Justiça Brasil 2013. Elaborado por Consultor Jurídico. Ed. Consultor Jurídico, 2013.

⁹ O relatório utilizou dados para o ano de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/glossario_JN_2014.pdf>. Acesso em 28.9.2014.

redução da demanda no STF não se traduziu em resolução de processos na base.¹⁰

Com efeito, as demandas de massa, ao serem decididas isoladamente, geram, para além do volume quantitativo impossível de absorção por juízes e tribunais, abarrotando-os,¹¹ o risco da prolação de decisões diferentes para causas iguais, o que é ainda mais grave, porque constitui flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia.

Ao se constatar a incapacidade do Poder Judiciário em prestar uma resposta em prazo razoável, a ausência de uniformização de jurisprudência e a inabilidade de se estabelecer uma estrutura que consiga gerenciar as novas demandas de processos, desaparece, pois, qualquer possibilidade de se visualizar algum aspecto positivo em tamanha litigiosidade, mas ao contrário, ela se torna causa da morosidade e congestionamento dos processos nos órgãos judiciários do país.

Enfrentar a litigiosidade desenfreada seria, portanto, ao lado das excessivas formalidades do processo e da prodigalidade do sistema recursal brasileiro, um dos maiores desafios a serem superados, para atingir também a expectativa do Novo Código de Processo Civil de, com isso, “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.”¹²

¹⁰ Disponível em < www.conjur.com.br/issuu/ANJ_2012_BR_preview.pdf > . Acesso em 15.05.2013.

¹¹ Ao observar o fenômeno da litigiosidade desenfreada, Sidnei Beneti segregou os conceitos de magistratura de massa e artesanal, destacando que aquela é de grande quantidade, de situações processuais repetitivas e que acabam ganhando relevância operacional na razão direta do volume enorme de casos e pessoas envolvidas, de tal forma que essa massa de processos precisa ser vencida para que sobre tempo para os processos das questões para as quais será necessário trabalho artesanal (BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta o juiz*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10-11).

¹² Na carta de apresentação do Anteprojeto, o Min. Luiz Fux assim resumiu as principais preocupações da Comissão: “Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxima num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito? Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo preche de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?” Disponível em < www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf > . Acesso em 15.05.2013, p. 7 e 8.

1.2. MUDANÇA DE PARADIGMA: O ACESSO À JUSTIÇA COLETIVO

A simples comparação entre os dispositivos da Constituição vigente e a anterior revelam que a garantia constitucional do acesso à justiça recebeu significativo incremento com a redemocratização e a promulgação da CF/88.

Enquanto a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda n. 1/1969, assegurava no art. 153, §4º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, assim dispôs, de forma ampla e genérica: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O novo texto constitucional parece ter substituído propositadamente a expressão "qualquer lesão a direito individual" por outra que permitisse expressamente o alargamento do acesso ao Poder Judiciário aos novos direitos e interesses transindividuais, tanto que a nova redação, em harmonia com o enunciado no seu Título II, Capítulo I ("Dos direitos e deveres individuais e coletivos"), prescreveu que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."¹³

É, portanto, evidente, que o tratamento conjunto dos conflitos nas ações coletivas vem a ampliar a compreensão clássica do acesso à Justiça, até então reinante.

Com efeito, uma das causas jurídicas de estreitamento da via de acesso à Justiça é a disciplina da *legitimatío ad causam* ativa no processo civil individualista que herdamos e praticamos, na qual, por expressa disposição legal, “a cada um cabe defender em juízo somente os seus próprios direitos, reputando-se excepcionalíssimos e de direito estrito os casos de substituição processual.”¹⁴

¹³ Ricardo Castilho destaca ainda, a consagração do acesso à Justiça em outros dispositivos constitucionais: a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art.5º, LXXIV); os remédios constitucionais (mandado de segurança individual e coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular); a ação civil pública como forma de atuação do MP na defesa de direitos transindividuais (art.129, III); o juiz natural (art.5º, LIII); o contraditório e a ampla defesa (LV); e o próprio princípio do devido processo legal (LIV). (CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006, p.21).

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 340-341.

Ademais, verifica-se também a ampliação do acesso ao Poder Judiciário para compreender além da tutela repressiva (lesão), a tutela preventiva ou inibitória (ameaça a direito).

Um dos pressupostos de efetivação do direito ameaçado ou lesado passa a ser então o processo, cuja instauração torna absolutamente necessária a intervenção do Estado para a resolução do conflito, configurando o interesse de agir, isto é, de acessar a Justiça, de provocar a sua atuação.

O acesso ao processo é, então, o acesso ao próprio direito, já que aquele é pressuposto de realização deste, sempre que houver conflito no qual seja inevitável a atuação do Estado juiz.¹⁵

Assim, “o processo transmuda-se em importante instrumento viabilizador do acesso à Justiça”¹⁶, desde que respeite o conjunto de princípios constitucionais, em especial, o devido processo legal e princípios a ele subjacentes, os quais permitirão à jurisdição cumprir o seu papel pacificador e assim, assegurar um real acesso à Justiça.

Portanto, e se o processo serve para propiciar ao cidadão a tutela efetiva, todos os direitos, individuais, coletivos e também os repetitivos, isto é, cada uma das dimensões do direito, deve encontrar no sistema processual a segurança da existência de instrumentos

¹⁵ Não se pretende, de forma alguma, ignorar a existência de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, que se encontram à margem da estrutura estatal, até porque, e ao lado das alterações legislativas, tende-se a acreditar que o incentivo à utilização de tais mecanismos é positivo para a superação da crise do Poder Judiciário. Kazuo Watanabe foi um dos primeiros a sustentar a necessidade de uma política pública nacional e abrangente, de observância obrigatória, de tratamento adequado dos conflitos de interesses, defendendo a incorporação dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário. Em sua perspectiva, não somente se reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância, implicaria a transformação social com a mudança de mentalidade ao propiciar uma solução mais adequada, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas (WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, p.382, mai. 2011).

¹⁶ BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de processo civil apontamentos iniciais. In FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.441.

capacitados à sua tutela, pois de nada adiantaria positivar direitos em ritmo crescente se, simultaneamente, não fossem também disponibilizados meios para sua adequada proteção.

Neste contexto, o fenômeno do acesso à Justiça pode ser analisado sob duas vertentes distintas: a externa e a interna.¹⁷ Não basta, sob uma perspectiva externa, o acesso à Justiça representar a possibilidade de demandar e o de deduzir pretensão em juízo e de a ela se opor, ou seja, a concretização do direito de ação e de defesa previstos como garantias fundamentais abstratas no texto constitucional. Há que se impor, internamente, o direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos e neste ponto, emerge a criação de mecanismos que buscam alcançá-la.¹⁸

Tal preocupação orientou Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁹ em uma extensa pesquisa de direito comparado sobre o acesso à Justiça, desenvolvida no âmbito do denominado “Projeto de Florença” e cujos resultados foram apresentados parcialmente em 1975 por Cappelletti, em convenção realizada naquela cidade, sob o título *Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile* e posteriormente, em 1978, publicados em quatro volumes, incluindo um ensaio que introduziu a análise dos resultados da pesquisa, intitulado *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.²⁰

¹⁷ BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.446.

¹⁸ Nesse sentido, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini destaca que “É certo que a preocupação do Estado concentrou-se em resolver imperativamente os conflitos, porém nem tanto de pacificar. Nesse aspecto, se a instrumentalidade do processo e o processo civil de resultados são plenamente coerentes com a missão de pacificar, impende concordar que o Estado, além de consentir com que os direitos disponíveis sejam compostos, deve também fomentar para que iniciativas e soluções alternativas à sentença estatal aconteçam, tudo para que o Poder Judiciário seja, de fato, a última *ratio*”. (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006).

¹⁹ Sobre o tema, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. Para eles, “a expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não podemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” (p. 8).

²⁰ Traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet, sob o título de *Acesso à Justiça*. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988).

Nesta obra, os autores fizeram constar desde as primeiras páginas, que “a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” e que o acesso à justiça tornou-se “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.”²¹

O referido ensaio, capitaneado como paradigma na análise do acesso à justiça, faz uma divisão da problemática e a expressa por meio de três "ondas."²²

Resumidamente, a primeira onda cuidaria de assegurar a assistência judiciária aos pobres; a segunda onda propugnaria uma adequada representação dos interesses coletivos *lato sensu*, que abrangem os interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos; e a terceira onda - também chamada pelos referidos autores de "enfoque do acesso à justiça" - seria mais abrangente, porque nela residiria uma enorme gama de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução dos conflitos.²³

A segunda “onda” renovatória, cognominada de “coletivização do processo”, e que dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, é que, em termos concretos, orientou, no Brasil, a edição de diversos diplomas normativos, a começar pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que disciplinou a “ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio

²¹ *Idem, ibidem*, p. 12.

²² A metáfora das ondas renovatórias tem sua origem nas diferentes etapas que o movimento de acesso à justiça passou nos Estados Unidos e a transposição, com adaptações, é claro, de soluções surgidas a partir dos problemas identificados, não segue a ordem cronológica do surgimento dos problemas nem das soluções sugeridas no país de origem. Não é exato referir-se às ondas renovatórias como ondas sucessivas, de modo que a onda pela gratuidade aos pobres fosse anulada pela onda alusiva aos interesses difusos que, por sua vez, cederia espaço para a terceira onda. “As ondas são, antes de tudo, como as ondas de som, numa propagação em que a primeira se irradia e não perde sua força com a segunda nem com a terceira”. (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 75).

²³ É nessa última onda que surgiram novos mecanismos judiciais que visavam, sobretudo, à celeridade do processo, como os juizados especiais de pequenas causas, a antecipação de tutela, o procedimento sumaríssimo; além de outros institutos alternativos extrajudiciais, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, o termo de compromisso de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público, etc.

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral.²⁴

A esta lei, seguiram-se outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei n. 7.853/89), de crianças e adolescentes (Lei n. 9.069/90), do consumidor (Lei n. 8078/90), da probidade na administração pública (Lei n. 8.429/92), da ordem econômica (Lei n. 8.884/94) e dos interesses das pessoas idosas (Lei n.10.741/2003).

Daí a efetiva consagração do novo paradigma, com o princípio da inafastabilidade jurisdicional tanto para a proteção dos direitos ou interesses individuais, quanto para a dos direitos ou interesses transindividuais.

A partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram um caráter mais coletivo, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos XVIII e XIX para reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, tais como os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação, obrigando-se uma atuação mais positiva do Estado, necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos básicos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que “não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à Justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do ‘welfare state’ têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.”²⁵

²⁴ Na percepção de Teori Albino Zavascki, as modificações do sistema processual civil brasileiro teriam ocorrido em apenas duas fases, ou “ondas”, bem distintas. A primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados a: (a) dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. A segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 14 -15).

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

Com efeito, e sem que sequer fosse possível identificar ao certo quem eram os titulares do direito material e não sendo viável desenvolver-se o processo coletivo com a presença de todos os implicados na controvérsia, dissociou-se a titularidade do direito de ação da titularidade do próprio direito material. Aquele legitimado a postular em juízo lá atua em substituição à universalidade de pessoas que são as reais titulares do direito, passando-se a considerar atendida a exigência de contraditório pela exclusiva presença no processo de quem bem possa representar a coletividade em juízo.²⁶

Com essa abertura das “portas da justiça,”²⁷ que também serviu para atender às demandas de feição repetitiva, o efeito colateral e vertiginoso que se verificou foi o imediato aumento de demandas ajuizadas e a sobrecarga do Poder Judiciário.²⁸

Assim, e como bem destacou Cândido Rangel Dinamarco, a abordagem dos componentes fundamentais do sistema de acesso à Justiça ao qual se submete um cidadão que pretenda obter a satisfação de sua pretensão em juízo, não pode prescindir da análise do(a): (i) absorção – maior ou menor – de lides, conflitos de pretensões, pelo Judiciário, o que especialmente interessa ao propósito deste trabalho, na medida em que tangencia o tema do acesso transindividual ao processo; (ii) modo de ser dos procedimentos, isto é, da maneira como se desenrolam os atos componentes do complexo ritual, sua imbricação e as inúmeras tutelas que de tais diferentes formas de se proceder resultam; (iii) fabricação, de decisões com pitadas de paixão, a fim de se contrabalançar a friidez da lei, introjetando no processo o sentimento de justiça pulverizado e, finalmente, (iv) a propensão – maior ou menor – do sistema processual em tutelar adequadamente os direitos irradiando efeitos que

²⁶ BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 469.

²⁷ “Abriram-se as portas da Justiça. Esqueceram, entretanto, de ampliar os instrumentos de ‘saída da justiça’!” (BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 95, p. 122, jul. set. 1999).

²⁸ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco defende que o acesso à justiça depende da superação do binômio qualidade-quantidade: “não basta aumentar o universo dos conflitos que podem ser trazidos à justiça sem aprimorar a capacidade de produzir bons resultados, nem basta produzir bons resultados em relação aos conflitos suscetíveis de serem trazidos à Justiça, deixando muitos outros fora do âmbito da tutela jurisdicional”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133, vol. I).

satisfaçam a pretensão de direito material declinada da maneira mais parecida possível com o resultado que adviria não fosse necessária a intervenção jurídico-processual.²⁹

Portanto, se inicialmente a resposta do sistema à crise do Judiciário centrou-se em universalizar o acesso à justiça, uma nova fase de reformas se impõe, desta vez com foco em uma reforma estrutural, com o intuito de analisar o próprio sistema judicial e explorar uma nova “dimensão gestonária,”³⁰ através da introdução de medidas que proporcionem a alteração de métodos de trabalho, uma melhor e mais eficaz gestão de recursos e uma eficiente articulação dos tribunais com os serviços complementares da justiça, tudo para dar resposta ao crescimento exponencial das demandas, especialmente, as repetitivas.

1.3. AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

Como noticiam as pesquisadoras Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, as primeiras iniciativas para traçar um diagnóstico sobre o aumento da litigiosidade no Brasil surgiram entre as décadas de 1980 e 1990, quando “se verificou o surgimento de uma agenda de pesquisa acadêmica sobre o sistema de Justiça, visando não somente denunciar a crise do Judiciário, mas também mapear as causas dessa crise e as suas possíveis soluções.”³¹

Naquela época, o diagnóstico produzido pelos estudos realizados indicou que o Judiciário era caro, lento e incapaz de atender às demandas que afetavam o dia a dia do cidadão comum. Em resposta, percebeu-se o fortalecimento das Defensorias Públicas e a institucionalização dos Juizados de Pequenas Causas.

A partir de 2000, um novo conjunto de pesquisas foi produzido, desta vez envolvendo principalmente análises quantitativas, dando enfoque aos valores de eficiência

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 364 e ss.

³⁰ Expressão utilizada por Boaventura de Souza Santos *in* GOMES, Conceição (coord). *A gestão nos tribunais: um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2010, p.213.

³¹ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.) *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

e segurança jurídica, passando a servir de base para o estabelecimento de metas de produtividade no tocante à prolação de sentenças e a rápida solução dos conflitos.

Tais pesquisas focaram no papel do Judiciário como prestador de um serviço público e em razão disso, influenciaram a elaboração de medidas administrativas e alterações legislativas e, inclusive, o projeto de Emenda Constitucional n.45/2004 e a criação do Conselho Nacional de Justiça.³²

Atualmente, as tentativas de diagnosticar as causas do aumento exponencial de demandas são mais profundas e devem levar em consideração não apenas os aspectos processuais, mas também os aspectos econômicos, políticos, gerenciais, entre outros.

Atentas a este cenário, as referidas pesquisadoras tiveram a iniciativa de capitanear o cuidadoso estudo denominado “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais e gerenciais à morosidade da Justiça.”³³

Através de pesquisa empírica, identificou-se que atualmente são várias as causas do número cada vez maior de demandas e da conseqüente morosidade da justiça, podendo ser mencionadas, entre elas, as de natureza econômica (inflação atual ou residual, que tem gerado inúmeros processos, principalmente a respeito dos índices de atualização e as crises econômicas que geram demandas ligadas à inadimplência); as de natureza política (utilização do direito como instrumento de governo, como ocorre na implementação de planos econômicos, o que tem gerado demandas repetitivas e a expansão do direito, fenômeno que vem sendo constatado pelos cientistas políticos em todo o mundo); as de natureza processual (inadequação e formalismo exagerado dos processos e procedimentos, bem como o excesso de recursos); as de natureza sociopolítica (inexistência na sociedade

³² O Conselho Nacional de Justiça visa “aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em 20.05.2013.

³³ Especificamente, a pesquisa foi realizada em 2010 e o levantamento empírico jurisprudencial partiu de casos considerados pelos próprios juízes como demandas repetitivas e julgados mediante a aplicação do art. 285-A do CPC, dispositivo que teve por intuito precípua racionalizar o julgamento de demandas repetitivas. Os resultados podem ser conferidos na obra: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.) *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

de sistemas eficazes de solução extrajudicial de conflitos, urbanização da população, massificação das relações de consumo, etc.); as de natureza organizacional (insuficiência da infraestrutura pessoal e material em relação ao volume e às exigências dos serviços judiciais); e várias outras.

A ausência de resposta para tais relevantes questões não apenas prejudicará o diagnóstico sobre o funcionamento do Judiciário, posto que restará incompleto, mas também acarretará em sérias deficiências no conjunto de prioridades e soluções que eventualmente puderem ser apresentadas.

A profundidade de um diagnóstico que leve em consideração tais fatores constitui elemento essencial para que as soluções propostas não se limitem à esfera do Poder Judiciário, mas possam também se apresentar em alternativas de resolução pré-processuais, obtidas através da utilização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos³⁴ ou o que seria ainda melhor, pela possibilidade de evitar sua judicialização,

³⁴ Como o mecanismo predominante utilizado pela sociedade brasileira como a principal forma de solucionar os litígios é a solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio da sentença do juiz, a arbitragem e os mecanismos autocompositivos são chamados de “alternativos”, visto que funcionam como válvula de escape ao instrumento padrão, que é a atividade jurisdicional do Estado. A alcunha “alternativa” advém da tradução de *Alternative Dispute Resolution* (“ADR”), do direito norte-americano. A respeito do tema, cite-se, entre todos, CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, n.74, p. 92, abr. 1994, e a tese de mestrado apresentada por MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Ainda, e como adverte Rodolfo de Camargo Mancuso, o termo alternativo contrariaria a ordem cronológica dos eventos na história, uma vez que foi justamente a justiça estatal que adveio posteriormente à autotutela e, portanto, como alternativa à forma até então primordial de resolução de litígios. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49). Paula Costa e Silva faz outra crítica interessante ao emprego da expressão alternativa, porquanto a ideia de alternatividade somente poderia ser utilizada se houvesse livre escolha entre os meios de resolução de disputas funcionalmente equivalentes. Todavia, como a justiça pública não é nem sempre acessível e nem sempre eficiente, a conclusão é que as técnicas ditas alternativas acabam por ser muitas vezes necessárias e inevitáveis. (SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 35-37). Roberto Portugal Bacellar, por sua vez, prefere utilizar a expressão “equivalentes jurisdicionais”: “É com os denominados ‘equivalentes jurisdicionais’ que conseguiremos acompanhar o dinamismo crescente da sociedade, proporcionando uma melhor solução para a chamada ‘crise do Poder Judiciário’.” (BACELLAR, Roberto Portugal. *A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 95, p. 122, jul. set. 1999). Nuria Bellosó Martín também defende a utilização da expressão “formas complementares de resolução de conflitos” à “formas alternativas”, pois não se trataria de substituir a Administração da Justiça nem o processo, a não ser complementá-lo: “*En el marco del Derecho continental, M. Taruffo y otros autores no admiten que esa alternativa sea posible porque los objetos a elegir son de naturaleza distinta, no son intercambiables ni sustituibles. Así por ejemplo, no aceptan que la mediación sea una alternativa al proceso judicial (...). Sostenemos que se trata de formas “complementarias” de resolución de conflictos y no “alternativas” porque los diversos acuerdos a los que lleguen las partes implicadas para solucionar sus conflictos no pueden ser contra legem. Es decir, los acuerdos alcanzados, bien sea en la conciliación, en la*

buscando-se a criação de filtros que evitem, ou pelo menos reduzam, a sua transformação em demandas judiciais.

O mais recente diagnóstico do Poder Judiciário apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça no Relatório Justiça em Números de 2014, levando em consideração os dados de 2013, aponta que existem hoje cerca de 95 milhões de processos em tramitação.

Contudo, reconhece-se expressamente que tal diagnóstico ainda não permite avaliar de que forma estão distribuídos, qual é o perfil de quem litiga e, conseqüentemente, quais seriam as estratégias mais eficientes para lidar com tantos litígios.³⁵

Em uma tentativa de avançar na classificação e nas estatísticas, desde a edição da Resolução do CNJ nº 46/2007, os tribunais têm à disposição um padrão mínimo de linguagem terminológica de classes e assuntos referentes aos processos judiciais. Mesmo se tratando de uma importante iniciativa, não se pode negar que ainda existem dificuldades em sua efetiva implantação, e que se as informações do Judiciário não estiverem organizadas e integradas aos sistemas dos tribunais, não será possível empreender planejamentos mais precisos, justamente pela ausência de diagnósticos mais detalhados.

O próprio CNJ reconhece que a integração das informações inerentes a cada tribunal, é condição para possibilitar o avanço acerca da identificação de fatores a impulsionarem a celeridade processual.

Ao tornar possível visualizar as características de cada vara ou processo judicial, abre-se o acesso ao número total de atos e movimentações, o que revelará o tempo de cada um deles. Com a integração dos sistemas de informação dos tribunais, será possível

negociación o en la mediación, deben cumplir una serie de requisitos establecidos por la ley dentro del marco legal” (MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado. Revista de Direito Privado. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, n. 24, p. 300, out.2005).

³⁵ Relatório da Justiça em Números 2014 (ano-base 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/Resumo_Justica_em_Numeros_2014_ano-base_2013.pdf>. Acesso em 28.09.2014. Por ora, os indicadores estatísticos avaliaram: I - Insumos, dotações e graus de utilização: a) Receitas e despesas; e b) Estrutura; II - Litigiosidade: a) Carga de trabalho; b) Taxa de congestionamento; e c) Recorribilidade e reforma de decisões; III - Acesso à Justiça; e IV - Perfil das Demandas.

conhecer quais são os principais tipos processuais, possibilitando a reflexão sobre as suas especificidades na avaliação da eficiência e, com isso, auxiliar a proposição de aperfeiçoamentos da gestão judiciária.

Desde 2009, a quantidade de processos em acervo cresce de forma progressiva e constante, em média 3,4%. Ao todo, o país tem 95,14 milhões de processos em andamento na Justiça, sendo que 70% (66,8 milhões) já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%).

É, pois, relevante o indicador sobre o aumento gradual dos casos novos. O total de processos em tramitação cresceu, em números absolutos, em quase 12 milhões em relação ao observado em 2009 (variação de 13,9% no quinquênio).

Apesar do total de processos baixados aumentar desde 2010, com crescimento de 0,1% no último ano e de 9,3% no quinquênio, desde 2011 o quantitativo desse número é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano após ano o número de casos pendentes.

Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminuiu desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013.

Todavia, a despeito dos aumentos correspondentes nas despesas totais e na força de trabalho – em 2013 houve crescimento de 1,5% nos gastos totais, 1,8% no quantitativo de magistrados e 2% de servidores³⁶, verificou-se que no tocante aos processos baixados, ocorreu apenas um sutil aumento de 0,1% em relação a 2012.

Nesse sentido, conclui-se que o aumento do orçamento e da estrutura dos tribunais não resultou necessariamente em aumento proporcional da produtividade, de

³⁶ O Poder Judiciário possui 16.429 magistrados (2013), sendo que 13.841 (84%) atuam na 1ª instância e 2.305 (14%) são desembargadores. Foi aferido o aumento de 2,1% de magistrados no quinquênio (2009-2013). A força de trabalho é composta, além dos magistrados, por 412,5 mil funcionários, sendo 276,6 mil (67%) servidores efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo e 135,7 mil (33%) por força de trabalho auxiliar (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores).

modo que de cada 100 ações judiciais que tramitaram em 2013, apenas 29 conseguiram uma sentença, no período. Cada magistrado é responsável por 6.041 processos, mas conseguiu julgar, em média, 1.684 (queda de 1,7% em relação à 2012, quando cada juiz julgou, em média, 1.712 processos).

Verificou-se que a alta taxa de congestionamento³⁷ foi registrada nos processos de execução fiscal (91%), ou seja, de cada 100 execuções fiscais que tramitaram no ano de 2013, apenas 9 foram baixadas nesse período

O maior quantitativo de casos pendentes de baixa de anos anteriores e a maior taxa de congestionamento no ano de 2013, portanto, estão relacionados aos processos de execução fiscal, que correspondem ao percentual de 41,4%. Caso fossem retirados todos os processos de execução fiscal do Poder Judiciário, a tramitação processual passaria de 95,1 milhões (2013) para 63,9 milhões de processos.

E o que é pior, o cenário não se mostra nem um pouco animador, já que a tendência é que este indicador continue expressivo no próximo ano, pois o quantitativo de casos novos de processos de execução fiscal ultrapassa em 565.466 o total de processos baixados dessa classe.

A despeito do cenário das execuções fiscais, e mesmo descontando-se o peso que elas representam na estrutura judiciária, é fato que a taxa de congestionamento segue elevada, sendo necessária a sua redução para que se ultrapasse esse patamar mínimo de produtividade no enfrentamento à demanda.

De fato, se a mesma quantidade de processos que entrasse fosse julgada, a conta estaria zerada naquele ano, e se a cada ano a quantidade de julgamentos ultrapassasse a quantidade de processos distribuídos, não haveria que se falar em morosidade.

³⁷ A Taxa de Congestionamento mede o percentual de processos em tramitação que não foi baixado durante o ano. Por exemplo, de acordo com o site Justiça em Números, a taxa de congestionamento foi de 71% em 2013, ou seja, de 100 processos que tramitaram no ano, aproximadamente 29 foram baixados no período (ou seja, transitaram em julgado ou mudaram para instância superior ou foram arquivados definitivamente). Os 71% restantes não tiveram uma solução definitiva. Dados obtidos Relatório da Justiça em Números 2014 (ano-base 2013). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/glossario_JN_2014.pdf>. Acesso em 28.09.2014.

Desta forma, parece-nos que o aumento da litigiosidade não decorre apenas da relação entre a quantidade de demandas que ingressaram em um determinado ano no Poder Judiciário e o número de habitantes, o que constitui um fenômeno pré-processual, mas de diversas variantes, em especial, da capacidade de uma resposta interna do sistema, ou seja, da quantidade de respostas que o Poder Judiciário consegue atribuir a tais conflitos.

Neste contexto, pode-se concluir que o aumento da taxa de litigiosidade, por si só, não deve ser lido como um indicativo de que foi conferida à população brasileira a garantia constitucional do amplo acesso à justiça, porquanto se verifica que expressiva parcela desse contingente de demandas se refere a execuções fiscais, e por consequência, tem como requerentes as autoridades públicas—União, Estados, Municípios e suas autarquias, e não propriamente, a população.

Enfim, é inegável que a morosidade dos processos, contribui para um cenário de crise na Justiça e desprestigia a prestação jurisdicional enquanto instrumento apto a solucionar, e também pacificar conflitos.³⁸

Impõe-se, como medida imediata, ampliar esforços para que se possa traçar um diagnóstico preciso e conclusivo no sentido de identificar relevantes informações como o perfil de quem litiga e o tempo de determinados procedimentos, tudo para que se possa, com isso, buscar alternativas mais eficientes para gerenciar o volume de processos repetitivos, já que, a manutenção do atual sistema acaba por autorizar a opção pelo seu tratamento individual (e não coletivo), o que por certo, impacta severamente a prestação da tutela jurisdicional.

³⁸ Os dados referentes ao quarto trimestre de 2010, apresentados no Índice de Confiança na Justiça, produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, indicaram que 89% da população entrevistada considera que o Judiciário soluciona os conflitos de forma muito lenta. Trata-se de pesquisa trimestral realizada em 7 regiões metropolitanas brasileiras, através de entrevistas a uma amostra representativa da população, a partir de critérios de sexo, escolaridade e renda, que tem como objetivo acompanhar de forma sistemática o sentimento da população sobre o Judiciário brasileiro. A pesquisa tem por objetivo avaliar a imagem do Poder Judiciário (sob os critérios de eficiência, imparcialidade e honestidade), composta por dois subíndices: o subíndice de percepção, cujo objetivo é avaliar as atividades do Judiciário; e o subíndice de comportamento, que busca identificar a reação da população frente a conflitos do dia a dia e a possibilidade de solucioná-los no Judiciário. Dados disponíveis no sítio institucional de Direito GV, no endereço <www.direitogv.com.br>. Acesso em 15.05.2013.

1.3.1. Causas: fatores determinantes anteriores à judicialização

Em importante estudo analisando os aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa, Barbosa Moreira observa que “as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas”. E conclui o raciocínio no sentido de que se existe a possibilidade de produção de massa, destruição de massa, comunicação de massa, por que não, processo de massa³⁹?

Nessa mesma ordem de ideias, verifica-se que a sociedade moderna, mais do que revelar os interesses individuais homogêneos, determinou a sua proliferação, diferentemente do que aconteceu com os interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.

Com efeito, os interesses difusos e interesses coletivos já existiam na mesma intensidade muito antes da industrialização e do desenvolvimento tecnológico que criaram a produção em massa.

No entanto, os interesses individuais homogêneos não existiam, na prática, antes do surgimento da sociedade de massa. O que havia eram interesses comunitários e, depois, interesses individuais, tão-somente. Na Idade Média, nem sequer existia a noção de personalidade jurídica, de modo que não se colocava o problema da representação de direitos alheios, pois o membro da comunidade podia ser o próprio autor da ação coletiva, não porque representasse os direitos dos demais interessados, mas porque defendia o direito da coletividade correspondente à sua comunidade, já que se tratava do interesse comum, e dentro deste raciocínio, é certo que a comunidade podia estar em juízo e ser representada por qualquer dos seus membros.⁴⁰

³⁹ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.61, p.187, jan/mar.1991.

⁴⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.24.

Mesmo posteriormente, com o desenvolvimento das doutrinas individualistas e a elaboração de teorias da representação de direitos individuais por terceiros, os interesses individuais semelhantes que surgiam dificilmente decorriam de uma origem comum, pois não resultavam de relações de troca e de consumo de massa, padronizadas, como visto acima, as quais só começaram a difundir-se a partir do século XIX.

Isso posto, é inegável que o despertar da consciência social e política derivada do processo de redemocratização e da promulgação da atual Constituição, em nível nacional, tenham um significado histórico da maior importância na luta pelo acesso à Justiça. Sob esse ponto de vista, a contribuição trazida por esses movimentos representa, naturalmente, um aspecto positivo.

Por outro lado, verifica-se que o excesso de litigiosidade que decorreu de tal fato está longe de receber uma resposta célere e efetiva, questionando-se se tal perspectiva não contribuiu apenas para congestionar e inviabilizar o Poder Judiciário.

Não se pode descartar, tal como apontam Daniela Gabbay e Luciana Cunha,⁴¹ outras causas externas ao controle do Poder Judiciário, e que contribuíram igualmente para o aumento de litigiosidade, citando-se como exemplos a regulação administrativa e legislativa e questões socioeconômicas.

A existência de “zonas cinzentas regulatórias” na interpretação dos direitos positivados ou restringidos, ou mesmo, a ambiguidade interpretativa dos enunciados legais, é frequentemente apontada como uma das causas que estimulam o surgimento de conflitos de interesses entre a Administração e o administrado.

Tais zonas cinzentas, por sua vez, autorizam a criação de teses jurídicas por advogados que buscam oportunidades para desenvolver raciocínios jurídicos que possam beneficiar os interessados em litigar contra a Administração, podendo ou não culminar na judicialização do conflito e consequentes impactos ao funcionamento da máquina judiciária.

⁴¹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.37-38.

De igual modo, algumas medidas socioeconômicas também contribuíram para os episódios de ajuizamento em massa de ações idênticas, decorrentes de medidas governamentais nas décadas de 80 e 90, as quais apresentam reflexos até hoje.⁴²

Portanto, identificam-se entre as causas mais relevantes para o aumento da litigiosidade: (a) o despertar da conscientização do acesso à Justiça e da igualdade de direitos, e portanto, a necessidade de exercê-los; (b) a ampliação dos meios de comunicação e a divulgação de informação em massa através das redes sociais, estimulando a reivindicação de direitos; (c) o desenvolvimento de novas tecnologias e a oferta de novos produtos, ampliando as relações de consumo (*e-commerce*); (d) a concessão de gratuidade da justiça aos que não teriam condições de arcar com as despesas para movimentar o Judiciário, que passam a não mais renunciar aos próprios direitos; (e) a deficiência da divulgação de outros meios de autocomposição de litígios para estimular as partes envolvidas a colocar, em segundo plano, de forma subsidiária e residual a via judicial, inclusive os Juizados Especiais; (f) o excesso de advogados e a postura beligerante assumida por alguns, e a ausência de familiaridade técnica com os litígios de massa demonstrada por outros tantos; e por fim (g) o desprestígio da esfera administrativa para atuar na resolução de conflitos.

Assim, a técnica processual inadequada, somada aos diversos motivos extraprocessuais acima referidos, ajudou a construir um ambiente propício para a instauração da atual crise numérica de processos judiciais.

1.3.2. Efeitos: impactos após a judicialização

Ao se levar em consideração que numa sociedade moderna, ou seja, geralmente numerosa, complexa e diversificada, a quantidade potencial de conflitos pode ser enorme, canalizar todos eles ao Poder Judiciário, constitui, para dizer o menos, uma irracionalidade.

⁴² No final de 2008, nova enxurrada de ações foi ajuizada na Justiça Federal em decorrência do iminente término do prazo prescricional para pleitear eventual perda da correção monetária das cadernetas de poupança em virtude do chamado “plano verão”, de janeiro de 1989, durante o Governo José Sarney.

Nenhuma sociedade, muito menos em países pobres, pode se dar ao luxo de pretender resolver todos os litígios, ou mesmo a maioria deles, no âmbito exclusivo de um processo judicial.

Para se ilustrar a questão, o Poder Judiciário teve uma despesa recorde no ano de 2013: R\$ 61,6 bilhões. Essa despesa é equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, 2,7% do total gasto pela União, Estados e Municípios em 2013 e a R\$ 306,35 por habitante. O custo de cada sentença é de R\$ 2,1 mil.⁴³

A despeito dos constantes investimentos realizados em recursos humanos, ressaltando a pesquisa que a distribuição de tais recursos concentra-se no pagamento de pessoal, ou seja, de cada R\$ 10,00 investidos, R\$ 8,98 vão para pagamento de magistrados e funcionários, a carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos nos cartórios e serventias ainda é fator usualmente citado.⁴⁴

Quando o volume de demandas dá entrada no Judiciário de forma mais massiva, em razão de uma “nova tese jurídica”, verifica-se que o próprio sistema tem reagido oferecendo como solução gerencial “o julgamento por lote”, por meio do qual, lotes de mais de mil processos cadastrados sob o mesmo assunto são julgados simultaneamente, proferindo-se uma sentença padrão, que reflete o posicionamento do julgador sobre a tese de direito suscitada.⁴⁵

Tais decisões padronizadas são repassadas por meio de arquivos de editores de texto para que outros juízos as adotem como modelos, adaptando-os às suas necessidades. Tal postura é amplamente estimulada pelos tribunais, que organizam repositórios de modelos de sentenças, especialmente as chamadas repetitivas, justamente por causa da sua enorme incidência e por envolverem, de modo geral, exclusivamente, matérias de direito já pacificadas na jurisprudência.

⁴³ Dados obtidos no Relatório da Justiça em Números 2014 disponibilizado no site: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 28.09.2014.

⁴⁴ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.) *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 83.

No entanto, e a atual realidade é prova disso, a informatização do processo também não se traduziu como solução à morosidade, uma vez que os servidores não se desincumbiram da tarefa inicial de cadastrar os processos no sistema.

O volume de processos pode ser tão avassalador e predominantemente produzido em surtos, que invariavelmente provoca o acúmulo exagerado de processos em setores ou órgãos específicos. Primeiro, são os serviços de distribuição, que ficam atolados pelo volume de petições; depois as secretarias dos órgãos para onde foram feitas as distribuições, para formalizar a tramitação processual (juntas, registros etc.); depois os gabinetes dos juízes, para fazer a triagem e analisar os pedidos; depois novamente as secretarias para executar os provimentos (expedição de ofícios, mandados etc.) e assim por diante. Para impedir o caos completo, organizam-se mutirões convocando juízes e servidores de outros órgãos para auxiliar os mais afetados, com prejuízo do serviço nos órgãos de origem, evidentemente.

Outros fatores a serem considerados se referem justamente à instabilidade do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores e a atuação dos advogados na condução do processo, apontando-se para o último caso, a deficiência na postulação técnica, produção de provas desnecessárias e interposição de recursos com intuito protelatório.

Por certo, o volume de demandas produz efeitos devastadores no processamento dos casos no interior do sistema relacionados ao gerenciamento, falta de uniformização no entendimento dos Tribunais, carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos, problemas de organização judiciária, conduta dos procuradores das partes, dentre outros fatores que também contribuem para a morosidade processual.

1.3.3. Perfil das demandas repetitivas

Embora o Relatório da Justiça em Números 2014 afirme, de forma categórica, que não foi possível avaliar “o perfil de quem litiga⁴⁶” e, conseqüentemente, quais seriam

⁴⁶ “Avanços também serão alcançados no entendimento da litigiosidade no Brasil, pois hoje, dos cerca de 95 milhões de processos em tramitação, ainda não é possível avaliar de que forma estão distribuídos, qual é o

as estratégias mais eficientes para lidar com tantos litígios, restou claro que a maior taxa de congestionamento decorre, hoje, das execuções fiscais.

Considerando as informações coletadas no universo de decisões estudadas pelas pesquisadoras Daniela Gabbay e Luciana Gross⁴⁷, verifica-se que entre os assuntos e teses abordados com maior frequência encontra-se o Direito do Consumidor, nos Tribunais Estaduais. Já no âmbito federal, predominaram as questões de direito previdenciário. Merecem destaque ainda, as demandas relacionadas a matérias de Direito Administrativo e de Direito Público nos Tribunais estaduais, e as demandas tributárias no âmbito federal.

1.3.4. Autores e réus das demandas repetitivas

Em março de 2011, o Conselho Nacional de Justiça publicou o relatório “100 Maiores Litigantes,”⁴⁸ como resultado de um levantamento realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), a partir dos dados coletados pelos próprios Tribunais estaduais, regionais federais e do trabalho.

Esse ranking nacional levou em consideração apenas pessoas jurídicas e/ou entidades e não pretendeu distinguir entre demandantes e demandados.

perfil de quem litiga e, conseqüentemente, quais seriam as estratégias mais eficientes para lidar com tantos litígios.” Relatório da Justiça em Números 2014 (ano-base 2013). Site: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/Resumo_Justica_em_Numeros_2014_ano-base_2013.pdf . Acesso em 21.12.2014>, p. 16.

⁴⁷ Através de mapeamento jurisprudencial realizado a partir de dois critérios de busca: (i) palavra-chave: 285-A; e (ii) temporal: no TRF3, de fevereiro de 2007 a fevereiro de 2010; no TJRS, foram pesquisadas as decisões proferidas de 1º a 31 de outubro de 2009; e no TJSP, as decisões proferidas de 1º a 30 de maio de 2008, o grupo de pesquisa considerou 226 decisões, sendo que 79 foram proferidas pelo TJSP, 96 pelo TJRS e 51 pelo TRF da 3ª região. Com base no universo das decisões estudadas, apresentou-se uma classificação das demandas mais frequentes, utilizando-se a mesma codificação de assuntos adotados pelo Sistema de Gestão das Tabelas Processuais Unificadas, disponível no site do CNJ (<http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_assuntos.php>), bem como a classificação da natureza das demandas, que correspondem ao grupo de assuntos também utilizados pelo mesmo sistema de gestão (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.) *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica, p.41-52).

⁴⁸ Disponível em <www.cnj.jus.br/images/pesquisas.../pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 16.05.2013.

O setor público, os bancos e telefonia são os setores que lideraram a lista dos maiores litigantes. Na verdade, o setor público (Federal, Estadual e Municipal), bancos e telefonia, juntos, representaram 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) responde por mais de um quinto dos processos dos 100 maiores litigantes nacionais, sendo considerado o maior litigante junto aos Tribunais de Justiça Federal. E o setor bancário, por sua vez, assume o papel de maior litigante na esfera estadual.

Assim, e não se pode deixar de constatar, existe, por certo, um total desequilíbrio na estrutura judiciária, pois aqueles que mais a movimentam, são aqueles que não pagam por suas despesas⁴⁹.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover, se “a grande vilã da proliferação dos processos repetitivos é a Administração Pública, direta e indireta,”⁵⁰ o que justificaria a isenção ao pagamento de taxas judiciárias concedidas?

Não há como negar que a opção política de isentar a Administração Pública direta e indireta do pagamento de taxas judiciárias, produz relevantes impactos na estrutura. O acesso indiscriminado à Justiça sem a correspondente contrapartida em recursos financeiros que suportem a onerosidade de tal prestação se apresenta como medida que não mais se justifica, e gera, como efeito colateral, a sobrecarga do sistema, o

⁴⁹ Art. 6º da Lei Estadual de São Paulo n. 11.608, de 29.12.2003: “A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária”. Conforme dados do CNJ, a taxa de congestionamento da Justiça Estadual aumentou e tal incremento se deve ao congestionamento dos processos de execução de título executivo extrajudicial fiscal passou de 86% em 2009, para 90% em 2013. Esses processos representam 37% do total estão em tramitação na Justiça Estadual, sendo que de cada 100 processos que entraram na Justiça Estadual em 2013, 16 eram relativos às execuções fiscais, enquanto que de cada 100 processos baixados, 45 eram de execução fiscal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/glossario_JN_2014.pdf>, com acesso em 28.9.2014, p.62.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In _____. *Processo civil novas tendências* - homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.2.

qual, despido de infraestrutura, outra consequência não haverá de suportar, a não ser a ineficiência.⁵¹

1.4. DISTINÇÕES ENTRE AS DEMANDAS INDIVIDUAIS, REPETITIVAS E COLETIVAS

Antes que se possa pensar em destacar as distinções entre as demandas individuais, repetitivas e coletivas, cumpre consignar que os interesses que superam a esfera individual sempre existiram,⁵² porque decorrem da própria vida em sociedade e das relações nela concebidas, de modo que “pensar e agir coletivamente é passar a agir inteligentemente, porque a reunião dos esforços individuais é o instrumento mais eficaz para a consecução do fim comum.”⁵³

A relevância do grupo é justamente a de buscar viabilizar a obtenção de benefícios e a resolução dos problemas de forma mais célere e eficiente, esperando-se como resultado o tratamento isonômico para aqueles que se encontrem sob o mesmo contexto litigioso e que poderão ser afetados pelo julgamento decorrente de uma demanda coletiva ou repetitiva.

Tradicionalmente, verifica-se que, salvo hipóteses excepcionais previstas em lei, o nosso sistema foi pensado para autorizar somente o titular do direito subjetivo a postular

⁵¹ Neste ponto, J. E. Carreira Alvim se manifesta destacando que, além de serem os maiores litigantes, a postura dos entes da Administração Pública pode também incentivar a propositura de demandas repetitivas: “as demandas repetitivas são, geralmente, as ajuizadas contra os entes da Administração federal, direta (União, Estados e Municípios) e entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), que, sempre primaram por usar a justiça como anteparo da sua irresponsabilidade, empurrando o direito dos administrados com a barriga, na medida em que nada resolve em sede administrativa, impondo-lhes se socorrer da via judiciária, onde os pagamentos são feitos também em moldes homeopáticos, mediante o malsinado precatório judicial” (ALVIM, J. E. Carreira. *Manual do novo código de processo civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p.140, vol.5).

⁵² Vale destacar que o antecedente remoto da tutela judicial dos interesses coletivos pode ser identificado na ação popular romana. André Vasconcelos Roque elabora relevantes e precisas observações sobre esse registro histórico em: ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da ‘actio popularis’ romana às ‘class actions’ norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 188, p.101-146, out.2010. Segundo Stephen Yeazell, o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199 na Inglaterra, país apontado como berço dos litígios coletivos (YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, p. 43, vol. 4).

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.55.

a proteção de direitos via tutela jurisdicional (art.6º do CPC), a operar a coisa julgada efeitos somente entre as partes que litigaram em juízo.

Todavia, e com o desenvolvimento e a evolução da sociedade moderna, surgem os novos interesses, muitos deles sem proteção direta no ordenamento jurídico, ou seja, interesses que embora trouxessem alguns efeitos para o mundo jurídico, não consubstanciavam direitos.

Sob um ranço individualista, pareceria correto, então, o entendimento de que a terminologia direito só poderia ser utilizada nas hipóteses onde se verificasse a proteção judicial de um interesse e o titular desse interesse (juridicamente protegido) fosse um sujeito determinado, ou, na terminologia adotada pela doutrina clássica, o próprio indivíduo.⁵⁴

Nesse sentido, o estudo dos interesses transindividuais,⁵⁵ transcendentais da esfera individual, conduziria a uma primeira (mas não definitiva) conclusão, no sentido de ser incorreta a atribuição do *status* de direitos a tais interesses. Isso porque, tratar-se ia da proteção de interesses marcadamente indeterminados e não individualizados.⁵⁶

De fato, tais interesses transcendiam o âmbito individual para pertencer a toda uma coletividade, não podendo ser decompostos, razão pela qual receberam o nome de interesses transindividuais, ou “interesses essencialmente coletivos.”⁵⁷

⁵⁴ Nesse sentido, Kazuo Watanabe destaca que “a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável” impediu (por muito tempo) que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Concluindo que: “Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica”. (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.718-719).

⁵⁵ Distinção entre interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, ler, entre todos, COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 44-77.

⁵⁶ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.48.

⁵⁷ Barbosa Moreira destaca que: “o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente,

A lesão a direito que afetava a um, afetava, por conseguinte, a todos, eis que indissociável a titularidade do direito. Tais lesões em massa originavam “megaconflitos”, que não cabiam no processo individualista, uma vez que se mostrava inviável a formação de um litisconsórcio de tal magnitude,⁵⁸ com a presença de todos imbricados no litígio, de modo que a solução encontrada foi justamente substituir a multidão por alguém que a representasse.

Assim, por meio de um único processo seria possível a tutela de todos os direitos, ou melhor, de um direito que era único, mas de todos. Mas daí, quando o direito pertencesse simultaneamente a toda a coletividade, cada um poderia, então, ajuizar a ação própria? Sendo único e indivisível o direito, a propositura de múltiplas ações não poderia gerar o risco de prolação de decisões antagônicas a seu respeito?

Em outras palavras, de um mesmo fato lesivo havia a possibilidade de que fossem originadas tantas ações quantos fossem os titulares do direito, ações estas essencialmente coletivas, inobstante ajuizadas individualmente?⁵⁹

Neste contexto, as regras processuais previstas no Código de Processo Civil destinando-se a regular o processo individual, revelaram-se inadequadas, não atendendo ao objeto e às finalidades dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para que houvesse um processo adequado a tais direitos, foram editados diplomas

onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.(MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, n.37, p.57, jul./set. 1985).

⁵⁸ As questões referentes ao processamento dos conflitos de massa ainda não se apresentavam à época da concepção do Código de Processo Civil de 1973, fazendo-se perceber apenas a partir da década de 1990. Tanto é assim que a limitação ao litisconsórcio facultativo multitudinário, contida no parágrafo único do art. 46, só foi inserida no Código com o advento da Lei 8.952, em 1994.

⁵⁹ Está aqui a se referir às chamadas ações pseudoindividuais, ações coletivas ajuizadas por indivíduos referentes a uma pretensão idêntica a uma grande quantidade de pessoas. A decisão que se venha a prolar em tais ações afetará, necessária e uniformemente, a todos os demais titulares do direito, pois é ele, por essência, coletivo: não sendo admissível, destarte, a tutela fracionada a seu respeito. É como se a ação ajuizada por um tivesse sido ajuizada por todos. Aquele que está em juízo, mesmo sem saber, substitui, com sua atuação, todos os demais titulares do direito. Os efeitos desta decisão, por conseguinte, a depender do resultado do processo, irão forçosamente expandir-se, espraiar-se para fora da relação processual, atingindo a terceiros, pessoas alheias ao processo, as quais comungavam a mesma pretensão de direito material do autor, mas que simplesmente não tomaram a iniciativa de deflagrar a tutela jurisdicional. Sobre o tema, GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.156-160.

legislativos que passaram a disciplinar os mecanismos de tutela coletiva.

A ação popular, ao definir o conceito de “patrimônio público” como os bens do Estado de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico (art. 1º, §1º da Lei nº. 4.717/65), foi o primeiro instrumento a permitir a proteção de parte desses direitos.

Os demais procedimentos que vieram, posteriormente, a completar o conjunto de técnicas processuais para tutela coletiva de direitos, surgiram através de leis extravagantes e dispersas, como a Lei 7.347/1985, que instituiu e regulou o procedimento da ação civil pública (LACP); a própria Constituição Federal de 1988, que introduziu no ordenamento o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, enfim, a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que ampliou as espécies de direitos coletivos *latu sensu* tuteláveis através da própria ação civil pública.

Assim, ao definir e prever a tutela dos interesses da coletividade, consolidando-se a divisão de interesses coletivos nas categorias de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, o legislador os transformou em direitos, não apenas para tutelar o que antes não era tutelado (essencialmente coletivos), mas também por medida de economia processual (acidentalmente coletivos).

Pode-se, portanto, classificar a tutela coletiva em duas espécies de litígios: a) os essencialmente coletivos,⁶⁰ que concernem aos interesses ou direitos difusos e os coletivos

⁶⁰ Expressão consagrada por José Carlos Barbosa Moreira: “do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei de essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste essa consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação de paisagem. É impensável que a solução, seja ela qual for, aproveite alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica.” (Ações coletivas da

stricto sensu, definidos nos incisos I e II, do parágrafo único do art.81 do CDC, respectivamente; e b) os acidentalmente coletivos, de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os individuais homogêneos, definidos no inciso III, do parágrafo único do art.81 do CDC.

Difusos são interesses que decorrem de uma situação de fato e que se referem a uma quantidade indeterminada de pessoas. São indivisíveis e insuscetíveis de apropriação exclusiva. Rodolfo de Camargo Mancuso⁶¹ arrola quatro características típicas dos interesses difusos: i) a indeterminação dos sujeitos, pois não há um vínculo jurídico que os agregue, mas estão aglutinados ocasionalmente; ii) a insuscetibilidade de divisão ou atribuição a pessoas determinadas; iii) a intensa litigiosidade interna porque envolvem entrechoques entre massas de interesses, não raro caracterizando verdadeiras escolhas políticas; e iv) duração efêmera e contingencial, pois se referem a situações de fato, que podem ser alteradas a qualquer momento.

Os interesses coletivos *stricto sensu*, por seu turno, referem-se a grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico. São, portanto, também indivisíveis e impossíveis de fruição individual por um membro do grupo. Com efeito, os interesses coletivos são menos dispersos e fluidos que os interesses difusos. Eles se referem a grupos específicos e seus beneficiários continuam, entretanto, indeterminados, porém determináveis em função do vínculo jurídico que os une. O interesse não pertence individualmente a ninguém, mas sua satisfação interessa a todos e sua lesão atinge a todos indistintamente.

Neste ponto, cumpre destacar que eventual repetição de processos coletivos que versem sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* (indivisíveis por natureza) não poderá configurar, propriamente, uma demanda repetitiva, pois como o provimento judicial não poderá se decompor, nem conviver com outro que seja inconciliável, configura-se aqui a litispendência ou conexão entre essas demandas coletivas.

Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.61, p.188, jan/mar.1991).

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.173-175.

Com efeito, as demandas que poderão dar ensejo à repetição de processos, serão aquelas relacionadas aos direitos individuais homogêneos, que admitem fruição fracionada.

Os processos que versam sobre os conflitos repetitivos lidam com elementos objetivos (causa de pedir e pedido) que se assemelham, mas não chegam a se identificar, daí a afirmação de apenas terem afinidade. Cite-se, como exemplo, os processos em que diversos correntistas buscam a certificação judicial de que a cobrança de certa tarifa bancária é indevida. Não se trata, portanto, da mesma causa de pedir (ex. do mesmo contrato), nem de um só pedido (ex. a devolução em dobro do mesmo valor).

De fato, verifica-se que não lhes é comum o objeto, nem a causa de pedir, pois, do contrário, configurar-se-ia a conexão, nos termos do art. 103 do CPC

As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta.⁶² Utilizando-se do mesmo exemplo, em que pese sejam contratos semelhantes (até porque podem ser contratos por adesão, contendo obrigações análogas), não se trata do mesmo contrato, isto é, de um só vínculo.

O que importa para caracterizar uma demanda repetitiva não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a afinidade entre situações jurídicas homogêneas. Além disso, a litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo.

Na definição de Antonio Adonias Aguiar Bastos: “cuida-se de demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão”. E conclui: “do ponto de vista de cada relação concreta, comparando-a com as outras do mesmo tipo, não há mais do que mera afinidade.”⁶³

⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.173-175.

⁶³ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.186, p. 90 e 91, ago.2010.

A identificação do elemento subjetivo (partes) de cada demanda não é relevante para a formação da tese jurisdicional que se aplicará ao caso-padrão. No exemplo em que os correntistas bancários postulam, em diferentes processos, a certificação da ilicitude da cobrança de certa tarifa bancária, a resposta judicial modelo será produzida de maneira indistinta para todos eles, não importando a individualização de um determinado consumidor ou de uma certa instituição financeira neste ou naquele feito.

A particularização será importante para outras finalidades, a exemplo da intervenção no processamento de recursos repetitivos, quando o tribunal escolhe o recurso de outros litigantes como paradigma para o julgamento das causas homogêneas, admitindo a participação dos sujeitos que possuem recursos semelhantes aos que serão apreciadas, a teor do art. 543-C, § 4.º, do CPC e para a incidência dos efeitos subjetivos da coisa julgada em cada processo repetitivo que seja julgado em bloco.⁶⁴

Ademais, o processamento de algumas causas semelhantes não desafia, de maneira significativa, a capacidade da estrutura judicial, nem os valores jurídicos fundamentais (como o acesso à justiça, a igualdade, a celeridade e a segurança jurídica), enquanto elas estiverem diluídas em pequeno volume nos órgãos judiciais.

Portanto, e para a distinção entre as demandas individuais, coletivas e repetitivas, cumpre destacar que as demandas repetitivas poderão se referir à tutela de um direito individual ou coletivo (individual homogêneo), observando os seguintes critérios: (i) identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, e (ii) associação à repetição em larga escala.

Além disso, as demandas individuais têm suas regras contidas no Código de Processo Civil, ao passo que as demandas coletivas, no microssistema processual coletivo (LACP+CDC) e nos demais diplomas legais, concebendo-se para as demandas repetitivas tratamento não através de um regime processual próprio, mas por meio de mecanismos processuais como o julgamento dos recursos repetitivos e o procedimento incidental do

⁶⁴ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.186, p. 90 e 92, ago.2010.

IRDR regulamentado pelos arts. 973 a 984 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.⁶⁵

1.5. DEMANDAS REPETITIVAS E MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

É certo que o tempo é um elemento ínsito ao processo, na medida em que algum tempo é preciso para que o conflito de pretensões se delineie perante o juiz, com a apresentação da demanda pelo autor e de resistência pelo réu.

A afirmação principiológica que a Emenda n.45 fez ao introduzir no art.5º da Constituição, o inciso LXXVIII, que assegura a duração razoável do processo e os mecanismos que garantam a celeridade de sua tramitação, tem por objetivo combater apenas a demora injustificada do processo, a morosidade da Justiça.

A celeridade que se pretende não é sinônimo de rapidez, porque o *iter* de produção do *decisum* demanda tempo.⁶⁶

Como ressaltou Barbosa Moreira:

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.⁶⁷

⁶⁵ Leonardo Carneiro da Cunha defende que já existe no ordenamento jurídico brasileiro, um regime processual próprio para as causas repetitivas, sendo relevante sistematizar as regras que formam tal regime. Destacando-se entre elas: a súmula vinculante, o julgamento imediato de improcedência (art. 285-A do CPC), o pedido de uniformização da interpretação da Lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, o Incidente de uniformização de jurisprudência, a Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (art. 4.º, § 8.º, da Lei 8.437/1992; art. 15, § 5.º, da Lei 12.016/2009 (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, jan.2010, p. 149 e ss).

⁶⁶ O conflito de pretensões se delineia perante o juiz com a apresentação da demanda pelo autor e de resistência pelo réu. Havendo dúvida sobre fato relevante para a solução do conflito, é preciso que a seu respeito sejam produzidas provas, e proferida decisão no curso do processo, mais algum tempo será necessário até que a parte manifeste sua irrisignação e o órgão jurisdicional se pronuncie.

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, p. 232, abr.-jun. 2001.

Com isso, retomam-se todas as advertências constantes em declarações universais dos direitos do homem⁶⁸, no sentido de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.⁶⁹

Aliás, percebe-se que não à toa, a própria garantia traz em si a noção do *razoável*. Trata-se, portanto, de garantia sujeita todo o tempo a exercício ponderativo pelo juiz, em face da coexistência de outras garantias também fundamentais do processo.⁷⁰

De fato, o Código de Processo Civil impõe ao juiz, no artigo 125, inciso II, o dever de imprimir celeridade ao procedimento, o que consistiria em exigir pontualidade aos auxiliares da Justiça (arts.193 e 194 do CPC), cobrar os autos dos advogados quando atrasarem a devolução (art.195 do CPC), bem como ser pontual o próprio juiz ao despachar (art.189 do CPC) e em designar audiências para data tão próxima quanto possível, evitar atos desnecessários.⁷¹

⁶⁸ Frise-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948 nada estabeleceu quanto à razoável duração do processo. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem subscrita em 4 de novembro de 1950 teria sido o primeiro instrumento a tratar da duração razoável do processo, *in verbis*: “Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)”. Disponível no site da Organización de Los Estados Americano com acesso em 16.05.2013: <www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em 22 de novembro de 1969 e que foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 dispôs em seu art. 8º (Garantias judiciais) §1. “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>, com acesso em 16.05.2013.

⁶⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, ouvida em março de 1921 na sessão solene da formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. Texto localizado no site da Academia Brasileira de Letras, <www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=191&sid=146>, acesso em 15.05.2013.

⁷⁰ Cite-se o exemplo da Inglaterra, onde a morosidade da justiça também é um problema. Ocorreram inúmeras mudanças em prol da celeridade, em especial, à responsabilização do Estado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Passou-se a entender que fatores como excesso de trabalho das cortes e escassez de recursos não são justificativas para atrasos nos julgamentos, porque o Estado tem o dever de organizar o seu sistema legal para permitir às cortes cumprir o determinado no artigo 6º, §1º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, que prevê o direito de todo o cidadão ter sua causa apreciada pelo poder judiciário em tempo razoável. (BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.455).

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 235, v. II.

As partes também devem colaborar com a celeridade processual, sob pena de serem sancionadas na hipótese de opor resistência injustificada ao andamento do processo (art.17, inciso IV do CPC).

Nas lições de Taruffo,⁷² podemos perceber pelo menos duas perspectivas que podem traduzir a eficiência no sistema processual. A primeira, quantitativa, se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, no qual quanto mais barata e rápida a resolução de conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa), seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, democráticas para a aplicação do direito. Ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, que podem e comumente são vistas como contraditórias, uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas ou incorretas, ao passo que para buscar uma decisão “justa” (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos do processo.

Infelizmente, verifica-se que o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”.

Chegou-se ao ponto do Conselho Nacional de Justiça, criar metas de produtividade (a Meta 2, por exemplo)⁷³ e colocar em seu site um “processômetro” com o índice de produtividade dos tribunais brasileiros.

⁷² TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008, p.185 e ss.

⁷³ As metas de nivelamento do Poder Judiciário foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009. Ao final do Encontro, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Judiciário no ano de 2009. O grande destaque foi a Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005. Com a Meta 2, o Poder Judiciário buscou alinhamento com o direito constitucional da duração razoável do processo. Foi o início da iniciativa do Poder Judiciário para

Como dados de realidade, verifica-se latente a preocupação com a eficiência (quantitativa) e a celeridade, ao se levar em consideração que das 19 metas criadas pelo CNJ para o Poder Judiciário em 2013,⁷⁴ pelo menos 5 (cinco) delas impõem um percentual a ser atingido relativamente aos julgamentos de processos.

acabar com o estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais. Também foram definidas outras metas importantes para organizar o trabalho nas varas de Justiça, informatizar o Judiciário e proporcionar mais transparência à sociedade. Algumas destas metas foram cumpridas quase que totalmente, mas apesar do esforço dos tribunais, algumas ficaram distantes do ideal, como a meta 2, cumprida em 60,7%. Para auxiliar os tribunais, o CNJ traçou um plano de ação para as metas não cumpridas, que continuaram a ser acompanhadas no ano seguinte. No 3º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu na cidade de São Paulo, em 2010, foram definidas novas metas para aquele ano. As prioridades estabelecidas no ano anterior, como a agilidade e eficiência da Justiça, continuaram em foco, e os desafios traçados foram ainda maiores. A meta 2, por exemplo, passou a abranger o ano de 2006. Ou seja, os tribunais deveriam dar conta de julgar todos os processos distribuídos até 31/12/2006. A meta 1 também garantiu mais agilidade à tramitação dos processos, determinando o julgamento de uma quantidade de processos maior do que o número que entrou na Justiça em 2010. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 15.05.2013.

⁷⁴ Metas Nacionais do Poder Judiciário – 2013

Meta 1 – Todos os segmentos de justiça: Julgar mais processos de conhecimento do que os distribuídos em 2013.

Meta 2 – Todos os segmentos de justiça: Julgar, até 31/12/2013 pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2008 no STJ; 70%, em 2010 na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais e no 2º Grau da Justiça Estadual.

Meta 3 – Justiça Militar Estadual: Julgar 90% dos recursos cíveis e criminais em até 120 dias.

Meta 4 – Justiça Militar Estadual: Implantar o processo judicial eletrônico em 25% das unidades judiciárias.

Meta 5 – Justiça Federal: Designar audiências e realizar demais atividades de conciliação adequadas à solução de conflitos em número maior do que o ano de 2012

Meta 6 – Justiça Federal: Implementar gestão por processos de trabalho (gerenciamento de rotinas) em 100% das turmas recursais.

Meta 7 – Justiça Eleitoral: Modelar pelo menos 5 processos de trabalho das unidades judiciárias de 1º Grau da Justiça Eleitoral.

Meta 8 – Justiça Eleitoral: Implantar e divulgar a "Carta de Serviços" do 2º Grau da Justiça Eleitoral.

Meta 9 – Justiça do Trabalho: Implementar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA) em, pelo menos, 65% das unidades judiciárias e administrativas.

Meta 10 - Justiça do Trabalho: Realizar adequação ergonômica em 20% das unidades judiciárias de 1º e 2º Grau.

Meta 11 – Justiça do Trabalho: Capacitar, com duração mínima de 20 horas, 50% dos magistrados e 50% dos servidores na utilização do Processo Judicial Eletrônico (PJe) e em gestão estratégica.

Meta 12 – Justiça do Trabalho: Implantar o Processo Judicial Eletrônico (PJe) em pelo menos 40% das Varas do Trabalho de cada tribunal.

Meta 13 – Justiça do Trabalho: Aumentar em 15% o quantitativo de execuções encerradas em relação a 2011.

Meta 14 – Justiça do Trabalho: Executar, até setembro de 2013 pelo menos 65% do orçamento anual disponível, excluídas as despesas com pessoal.

Meta 15 – Justiça Militar da União: Desenvolver versão teste de sistema de gestão eletrônica Administrativa e Judicial.

Meta 16 – Todos os segmentos: Fortalecer a unidade de controle interno no Tribunal.

Meta 17 – Todos os segmentos: Desenvolver, nacionalmente, sistemas efetivos de licitação e contratos.

Meta 18 – Justiça Federal e Estadual e Superior Tribunal de Justiça: Identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011.

Como se verifica, a latente preocupação com a morosidade da máquina judiciária, contribuiu para o diagnóstico de que as demandas individuais e coletivas, passaram a conviver com as demandas repetitivas, e com elas a dividir os mesmos instrumentos processuais, adaptando-os diante da ausência de um microsistema processual próprio.

Diante do volume invencível de processos e da predisposição litigiosa das partes que ajuizaram a ação acreditando que a sentença lhes trará benefício maior do que um acordo pré-processual com o oponente, a tentativa de conciliação judicial acaba transformando-se numa atividade burocrática só realizada para cumprir a lei, sem uma dedicação ou resultado efetivos.

1.6. ANÁLISE DOS MALEFÍCIOS CAUSADOS PELO INADEQUADO TRATAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

A explosão de demandas repetitivas que assolam o Poder Judiciário pode ensejar duas leituras distintas, só aparentemente contraditórias.

De um viés positivo, demonstra a confiança dos cidadãos na Justiça como instituição pacificadora dos conflitos sociais. De um viés negativo, o grande volume de processos ameaça o eficaz funcionamento da Justiça e pode levar, à perigosa desconfiança em relação ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao Estado de Direito.⁷⁵

Não há como negar que a constatação de que os direitos individuais homogêneos que decorrem de origem comum, pulverizados por inúmeras ações, por todo o território nacional, favorecem a dispersão da interpretação das normas.

Meta 19 – Justiça Federal, Estadual e Eleitoral: Realização de parcerias entre o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Federais, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais de Contas, para aperfeiçoamento e alimentação do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013>>. Acesso em 15.05.2013.

⁷⁵ PELUSO, Cezar. Mediação e Conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.30, jul.2011.

E o verdadeiro problema da divergência jurisprudencial reside, como bem observou Rodolfo de Camargo Mancuso, “no crescimento desmesurado, despropositado e incontrolado dessa divergência mesma, passando pela questão de sua incidência em situações em que o dissídio não se justifica ou se revela socialmente perigoso.”⁷⁶

Como sustentar ser adequada, diante dos princípios constitucionais e dos ideais do direito, uma decisão que determina ao segurado do INSS a devolução dos valores recebidos em virtude de decisão antecipatória da tutela cassada, com inafastável desconto em folha de pagamento, se inúmeros outros segurados do mesmo INSS, em virtude de decisões também antecipatórias, não tiverem que devolver os valores provisoriamente recebidos?

Nas palavras de Kazuo Watanabe, “para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça.”⁷⁷

Se por si só, os conflitos de massa já constituem fator de perturbação social, situação ainda pior se instauraria se, sobrevierem e se perpetuarem decisões divergentes, nas múltiplas ações ajuizadas.

De fato, existem algumas deficiências no sistema processual brasileiro, e a manutenção tal como está, permite a existência de demandas individuais quando estas deveriam ser tratadas por meio de processo coletivo, autorizando sejam proferidas decisões conflitantes sobre um mesmo tema, o que certamente trará insegurança jurídica aos jurisdicionados, pois para casos praticamente idênticos, há decisões conflitantes.⁷⁸

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

⁷⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

⁷⁸ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso: “A divergência jurisprudencial verificada nos conflitos de massa traz perplexidade para as coletividades concernentes, acarreta insegurança nas relações negociais, além de sobrecarregar os Tribunais com reiterativos recursos, que, em sua larga maioria, são manejados pelo próprio Poder Público, cliente habitual do Judiciário.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev., e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.178).

Além disso, não necessariamente a decisão proferida na ação coletiva irá afetar a esfera jurídica de todos os titulares do direito individual homogêneo. A extensão dependerá de dois fatores, o primeiro, que o autor individual haja requerido a suspensão do seu processo e o segundo, que esta decisão coletiva lhe seja favorável (*secundum eventum litis e in utilibus*).

Para minimizar a possibilidade de haver decisões diferentes, divergentes ou até mesmo opostas, quanto a direitos fundados em fatos com a mesma origem, em um mesmo momento histórico, já que atualmente o sistema autoriza a sua propositura individual, devemos nos voltar às técnicas destinadas a uniformizar a interpretação dos órgãos judicantes.

Os conflitos de massa podem apresentar pretensões resistidas das mais variadas matérias: relações de consumo, direitos de servidores públicos, de pensionistas, direitos sociais garantidos pela Constituição Federal, revisão de cláusulas de contratos bancários que fixam juros moratórios, correção de saldos de cadernetas de poupança decorrente dos planos econômicos, juros de mora quanto ao período compreendido entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento de requisição de pequeno valor, entre outros.

Com efeito, identifica-se que tais conflitos são apresentados ao Poder Judiciário e decorrem, em sua maioria, de pretensões deduzidas individualmente, a despeito de alguns se referirem ao reconhecimento de direitos sociais (especialmente ligados à saúde e educação).

Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, correspondem a prestações positivas que devam ser realizadas pelo Poder Público, e não podem dispensar o princípio da isonomia.⁷⁹

Tais pretensões, envolvem temas relacionados à concretização (ou melhor, ausência ou à insuficiência de concretização) de políticas públicas, e ao serem apreciadas

⁷⁹ CIMARDI, Claudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme como elemento estruturante do sistema jurídico brasileiro*. Tese de doutorado. Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 250.

pelo Poder Judiciário, que determina a prestação de tais serviços e os reconhece como direitos sociais, provoca discussões quando ao eventual desrespeito à universalização desses direitos (porque conferidos somente àquele que obteve a tutela jurisdicional favorável) e à separação dos Poderes (porque o Judiciário estaria se imiscuindo nas atividades do Executivo).

Espalhados por todo o território nacional, nos dois graus de jurisdição ordinária de todos os Estados, esse litígios, em determinado momento, desembocam nos Tribunais Superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que tem sido instado a proferir decisões que, em maior ou menor grau, têm alcance político.

A ausência ou a falha na realização de prestações voltadas à atenção dos direitos sociais provocam conflitos de massa, que resultam em uma enxurrada de processos a serem solucionados pelo Poder Judiciário. A atividade jurisdicional com tais contornos recebeu a denominação, pela doutrina, de *judicialização*.⁸⁰

Quando esse fenômeno se intensifica, passa, então, o Poder Judiciário, a se imiscuir nas funções dos outros Poderes, o que é denominado pela doutrina como *ativismo judicial*.⁸¹

⁸⁰ Segundo refere Luis Roberto Barroso, “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas, algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 14.11.2014, p. 3).

⁸¹ O ativismo judicial, é outro fenômeno que, por sua vez, está associado a “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 14.11.2014, p. 6).

Portanto, ao decidir inúmeros conflitos de massa voltados à realização de direitos sociais não efetivados, ou insuficientemente efetivados, pelo Poder Público, o Poder Judiciário acaba por substituir-se à atividade típica da administração Pública.

Em razão disso, independente de serem “bons” ou “ruins” esse fenômenos, as decisões judiciais que, em ações individuais ou ações coletivas, culminam direta ou indiretamente na concretização, complementação ou alteração de políticas públicas devem ser uniformizadas, para que sejam observados os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Assim, a técnica adequada para uniformizar as decisões proferidas nos conflitos de massa deve considerar o dado quantitativo expressivo que representam no cenário de litigiosidade nacional, bem como deve zelar pela preservação do princípio da igualdade, ante a origem comum de tais pretensões.

Com a adoção de padronização decisória acredita-se que se poderá atingir a expectativa de trazer maior segurança jurídica ao cenário dos conflitos de massa, porque além de evitar decisões antagônicas para pessoas que se encontram em uma mesma situação jurídica, passará a existir uma harmonização de julgados que permitirá às partes deixar o paradigma de arriscar uma vitória com base no atual contexto de uma jurisprudência volátil e instável, por vezes, considerada lotérica.⁸²

⁸² CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 786, p.108-128, abr. 2001.

II. MOLECULARIZAÇÃO DE PRETENSÕES REPETITIVAS POR MEIO DO PROCESSO COLETIVO

A partir do novo paradigma do acesso coletivo à Justiça, o Poder Judiciário foi submetido a uma multiplicação absurda de processos, colocando em dúvida a sua capacidade de concretizar adequadamente os ideais previstos na Constituição Federal de 1988.

Com o objetivo de suprir essa deficiência, foi editado em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, que, juntamente com a Lei de Ação Civil Pública, criou um microsistema processual coletivo brasileiro, aplicável a todas as ações coletivas existentes no Brasil.

Além disso, e à semelhança das *class actions for damages* do direito norte-americano, o Código de Defesa do Consumidor também definiu a possibilidade de tutela coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos, autorizando o tratamento coletivo à reparação dos danos pessoalmente sofridos.

Portanto, é certo que se buscou inicialmente superar a crise numérica de processos, que aumentavam exponencialmente, através da ampliação e do fortalecimento da tutela jurisdicional coletiva.

Assim como a classificação dos interesses ou direitos⁸³ transindividuais, mediante fixação das suas categorias e subcategorias, é matéria controvertida na doutrina, prevalecendo que os interesses transindividuais devem ser autonomamente considerados,

⁸³ O legislador expressamente estabeleceu no art. 81 do CDC, que a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores será exercida quando se tratar de interesses ou direitos: difusos, coletivos e individuais homogêneos, utilizando-se, portanto, indistintamente, as duas terminologias (interesses ou direitos). Ao comentar o referido dispositivo, Kazuo Watanabe sustenta, que os termos interesse e direito foram utilizados como sinônimos, e portanto, *o interesse* desde que juridicamente protegido, assumiria o mesmo *status* de direito, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.500). Arruda Alvim, por sua vez, destaca que os vocábulos interesse e direito não são sinônimos, mas a utilização conjunta deve-se “à própria indeterminação conceitual nítida e, de outra parte, ao objetivo de que se aumente o rol dos bens juridicamente protegíveis”. Fossem sinônimos, o legislador não teria usado o disjuntivo “ou”, mas teria se expressado de outra forma (ARRUDA ALVIM, José Manuel de *et al. Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 364).

em categoria distinta dos interesses públicos e privados,⁸⁴ algo semelhante ocorre com a classificação dos próprios interesses coletivos.

Para fins da presente análise, adotaremos a seguinte classificação: i) vários sujeitos, cada um com suas necessidades, pretendem um só bem (indivisível), os direitos essencialmente coletivos; e ii) vários sujeitos, cada um com suas necessidades (mesma origem), pretendem vários bens (divisíveis), os direitos acidentalmente coletivos.⁸⁵

2.1. DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS: DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS *STRICTO SENSU*

O inciso I, do parágrafo único do art.81 do CDC estabeleceu a definição dos interesses ou direitos difusos, assim entendidos, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Por sua vez, o inciso II, do dispositivo mencionado, estatuiu que os interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

⁸⁴ Atualmente, é grande a discussão doutrinária em relação à conceituação e classificação dos bens e consequentes interesses:“(a) alguns admitem apenas a percepção de interesses públicos e privados (dicotomia pura); (b) evoluindo em um certo sentido, outros destacam a natureza transindividual (difusa) de alguns bens, não como categoria independente e autônoma, mas como espécie inserida dentro do gênero bem público (dicotomia mitigada); e (c) por fim, lembrando a sempre presente exposição de Cappelletti, outros preferem dizer que, entre o público e o privado, surge um grande abismo que, na sociedade moderna, industrial e totalmente transformada, passa a ser ocupado e preenchido pelos interesses metaindividuais, caracterizados pela transcendência sobre o indivíduo e por se alocarem entre o Estado (público) e o ente privado, atomisticamente considerado (tricotomia).” A última classificação foi incorporada no ordenamento jurídico pátrio por intermédio do art. 81 do CDC, parágrafo único, incisos I, II e III, o qual define como objeto de defesa coletiva, os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, alocando os interesses transindividuais, autonomamente considerados, em categoria distinta dos interesses públicos e privados. (LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.51).

⁸⁵ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.43.

Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são, portanto, denominados essencialmente coletivos porque têm em comum o traço da transindividualidade de seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto.

O legislador tinha a opção de definir os direitos coletivos a partir do seu aspecto objetivo (objeto) ou pelo seu aspecto subjetivo (sujeito), mas preferiu mesclar ambos os critérios.

O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito a transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim, a uma pluralidade de pessoas que poderão ser, conforme sejam os interesses e direitos difusos ou coletivos, respectivamente, indeterminadas ou determinadas,⁸⁶ bem como ligadas por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base.⁸⁷

Há, portanto, a identidade entre os direitos difusos e coletivos quanto à transindividualidade (aspecto subjetivo), distinguindo-se entre si, no que se refere à determinação de sujeitos e à natureza do vínculo ou relação entre os interessados.

A indeterminação de seus sujeitos⁸⁸ destaca-se como a marca fundamental dos interesses difusos, já que os titulares dos interesses coletivos e individuais homogêneos são perfeitamente identificados, ou ao menos, identificáveis.

⁸⁶ Como leciona José Carlos Barbosa Moreira, os interesses difusos não “pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação – cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições socioeconômicas, ou que se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de direito processual*- 3ª série, São Paulo, Saraiva, 1984, p.184).

⁸⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 214-215, vol. 4).

⁸⁸ Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, pois não há dúvidas de que existe uma limitação dos titulares de um interesse difuso, mas apenas que seja difícil ou irrazoável essa demarcação de limite. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados indeterminados. Junte-se a isso, a possibilidade da falta ou irrelevância de relação jurídica base, bastando apenas estarem “ligados por circunstâncias de fato”, tal como determina o CDC, justamente pelo grau de dispersão e indeterminabilidade de seus titulares, caracterizando-se pois, por um estado de fluidez completo, mutável e contemporâneo.

Além disso, a redação do inciso II (interesses coletivos) faz crer que o titular é um grupo, categoria ou classe de pessoas “ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.” Significa dizer que o grupo, a categoria ou a classe de pessoas estão ligados entre si (relação institucional como uma associação, um sindicato, uma federação etc.) ou, alternativamente, é possível que esse vínculo jurídico emane da própria relação jurídica existente com a parte contrária.⁸⁹

Por isso, a regra da coisa julgada prevista para os interesses coletivos não será *erga omnes* como ocorre com os interesses difusos (art.103, I, CDC), mas *ultra partes* (art.103, II, CDC) e limitada ao grupo, categoria ou classe, de modo que a coisa julgada neste caso não se aplica somente ao ente coletivo, impulsionador da demanda, mas àquelas pessoas que estejam a ele filiadas ou não; enfim, sejam titulares do objeto tutelado.

Forçoso concluir, então, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.

O segundo elemento, objetivo, é caracterizado pela indivisibilidade do objeto, hipótese em que haverá clara separação entre os interesses individuais homogêneos, de um lado, e os difusos e coletivos, de outro, considerando que só os primeiros mostram total divisibilidade.

Assim, enquanto o critério subjetivo foi usado para distinguir os direitos difusos e coletivos, o aspecto objeto – indivisibilidade do bem – foi determinante para colocá-los na vala comum dos direitos essencialmente coletivos.

Pelo critério objetivo, o legislador fez crer que a necessidade individual de cada um dos titulares é irrelevante na fruição e proteção do mesmo bem. Se o bem é indivisível,

(MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 224, vol.4).

⁸⁹ A utilização da expressão “parte contrária” pelo legislador não se deu por acaso, porque muitas vezes a relação-base terá sua gênese num ilícito transformado em lide. Enfim, o vínculo associativista não será preexistente à lide, mas existente na lide deduzida em juízo (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.47).

pode-se dizer que, independentemente do vínculo que possa existir entre os sujeitos titulares, o fato é que se esta situação for constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.⁹⁰

2.2. DIREITOS ACIDENTALMENTE COLETIVOS: DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos são acidentalmente coletivos porque ontologicamente, na sua raiz, não guardam uma natureza coletiva, mas apenas para fins de tratamento processual.⁹¹ Nada impede a demanda atomizada de cada qual dos titulares.⁹²

A rigor, a tutela coletiva de tais interesses não tem fundamento na indivisibilidade do bem protegido, mas em considerações de: (i) economia processual; (ii) tentativa de evitar decisões contraditórias; e (iii) acesso à justiça, uma vez que o dano social causado, somados todos os lesados, pode ser considerável e justificar a tutela pela via coletiva.

Com isso se quer dizer que apenas por ficção jurídica o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social, assumida a natureza indivisível do objeto, ou, a rigor, a multiplicidade de objetos, que pertencem a cada um dos interessados

⁹⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216, vol. 4.

⁹¹ O precursor da expressão "individuais homogêneos" foi Barbosa Moreira, ao fazer uma análise sobre a *class action for damages* do direito norte-americano referiu-se a estes direitos como feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. In _____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 10, nota 24, terceira série.)

⁹² "Os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. (...) Não se trata pois, de um nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art.46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua efetiva tutela em juízo. (...) Quando se fala, pois, em "defesa coletiva" ou em "tutela coletiva" de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa." (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35).

(indeterminados em um primeiro momento), fossem tais direitos tratados de modo coletivo, ou seja, permitindo que se lhes aplicassem também todas as regras de direito processual coletivo contidas no próprio CDC ou na LACP, seja para dar maior efetividade ao direito material invocado evitando-se decisões contraditórias, seja por economia processual.⁹³

O art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC, prevê que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos individualmente homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Não obstante eventual crítica quanto à inserção dos direitos individuais homogêneos como espécie de interesses coletivos, ressaltando Teori Albino Zavascki que “peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais”⁹⁴, trata-se da opção do legislador, que foi inclusive bastante “econômico” quanto à definição.

O interesse é dito homogêneo porque guarda relação de similitude, afinidade, ligação com outros direitos individuais. Nesse sentido, Teori Albino Zavascki:

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo-se uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular.⁹⁵

Assim, a homogeneidade deve ser então compreendida não como uma característica individual e intrínseca desses direitos subjetivos, mas sim uma qualidade que decorre da relação de cada um deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica. É a visão do conjunto desses direitos materiais, identificando pontos de

⁹³ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 50.

⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.146.

⁹⁵ *Idem, Ibidem*.

afinidades e de semelhanças entre eles, e conferindo-lhes “um agregado formal próprio”, que permite e recomenda a defesa conjunta de todos eles.⁹⁶

São características destes interesses: (i) serem a princípio indeterminados, porém determináveis os seus titulares; (ii) serem essencialmente individuais; (iii) verificar-se uma dimensão que justifique o tratamento coletivo e ao mesmo tempo desestime o tratamento via litisconsórcio⁹⁷; (iv) ser divisível o objeto tutelado e surgirem em virtude de origem comum (fato ou circunstância concreta, não havendo uma relação jurídica base definida de forma a entrelaçar os interessados), porque se a demanda proposta pretende discutir aspectos pessoais dos sujeitos (determinados ou determináveis), não estaremos diante de tutela coletiva preconizada pelo sistema processual coletivo, mas sim diante de uma demanda *pseudocoletiva*⁹⁸, e nenhuma vantagem advirá no tocante à economia processual, ainda que seja proposta por ente coletivo (num típico exemplo de substituição tradicional).

Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Trata-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (i) o relacionado a própria existência da obrigação (o *an debeat* = o ser devido); (ii) o que diz respeito à natureza da prestação devida (o *quid debeat* = o que é devido) e (iii) o

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.146.

⁹⁷ Nesse contexto, Ricardo de Barros Leonel arrola algumas das vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: “prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da atomização de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.110).

⁹⁸ O que se quer dizer no texto é que se, por exemplo, o sindicato ajuizar ação para dois mil trabalhadores, para que lhes sejam ressarcidos prejuízos individuais causados pela poluição sonora na fábrica, trazendo nesta demanda a situação pessoal de cada um, verifica-se que não há na hipótese uma genuína ação coletiva nos moldes do art.91 e s. do CDC, sendo típico caso de cúmulo simples de demandas, com o agravante de que, na hipótese versada, haverá comprometimento do contraditório e, muito embora não exista litisconsórcio, é possível que o juiz aplique a regra do art. 46, parágrafo único, para limitar o número de *substituídos* na referida demanda. Esta é uma ação *pseudocoletiva*. Seria coletiva, nos termos do CDC, caso fossem objeto de discussão apenas os aspectos comuns (como, por exemplo, a declaração de que a poluição é de responsabilidade da empresa, que deve reparar os danos causados pela mesma). (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas*: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.111 e ss.).

concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos) comuns a todos eles (o *quis debeat* = quem deve).⁹⁹

Portanto, não basta que o direito seja individual e homogêneo, mas é preciso que essa homogeneidade tenha uma dimensão tal que seja impossível ou inviável a determinação, num primeiro momento, das vítimas e sucessores. Do contrário, as regras de litisconsórcio sempre foram e são ainda bastantes para a tutela desta modalidade de direito, pois o que justifica o cúmulo subjetivo não é outra coisa senão traços de homogeneidade entre os direitos individuais dos titulares (identidade, conexidade e afinidade, tal como se vê do art.46, e incisos do CPC).

2.3. ÓBICES À EFICIÊNCIA DAS DEMANDAS COLETIVAS

No Brasil, vale lembrar, há um enorme rol de ações coletivas, destacando-se para os fins do presente trabalho, aquelas que admitem a defesa de direitos individuais homogêneos, como por exemplo, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e o *habeas data* coletivo.

Acontece que essas ações coletivas não têm conseguido resolver com eficácia todo esse volume frenético de processos individuais, que muitas vezes são propostos com a pretensão de discutir a mesma questão jurídica.

A realidade dos últimos anos corrobora essa percepção, pois embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionadas com as cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), lides que dizem respeito a tributos, como CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuição sociais sobre determinadas categorias, incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, em torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de

⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.146-147.

tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns exemplos.¹⁰⁰

Nesse contexto, apontaremos apenas algumas razões que podem justificar a ineficiência das ações coletivas no efetivo combate aos litígios de massa no Brasil, quais sejam:

- (i) A inexistência de litispendência entre as ações coletivas e individuais, que decorre do art.104 do CDC, subsistindo a possibilidade de coexistência de ações coletivas e individuais, caso não seja requerida a suspensão do processo individual, que continuará seu trâmite natural, podendo até mesmo propiciar o surgimento de decisões contraditórias;¹⁰¹
- (ii) A suspensão facultativa do processo individual em face do ajuizamento do coletivo, opção conferida ao interessado pelo art.104 do CDC, que poderá exercer seu direito à tutela jurisdicional ou preferir aguardar eventual solução da ação civil pública ou coletiva para se beneficiar *in utilibus* com o resultado do processo coletivo;¹⁰²
- (iii) A legitimação *ope legis* para a propositura de ações coletivas: ao contrário do sistema norte-americano, onde o juiz atua como verdadeiro protagonista, proferindo um exame da posição legitimante daquele que se alega adequado representante da classe, no Brasil, o legislador arrolou taxativamente aqueles que são legítimos para a propositura das demandas coletivas,

¹⁰⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 277, vol. 4.

¹⁰¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p.191.

¹⁰² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 276, vol. 4.

sobrando pouco espaço para o juiz perquirir a existência da adequada representação;¹⁰³

- (iv) O regime da coisa julgada que contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas por meio das ações coletivas. A sentença coletiva faz coisa julgada, atingindo os legitimados coletivos, que não poderão propor a mesma demanda coletiva. Segundo dispõem os §§ 1.º e 2.º 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 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 o legitimado extraordinário, 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;¹⁰⁴ e
- (v) A proibição do uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva: a restrição ao cabimento das ações coletivas para a defesa de alguns direitos, como por exemplo, a limitação imposta pelo parágrafo único do art.1º da lei n. 7.347/1985, que assim dispõe: “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

¹⁰³ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 77.

¹⁰⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, p.257, mar.2011.

Seria ingênuo supor que todos os problemas culturais para o desenvolvimento de uma tutela coletiva no Brasil são de responsabilidade do Poder Judiciário. A análise central da questão repousa sobre ele porquanto é o destinatário final das normas e da prática processual. Todavia, não se pode desconhecer que a dificuldade de desenvolvimento da tutela coletiva no país tem ainda outros fatores culturais de relevo como o desconhecimento de grande parte da população a respeito de seus direitos, o despreparo de muitos advogados para lidar com a tutela coletiva e o fenômeno descrito por Marc Galanter, dos chamados litigantes habituais (*repeat player*).¹⁰⁵

2.3.1. Inexistência de litispendência entre ações coletivas e individuais (art.104 do CDC)

Tecnicamente, o termo litispendência¹⁰⁶ significa a existência de um processo pendente. Uma vez apresentada a demanda perante o Poder Judiciário, haverá, automaticamente, um processo pendente em relação ao autor, e para o réu, somente após a sua citação válida. E, nos termos da legislação processual, a pendência de uma demanda impede o processamento e o julgamento do mérito de outra demanda idêntica.

Nesse sentido, os §§1º e 3º do art.301 do CPC dispõem que ocorrerá litispendência quando se reproduzir ação anteriormente ajuizada, ainda em curso. Já o §2º do mesmo art.301 do CPC, dispõe que uma ação será idêntica à outra quando tiver as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A consequência processual da

¹⁰⁵ As demandas repetitivas fizeram transparecer a existência de dois tipos diferentes de pessoas que se apresentam em juízo. Há, por um lado, os litigantes eventuais, despontando, por outro lado, os litigantes habituais (GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal chance". *Law and Society Review*, v.9, n.1, p.4, 1974. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/documents/papers/whythehavescomeoutahead.pdf>>. Acesso em 16.05.2013). Nesse sentido, os *litigantes habituais* teriam inúmeras vantagens, tais como (a) maior experiência com o Direito, o que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (b) economia de escala, porque têm mais casos; (c) oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; (e) possibilidade de testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.¹³ Diante disso, os litigantes habituais ou "organizacionais" são mais eficientes do que os litigantes eventuais. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988).

¹⁰⁶ Cândido Rangel Dinamarco "o vocábulo litispendência é formado pelo radical *lis, litis*, que se traduz por lide, mas no passado designava o próprio processo, ao qual se agregou o substantivo *pendentia*. Daí ser litispendência, como se disse, a pendência do processo". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183).

litispendência entre duas ações idênticas é a extinção do processo repetido, sem resolução do mérito, como autoriza o art.267, inciso V do CPC.

A questão da litispendência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor.

O art.104 da Lei n. 8.078/90 dispôs:

As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar do ajuizamento da ação coletiva.

O artigo em questão consagra duas regras com objetos distintos. A primeira, afasta categoricamente a litispendência entre a ação coletiva e as ações individuais. A segunda, disciplina a extensão dos efeitos da coisa julgada material havida no processo coletivo ao interessado que ajuizou ação buscando a reparação da lesão ao seu direito individual.¹⁰⁷

A despeito da primeira parte do art.104 do CDC mencionar apenas as ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II, parágrafo único do art.81, enquanto a segunda parte do art.104 indicar, por sua vez, os incisos II e III do art.103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos, a doutrina mais autorizada¹⁰⁸ aponta um erro de remissão e defende a interpretação a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do art.104 do CDC.

¹⁰⁷ Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, faz sentido estarem juntas, porque “o que são litispendência e coisa julgada, senão o mesmo fenômeno processual, com a só diferença de que, na litispendência, as duas ações idênticas estão em andamento, e na coisa julgada uma das ações já tem decisão de mérito definitiva?” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244).

¹⁰⁸ Nesse sentido, GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.193. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.829-830. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227.

Assim, não haverá litispendência entre uma ação individual e uma ação coletiva que trata de direitos difusos, coletivos, e a despeito do erro de remissão, individuais homogêneos.

Com efeito, ao negar a possibilidade de litispendência entre as ações individuais e ações civis públicas ou coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos, o art. 104 do CDC parece dizer o óbvio. De fato, não haverá litispendência, uma vez que não há, entre elas, a tripla identidade de elementos da ação. Possuem autores distintos, já que o polo ativo da ação individual será ocupado pela pessoa natural ou jurídica titular do suposto direito individual lesado; a identidade pode referir-se à mesma causa remota, mas não à próxima, (o fundamento da responsabilidade coletiva é diverso daquele inerente à responsabilidade pelo dano individual); e os pedidos são distintos (quando se trate, de um lado, de uma ação individual para reparação de danos diferenciados, e, de outro, de uma ação coletiva que verse interesses indivisíveis). Ora, se os elementos das demandas são diversos (o único eventualmente idêntico será a parte passiva nas ações), não haveria razão técnica para o reconhecimento de litispendência, pois são ações distintas.¹⁰⁹

De igual modo, também não haverá, propriamente, a litispendência entre ação civil pública (ou coletiva) para a defesa de direitos individuais homogêneos e a ação individual, uma vez que não coincidem seus objetos: o caso seria antes de conexão, ou, sob circunstâncias específicas, até mesmo de continência, quando o objeto da ação civil pública ou coletiva compreendesse, por mais abrangente, o objeto da ação individual.¹¹⁰

Em função do silêncio da lei específica no tocante à relação entre demandas coletivas quanto entre estas e as individuais (excetuada a litispendência), impõe-se a análise de uma possível aplicação subsidiária dos dispositivos pertinentes à conexão e continência no CPC.

¹⁰⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.254.

¹¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

De acordo com os arts. 103,104 e 105 do CPC,¹¹¹ haverá conexão entre duas ou mais ações individuais quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir (conquanto diferentes as partes, portanto) e continência, quando se verificar identidade de partes e causa de pedir, sendo o objeto de uma delas mais abrangente do que o das demais.

Embora o art.105 do CPC procure equiparar o tratamento dado às hipóteses de conexão e continência, determinando que, nesses casos, o magistrado, de ofício, ou a requerimento das partes, poderá ordenar a reunião das ações perante o Juízo prevento, para que sejam julgadas simultaneamente, há distinções a estabelecer:

- (i) sob continência, a reunião de processos será necessária para evitar julgamento inconciliáveis; e
- (ii) sob conexão, porém, a unidade de processos e de julgamento deve dar-se quando cabível e oportuna. Para esses casos é que vale a dicção do art.105 do CPC, quando diz que o juiz “pode” ordenar a reunião dos processos.¹¹²

A doutrina processual atualmente diverge quanto à possibilidade de ocorrência de conexão ou continência, principalmente no que diz respeito aos direitos e interesses

¹¹¹ Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.
Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

¹¹² Conquanto a dicção do art.105 do CPC sinalize uma facultatividade na reunião de ações conexas ou quando haja continência, para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, trata-se de matéria de ordem pública, e por isso “o juiz é obrigado a determinar a reunião de ações conexas para julgamento, nada obstante esteja consignado na norma ora comentada que o juiz ‘pode ordenar’. O magistrado não pode examinar a conveniência ou oportunidade da reunião, pois o comando emergente do CPC 105 é cogente: o juiz tem o dever legal, de ofício, de reunir as ações conexas para julgamento conjunto”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nota 7ª ao art.105 CPC). Diversamente, o STJ tem entendido que: “Segundo orientação predominante, o CPC 105 deixa ao juiz certa margem de discricionariedade na avaliação da intensidade da conexão, na gravidade resultante da contradição de julgados e, até, na determinação da oportunidade de reunião dos processos” (Ementário STJ 5, 410, 176). Também Hugo Nigro Mazzilli comunga desse último entendimento: “(...) deve mesmo existir uma certa margem de discricionariedade para o juiz avaliar até que ponto convém ou não a reunião das ações, para o que deverá levar em conta: (a) a fase processual de cada uma delas no momento em que se identifica o nexo; (b) qual o grau ou a intensidade da conexão entre elas, e em que nível seu julgamento separado poderá provocar decisões inconciliáveis. Caso seja muito tênue o grau de conexão e nula a possibilidade de conflito entre eventuais julgados isolados, a reunião poderá ser recusada.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223).

individuais homogêneos, uns admitindo a possibilidade de conexão,¹¹³ e continência,¹¹⁴ e outros negando identidade entre quaisquer elementos das ações coletivas e individuais que justifiquem a existência de tais relações.¹¹⁵

De qualquer forma, quanto aos processos individuais que não forem suspensos no prazo legal, a reunião por continência, embora evite decisões contraditórias, por outro lado, poderia acarretar retardamentos na ação coletiva, sendo tumultuada após as ações individuais propostas, além de muitas vezes ser inviável a própria reunião destes processos, que podem ser milhares.¹¹⁶

Além disso, o microsistema processual coletivo não trata a relação entre as demandas coletivas, ou seja, é omissivo quanto à regulamentação da litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas.

¹¹³ Ricardo de Barros Leonel: “Na ação individual, o autor pretende a reparação do dano especificamente sofrido, quantificado ou não na inicial. Já na demanda coletiva (em defesa de interesses individuais homogêneos), o que se postula de forma genérica é a condenação em caráter abstrato, ou seja, o simples reconhecimento da responsabilidade do réu pelos danos causados. A diversidade é qualitativa (substancial) entre ambos os pedidos. Tanto que há necessidade posterior de liquidação individual pelos lesados, demonstrando que sua situação se subsume à responsabilidade genericamente definida na ação coletiva. Assim, na demanda individual a condenação é à obrigação de indenizar em valor determinado ou não, ao passo que na demanda coletiva há o simples reconhecimento da responsabilidade do demandado por determinada situação genericamente considerada. Não há continência entre ambos os pleitos. Entretanto, poderá ser reconhecida a conexão.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.255).

¹¹⁴ Para Ada Pellegrini Grinover, existem, portanto, duas possibilidades: (i) em ações para a defesa de direitos difusos e coletivos, haveria notória diferença entre o pedido inibitório e reparatório do bem indivisivelmente considerado (na demanda coletiva) e o indenizatório pessoal (na demanda individual), o que justifica inclusive a inexistência de litispendência (arts.104 do CDC), não sendo cabível nem a continência nem a conexão; e (ii) em ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos (ações coletivas de responsabilidade civil), haveria continência (e não conexão) entre as demandas coletivas e as individuais reparatórias, dada a identidade das causas de pedir e a maior abrangência do pedido da ação coletiva, que contém os pedidos individuais (daí por que, se procedente o pedido da ação coletiva, os indivíduos serão beneficiados pelos efeitos da coisa julgada, podendo proceder à liquidação e execução do título: ampliação *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada coletiva a decisão sobre o dever de indenizar, autorizando o seu transporte, *in utilibus*, às ações individuais (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.943-947).

¹¹⁵ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.207-211.

¹¹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p.196.

Cite-se o exemplo de Rodolfo de Camargo Mancuso,¹¹⁷ a ação civil pública movida pelo Ministério Público, com pedido mandamental para impedir veiculação de propaganda enganosa de certo medicamento – interesse difuso – *pari passu* com ação coletiva movida por associação, pedindo indenização pelos danos causados aos usuários daquele medicamento: interesse individual homogêneo. Nesse sentido, a justaposição entre ações de tipo coletivo traz complicações ainda maiores do que quando a concomitância se dá entre ações coletivas e individuais. Os perigos de ações de tipo coletivo redobram por conta da projeção *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, caso em que a virtual prolação de comandos de ordem diversa engendrará contradição para o plano prático.

Ocorre que no processo judicial coletivo, diferentemente do individual, a litispendência não se caracteriza pela simples coincidência dos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido). Isso porque, a legitimação nas ações coletivas é extraordinária, de modo que várias demandas coletivas podem ser propostas por diferentes legitimados com a mesma causa de pedir e pedido e, ainda assim, será configurada a litispendência. A identidade da parte processual não tem relevância para configuração da litispendência entre ações coletivas.¹¹⁸

O que caracterizará a litispendência entre duas ações coletivas são três requisitos: (a) o mesmo pedido, (b) a mesma causa de pedir remota e próxima, e (c) a coincidência dos possíveis beneficiados com a decisão de procedência.¹¹⁹

Para o manejo dessas ocorrências, alvitram-se duas técnicas: (a) a reunião desses processos para julgamento simultâneo, como se fosse um caso de simples conexão ou

¹¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.164.

¹¹⁸ Conforme destacou Hugo Nigro Mazzilli, “poderia ser objetado que, como alguns legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva também defendem direito próprio nessas ações, a rigor jamais seria possível haver litispendência entre duas ações civis públicas ou coletivas, ainda que com idênticos pedido e causa de pedir, desde que ambas tivessem sido ajuizadas por legitimados ativos diversos. Mas admitir esse argumento seria aceitar, também, que, já não se formaria litispendência entre ambas as ações, por força da mesma razão (diversidade de ações), não se formaria a coisa julgada *erga omnes* (...). Assim, porque leva ao absurdo, o raciocínio não poderia ser aceito”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246).

¹¹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.237.

continência, aplicando-se, portanto, os arts. 103 a 106 do CPC e Lei 7.347/85, art.2º, parágrafo único; ou a (b) extinção da ação “duplicada”, que incidiu em litispendência, assim infringindo o princípio do *non bis in idem* – (art.301, §1º, cumulado ao art. 267, V, do CPC).¹²⁰

As razões que justificam a conexão ou continência tem a seu favor: (a) as ações coletivas sobre um mesmo tema não são exatamente iguais, porém assemelhadas, nelas coincidindo o objeto ou a causa, ou então o pedido de uma, por sua extensão, já abrange o da outra, (b) a reunião das ações assemelhadas consulta ao ideal da democracia participativa, na medida em que não se tolhem as iniciativas de cada qual dos co-legitimados ativos, (c) a extinção de um dos processos apenas prejudicaria a entrega da efetiva tutela jurisdicional coletiva, pois nada impede que os legitimados ingressem no processo coletivo preventivo, na qualidade de assistente litisconsorcial, tumultuando o processo com diversas petições, requerimentos de provas, etc.; e (d) evitam-se os riscos do trâmite em paralelo dessas ações afins, as quais ficam reunidas para julgamento conjunto perante o Juízo que, tendo despachado a primeira delas, ficou preventivo.

Por sua vez, a extinção da ação “duplicada” é recomendada porque o trâmite em paralelo de duas ações coletivas poderá resultar em sentenças distintas, o que implicaria não apenas em contradição lógica (com a qual de certo modo procura conviver a ciência processual), mas também prática, “e esta é insuportável, na medida em que não se concebem dois comandos impossíveis num mesmo espaço-tempo e sobre idêntica matéria.”¹²¹

Portanto, mesmo quando em tese caiba a reunião de processos, por conexão ou continência, deve-se considerar se, no caso, essa reunião atende a razões de cabimento e a fundamentos de oportunidade. Além disso, a reunião de processos em razão da conexão só

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.167.

¹²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 169.

ocorrerá se o juízo, junto ao qual se pretende a reunião for competente para todas as diversas causas.

2.3.2. Suspensão facultativa do processo individual em face do ajuizamento do coletivo

A experiência do direito comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação, o de exclusão (*opt-out*)¹²², mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro do prazo fixado pelo juiz; e o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento.¹²³

Como se percebe do art.104 do CDC, não se adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou-se de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão no processo coletivo, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.

Destarte, dispõe o art. 104 do CDC, que, os efeitos da coisa julgada não beneficiarão os litigantes das ações individuais, quando não for requerida a suspensão do processo individual no prazo de 30 dias.

¹²² Conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, o critério *opt-out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua exclusão da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. Todos os demais membros da classe, que não tenham exercido a opção de excluir-se, são considerados partes e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa. Por esta razão, o sistema exige ampla divulgação da demanda, por todos os meios de comunicação e quando possível, até pessoal, para que os membros da classe que não queiram ser abrangidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, possam exercer seu direito de opção, retirando-se do processo. Ao lado desse critério, existe também, o critério do *opt-in*, o qual possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, que ingressem voluntariamente na demanda coletiva, tornando-se partes e sendo, assim, colhidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável. Quem não manifestar sua vontade de inclusão no processo, não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela. Essa técnica também exige uma ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem excluídos do processo. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. *Os processos coletivos nos países de 'civil law' e 'common law'*: uma análise de direito comparado. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239 e 240).

¹²³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 276, vol. 4.

Portanto, é uma opção do *lesado* exercer seu direito à tutela jurisdicional individual ou preferir aguardar eventual solução da ação civil pública ou coletiva.

Contudo, a parte final do art. 104 do CDC estabelece, genericamente, que o requerimento de suspensão deverá ser apresentado no prazo de 30 dias a partir da ciência “nos autos”, do ajuizamento da ação civil pública, sem especificar em qual dos processos (o coletivo ou o individual) o litigante individual deve receber essa comunicação.

A melhor interpretação é no sentido de que a fluência do prazo de 30 dias começa a partir do momento em que o autor da demanda individual toma ciência inequívoca, nos próprios autos da ação individual, do ajuizamento da demanda coletiva.

Portanto, e em que pesem posições em sentido contrário,¹²⁴ o ônus da comunicação da existência da demanda coletiva parece competir ao réu da ação individual, uma vez que este apresenta melhores condições de ter conhecimento do ajuizamento da ação coletiva.

A lei também não fixa o tempo máximo para essa suspensão do processo individual, e não nos parece que seria o caso de invocar analogicamente o prazo de suspensão apenas por um ano, referido no art. 265, IV, a, do CPC.¹²⁵

Primeiro, porque o art. 104 do CDC permitiu a suspensão e não a condicionou a prazo; depois, porque do exame sistemático da instituto da suspensão do processo individual, em face do ajuizamento do processo coletivo, conclui-se que a *mens legis* é aproveitar, *in utilibus*, o julgamento do processo coletivo para beneficiar os litigantes

¹²⁴ Para Hugo Nigro Mazzilli, quando o art. 94 do CDC autoriza que, por edital publicado no órgão oficial fosse noticiado o ajuizamento da ação coletiva, o réu estaria dispensado do ônus de noticiar ao juiz da ação individual o ajuizamento da ação coletiva. O ônus seria apenas do lesado individual que, caso não requeresse *opportuno tempore* a suspensão do processo individual, não se beneficiaria *in utilibus* com o resultado do processo coletivo. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226).

¹²⁵ Nesse sentido, GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.199 e MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226. Em sentido contrário, invocando o prazo de 1 (um) ano, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.868.

individuais, de forma que a suspensão do processo há de perdurar até o julgamento final do processo coletivo, sob pena de tornar imprestável o instituto da suspensão.

Suspensa o processo e proferida a decisão de procedência na ação civil pública, após o trânsito em julgado, o litigante individual pode requerer o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o processo individual. Com isso, a liquidação e a execução individuais da decisão genérica são realizadas nos próprios autos do processo individual até então suspenso, sem a necessidade de nova sentença condenatória, como autoriza o art.103, §3º do CDC.

Contudo, no julgamento do REsp 1.110.549/RS¹²⁶ realizado pela Segunda Seção do STJ em 14.12.2009, o órgão jurisdicional aplicou os dispositivos atinentes aos recursos repetitivos, afirmando que, na pendência de ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, todos os processos individuais referentes aos casos semelhantes devem ser suspensos, ainda que nada a esse respeito esteja previsto na Lei de Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com tal entendimento, a suspensão dos processos individuais já ajuizados é obrigatória.

O referido recurso especial foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, confirmando a sentença, suspendeu o processo individual movido por depositante de caderneta de poupança que visava ao recebimento de correção monetária em virtude de planos econômicos, dada a existência de ação coletiva antes instaurada.

A depositante sustentou o descabimento da suspensão do processo individual em virtude da ação coletiva proposta pelo Ministério Público contra o banco em que ela

¹²⁶ "Recurso repetitivo. Processual civil. Recurso especial. Ação coletiva. Macro-lide [*sic*]. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade.

1 - Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide [*sic*] geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2 - Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1.º, 103 e 104 do CDC; arts. 122 e 166 do CC e 2.º e 6.º do CPC, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do CPC, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 08.05.2008).

3 - Recurso Especial improvido" (REsp 1110549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 2.ª Seção, j. 28.10.2009, *DJe* 14.12.2009).

mantinha a conta poupança, ao argumento de que não tinha interesse de que sua ação ficasse suspensa até o trânsito em julgado da ação coletiva, pois, além de aumentar o tempo de processamento da sua demanda, formulou pedidos sucessivos ao principal, diversos daqueles constantes na ação coletiva.

Não se pode negar que o interesse da autora individual em dar prosseguimento ao seu processo encontra supedâneo no art. 104 do CDC, que autoriza a coexistência da ação coletiva e das ações individuais homogêneas, dizendo expressamente que o ajuizamento da demanda coletiva não impede o prosseguimento da ação individual, que somente será suspensa a requerimento do seu respectivo autor.

No seu voto, o relator Min. Sidnei Beneti destacou que o entendimento não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1.º, 103 e 104 do CDC; arts. 122 e 166 do CC e 2.º e 6.º do CPC. Ademais, ressaltou que o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, caracterizando uma macrolide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz. Eis o trecho do voto do rel:

10 - Na identificação da macrolide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo. No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema. Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva. Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, serem julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure - não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa. E sempre sobrar a possibilidade de intervenção como *amicus curiae*, atendidos seus pressupostos, na dinâmica moderna dos processos coletivizados, como dá mostra a previsão recente na Lei dos Processos Repetitivos (Lei 11.672/2008).

Recentemente, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu novamente no

mesmo sentido, no REsp 1.353.801 – RS, julgado em 14.08.2013, confirmando a suspensão de ações individuais em virtude do ajuizamento de ação coletiva, ao argumento do Rel. Min. Mauro Campbell Marques: "Reafirmo que a coletivização da demanda, seja no polo ativo, seja no polo passivo, é um dos meios mais eficazes para a realização do acesso à justiça".

Certamente, e em que pese a suspensão poder ou não ser tida como legítima, pois o microsistema processual coletivo não admite, no regime jurídico atual, que o simples ajuizamento da demanda provoque essa eficácia suspensiva desejada pelo STJ, não se pode negar que essa medida nasce como uma tentativa de lidar com as ações seriais e só se tornou necessária porque a jurisprudência não soube dar ao veículo adequado (a ação coletiva) o seu perfil natural.

Para que as ações coletivas pudessem suspender a tramitação dos processos repetitivos, deveria o legislador estabelecer expressamente a eficácia suspensiva obrigatória, bem como criar uma forma de controle judicial da representatividade adequada mediante critérios objetivos estabelecidos em lei. Esse último requisito, aliás, a nosso ver, é o fundamento que permite, sem violação ao princípio do contraditório, a eficácia suspensiva dos processos repetitivos e a eficácia *erga omnes* e vinculante da coisa julgada material, seja qual for o resultado da demanda.

2.3.3. Legitimação *ope legis* para a propositura de ações coletivas

É relevante destacar que uma das peculiaridades da legitimação para agir no contraste com as outras duas condições da ação, está em que a carência do interesse de agir e a falta da possibilidade jurídica do pedido podem eventualmente vir a ser supridas num momento futuro, no bojo do mesmo processo, porque em face do juiz não se opera a preclusão para apreciar as condições da ação (CPC, art. 267,§3º).

No entanto, esta peculiaridade não se aplica para a legitimação para agir, porquanto estando ausente quando da propositura da ação, tal falha não pode ser suprimida – ao menos quanto à mesma ação. Nem se diga que em tais casos, resolvendo-se o processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI do CPC) não se formará coisa julgada

material e então a ação poderia vir a ser reproposta: será esta uma outra ação, com distinto histórico, não se tratando de repetição do precedente.¹²⁷

Com efeito, a legitimidade para agir, enquanto condição da ação, é um dado do qual não se pode prescindir em termos de tutela coletiva, pelo simples fato de que aquele que comparece em juízo para defesa de direitos transindividuais, e mesmo de direitos individuais homogêneos, não é o titular do direito material afirmado. Como consequência, o reconhecimento da ilegitimidade pode até significar a ausência de representatividade adequada,¹²⁸ porém, nunca o reconhecimento de inexistência do direito material, ou seja, da improcedência do pedido.

O microsistema processual coletivo brasileiro, ao dispor sobre as entidades legitimadas para propor as ações coletivas, o fez através de um rol taxativo. A doutrina nomeou este sistema de *ope legis*, no qual a lei é quem atribui tal legitimidade em contraponto com o *ope judicis*, onde não há um rol estabelecido, devendo o juiz analisar a legitimidade de acordo com o caso concreto.¹²⁹

Pelo sistema integrado de tutela coletiva, decorrente da conjugação do art.21 da LACP¹³⁰ e do art.90 do CDC,¹³¹ são legitimados habilitados à defesa de interesses

¹²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405.

¹²⁸ Cabe o esclarecimento feito por Antonio Gidi: “Quando se fala de ‘representação’, não se refere a ‘representação’ no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. ‘Representante’ aqui deve ser considerado como sinônimo de ‘porta voz’: o autor da ação coletiva é um porta voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo”. (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.108, p.61-62, out./2002).

¹²⁹ “Pelo sistema do ‘ope judicis’, adotado pela ‘class actions’ americana, a legitimidade será aferida em cada caso pelo juiz competente para o julgamento da ação coletiva. Não há um rol previamente estabelecido pela lei. O magistrado é que deverá aferir se a representatividade de ‘possível legitimado’ é adequada ou não para defender os interesses coletivos. Para tanto, deverá o juiz analisar o objeto da ação proposta e se o ‘possível legitimado’ possui algum vínculo com o direito coletivo que está defendendo. Já para o sistema do ‘ope legis’, os legitimados para as ações coletivas são determinados previamente pela lei. A condição de representante adequado é estabelecida pelo legislador. Foi esse o sistema adotado pelo Brasil. Assim, só aqueles sujeitos mencionados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP são legitimados a proporem ações coletivas.” (GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p 375-376).

¹³⁰ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).

transindividuais de qualquer natureza, sendo assim discriminados pelo legislador: o Ministério Público; a Defensoria Pública;¹³² as pessoas jurídicas de direito público da administração direta (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios); as pessoas jurídicas de direito público ou privado da administração indireta (autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista); associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa dos interesses postulados em juízo.¹³³

Acrescente-se às entidades da Administração Pública direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, destinadas à defesa dos interesses supra individuais,¹³⁴ bem como os sindicatos e as comunidades indígenas.¹³⁵

No caso da ação popular, qualquer cidadão poderá promovê-la, o que também pode servir como instrumento para a defesa processual de interesses coletivos, de modo a coibir atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao erário.¹³⁶

São também legitimados os partidos políticos, entidades sindicais e de classe e as associações no mandado de segurança coletivo.¹³⁷

Assim, verifica-se, de início, que na legitimação ativa das ações coletivas, sobrelevam-se os seguintes aspectos:¹³⁸

¹³¹ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹³² A Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da Lei n. 11.448/07, que deu nova redação ao art.5° da LACP, à vista da permissão que já lhe dava o art.82, III, do CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercitar a defesa dos necessitados (arts.134 e 5°, LXXIV da CF). Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador acertadamente reconheceu, por expresso, a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Nesse sentido, **STF**: ADI 3943, ADI 4452.

¹³³ O rol está previsto no art. 5°, da LACP, art.82 do CDC; art.3° da Lei n. 7.853/89; arts.1° e 3°, da Lei n. 7.913/89; art.29 da Lei n.8.884/94; e art. 210, da Lei n. 8.069/90.

¹³⁴ Art. 82, inc. III, do CDC. Como o Procon ou órgãos equivalentes de defesa do consumidor. Também já se admitiu a legitimidade ativa da Assistência Judiciária para a propositura de ações coletivas (REsp n. 181.580 –SP, 3ª T, STJ, v.u., 09.12.2003, rel. Min. Castro Filho, DJU 22.3.2004, p.292).

¹³⁵ Art. 5°, inc. LXX, b, e art. 8°, inc. III, quanto aos sindicatos; e art. 232 da CF/88 quanto às comunidades indígenas. No mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149.

¹³⁶ Art. 1.° da Lei 4.717/1965.

¹³⁷ Art. 5°, inc. LXX, a, da CF/88.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410.

(i) São ações ideológicas, empolgando interesses “dessubstantivados”, “judicializados” não por quem deles se afirme titular (ainda que se dissesse que o ente com representatividade adequada tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos), mas por um adequado representante. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito adequadamente representados em juízo;

(ii) a situação legitimante, então, desloca-se para outros parâmetros, com destaque para a relevância social do interesse, já que os valores judicializáveis através das ações coletivas estão em *numerus apertus*, conforme a cláusula “outros interesses difusos e coletivos” (art.1º, IV, da LACP); e

(iii) ao quesito precedente, acopla-se a exigência da representação adequada, fixada *ope legis*,¹³⁹ sobejando um espaço residual ao juiz, mormente quanto à associação-autora, para avaliação de itens como autorização assemblear e pertinência temática.¹⁴⁰

Ainda, a questão da natureza jurídica da legitimação na tutela coletiva costuma trazer alguma disputa na doutrina, que oscila entre a classificação como ordinária (quando houver coincidência no plano material e processual),¹⁴¹ extraordinária (quando o suposto o

¹³⁹ Diversamente do que ocorre com relação ao rol de interesses tutelados, (exemplificativo), o rol de legitimados ativos no processo coletivo é taxativo, não sendo possível ampliá-lo por força de interpretação extensiva ou analógica (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157).

¹⁴⁰ Nos termos do microsistema processual coletivo, estão legitimadas a propor ação coletiva as associações civis constituídas há pelo menos um ano que incluam, dentre suas finalidades institucionais, a proteção dos direitos coletivos, sendo dispensada a autorização assemblear (art.5º, V, da lei 7.347/1985; e art. 82, IV, do CDC). Pode-se dizer, então, que o exame da legitimação das associações civis para propor a ação civil pública deve restringir-se as duas limitações impostas pela lei: (i) a pré-constituição de pelo menos um ano; e (b) pertinência temática.

¹⁴¹ Kazuo Watanabe afirma que, “ingressando a associação em juízo, é como se os próprios associados estivessem a agir (...) tem-se aí o que Capelleti denomina ‘parte ideológica’. A associação, que evidentemente poderá ter interesses e direitos próprios em relação a seus bens, quanto aos seus fins estatutário age pelos interesses de um grupo ou de uma categoria ou mesmo de uma coletividade inteira, ideologicamente representados. A legitimidade da associação é portanto ordinária, e não extraordinária.” (GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos* São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 95-96).

suposto titular do direito material não for o mesmo do direito de agir),¹⁴² ou ainda, autônoma para a condução do processo.¹⁴³

Como observou Ricardo de Barros Leonel,¹⁴⁴ a legitimação autônoma para a condução do processo seria a posição que melhor se ajusta à identificação da natureza jurídica para a legitimação para a defesa dos interesses difusos e coletivos, porquanto parte de premissas distintas da legitimação ordinária ou extraordinária, e da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados (na hipótese dos difusos) e eventualmente determináveis (na hipótese dos coletivos).

Esta questão comportaria equação diversa quando se trata da tutela dos interesses individuais homogêneos, que são apenas acidentalmente coletivos, na essência individuais, e tratados processualmente como coletivos por razões de política legislativa e de economia processual. Neste caso, fica patente a legitimação extraordinária por substituição processual, em que os legitimados postulam em juízo alheio, fazendo-o em nome próprio.¹⁴⁵

¹⁴² Hugo Nigro Mazzili demonstra ter diferente percepção do fenômeno, identificando na ação civil pública a predominância da natureza *extraordinária* da legitimação, já que a substituição processual somente não correria “se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas na defesa de interesse material que ele alegasse ser dele próprio”, diversamente do que ocorre na ação civil pública, em que os legitimados fazem muito mais do que defender direito próprio: “nessas ações está em jogo o interesse de cada integrante do grupo, tanto que a imutabilidade do ‘*decisum*’ poderá alcançar todo o grupo (coisa julgada ‘*erga omnes*’ ou ‘*ultra partes*’)”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65). Com efeito, para o autor, “se entendêssemos que os legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva agem por direito próprio, chegaríamos à incorreta conclusão de que jamais haveria litispendência ou coisa julgada entre duas ações civis públicas com a mesma causa de pedir e o mesmo objeto, quando movidos por legitimados ativos diferentes (...)” (p. 68).

¹⁴³ Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com base na doutrina alemã, as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos seria legitimação autônoma para a condução do processo, ou seja, não sendo possível identificar os titulares dos direitos transindividuais a lei escolheu alguém para pleitear em juízo a tutela. Contudo, o mesmo não se aplicaria aos direitos individuais homogêneos, cuja defesa ocorreria na forma de substituição processual, isto é, legitimação extraordinária. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.1.339).

¹⁴⁴ Quem demanda em defesa de interesses difusos ou coletivos, postula ao mesmo tempo tanto aquilo que é próprio como alheio e indivisível; não se pode, assim, afirmar que atue como legitimado ordinário, pois não o é integralmente ao pretender a defesa do que é titularidade alheia; não se pode, do mesmo modo, asseverar que postule como legitimado extraordinário, pois, embora atue em nome próprio na defesa de interesse alheio, também atua para a tutela de interesse próprio”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.159).

¹⁴⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.160.

Além desta classificação, a natureza da legitimação coletiva pode-se traduzir no trinômio concorrente-disjuntiva-exclusiva¹⁴⁶.

A legitimidade se diz concorrente porquanto todas as entidades são simultânea e independentemente legitimadas para agir, isto é, a legitimidade de uma delas não exclui a de outros. Concorrente, aqui, significa não exclusiva de uma só entidade. Também é chamada disjuntiva no sentido de não ser complexa, visto que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais co-legitimados. É facultado, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio. Por fim, trata-se de uma legitimidade exclusiva, porque somente aquelas entidades taxativamente previstas em lei (LACP, art. 5º e CDC, art. 82) poderão propor uma ação coletiva. As pessoas físicas e as demais pessoas jurídicas, portanto, não terão legitimidade para propor uma ação coletiva, exceto nos estritos casos de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) em que somente a pessoa física no gozo dos seus direitos políticos tem legitimidade.

Portanto, verifica-se que o controle da representatividade adequada do legitimado coletivo não foi expressamente autorizado pela LACP nem pelo CDC, o que se traduziu no entendimento doutrinário de que o controle ocorrera *ope legis*, presumindo o legislador que os legitimados elencados no art.82 do CDC e 5º da LACP detinham representatividade para ser porta-voz dos membros do grupo.

Preconizava-se que ao juiz não era lícito controlar ou restringir a representatividade daquele que vinha a juízo, atendendo aos pressupostos legais previstos no art.82 do CDC. Fundamentos dessa conclusão eram a possibilidade de o Ministério Público, participante obrigatório como fiscal da lei em todas as ações coletivas (art.92 do CDC), fazer-se substituir ao autor da demanda, assumindo a titularidade na ação coletiva,

¹⁴⁶ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37-38. Nesse mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.136; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.159; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.65 e GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 541, LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.162.

caso constante a sua desídia ou atuação contrária aos interesses do grupo, e formação de coisa julgada somente a favor dos membros do grupo.

O conceito de representatividade adequada foi buscado nas *class actions* do direito norte-americano, conforme esclareceu a exposição de motivos do projeto de lei da ação civil pública (Projeto n. 3.034/84). Segundo a *Rule 23*, é dever do juiz o controle *ex officio* da atuação do representante do grupo e de seu advogado, controle este que não se esgota sequer com o trânsito em julgado.

Um dos primeiros nomes a sustentar que, mesmo sob as égides das Leis 7.347/85 e 8.078/90, a representatividade adequada do autor coletivo não poderia ser negligenciada na ação coletiva brasileira foi Antônio Gidi, que propôs interpretação *de lege lata* para reconhecer o dever do juiz de sanar os problemas de representatividade afinal, representante inadequado, numa leitura constitucional, é um não representante.¹⁴⁷

Portanto, não admitir o controle da representatividade significaria anuir com uma representação ilegítima e com um processo no qual o interesse em jogo não está sendo articulado da maneira mais próxima da perfeita.

A representatividade adequada é fator de efetividade do processo¹⁴⁸, que se alinha aos ditames do devido processo legal, na medida em que assegura a qualidade na judicialização dos interesses transindividuais, por iniciativa apenas de quem seja justa parte.

Nas palavras de Antônio Gidi, o controle da representatividade adequada, a um só tempo, “minimiza o risco de colusão, incentiva a conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos

¹⁴⁷ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.108, p. 66, out./2002. Cassio Scarpinella Bueno já havia criticado a presunção de representatividade supostamente acolhida pelo legislador brasileiro (BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 92-151, abr.-jun. 1996).

¹⁴⁸ COSTA, Suzana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto (org). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 975.

membros do grupo,”¹⁴⁹ palavras que bem destacam os elementos da representação adequada do autor coletivo.

Kazuo Watanabe também resumiu bem o conceito de adequado representante, ligado à “seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva.”¹⁵⁰

Parte da doutrina minimizou os elementos da representatividade adequada ao destacar que se resumem à pertinência temática e à pré-constituição há mais de um ano.¹⁵¹

Na nossa opinião, a representatividade supera as noções de legitimidade ou de interesse (pertinência temática). Todo representante adequado é legitimado e possui interesse de agir na demanda, mas ao sistema das ações coletivas isso não bastaria.

Seria necessária uma análise do comportamento do representante sob um enfoque panprocessual, ou seja, dentro e fora do processo, para além dos limites da relação jurídica processual. Daí a importância de confiar ao juiz da ação coletiva o dever de examinar, para além da legitimidade, também a representatividade do demandante.¹⁵²

Para o fim de atender às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não dispensa qualquer legitimado de demonstrar que: (i) conhece as necessidades do

¹⁴⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.108, p.61, out./2002.

¹⁵⁰ WATANABE, Kazuo In GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: Uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.300.

¹⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290. Acompanham esse entendimento: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 433; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.1340, Nota 10 ao art.5º da lei 7.347/85.

¹⁵² Assim, para Flávia Hellmeister Clito, “uma pessoa é representante adequado de um grupo ou de uma classe independentemente da existência de um processo judicial, pois isso decorre da relação jurídica de direito material.” (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p.50). No Código Modelo Processos Coletivos para a Ibero-América, a adequada representatividade do autor coletivo é destacada da legitimidade está centrada em: “a- credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.”

grupo, (ii) atua em consonância com as aflições dos membros do grupo; e (iii) trabalha energicamente em defesa dos interesses do grupo.¹⁵³

Além disso, a longevidade do ente legitimado é um sinal de que ele pode ser adequado representante, mas não é determinante, já que pode ser dispensada pelo juiz brasileiro, pelo que se depreende do texto do art. 82, §1º do CDC¹⁵⁴, que foi decalcado pelo art.5º, §4º da LACP¹⁵⁵, quando assim o exigir a situação que se pretenda tutelar (manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido).

Verifica-se que a análise do magistrado quanto à legitimidade da associação, criada *ex post facto* para a defesa do interesse supra-individual, comumente será no sentido de deferi-la, ao menos num primeiro momento, nos casos de urgência, já que as expressões que encerram o conceito jurídico indeterminado foram bastante maleáveis no sentido de evitar que a tutela de um direito ou interesse supra-individual fosse obstaculizada em razão do pronto ânimo de constituição da associação civil¹⁵⁶.

No Brasil, e em geral nos ordenamentos fundados no *civil law*, em que a força legislativa, como fonte de direito, ainda é intensamente maior que a dos precedentes judiciais, o que se propõe de *lege lata*, para encorajar na prática os juízes a exercerem preciso e explícito controle de representatividade, é que tais requisitos estejam claramente explicitados em lei. Lembrando uma das célebres lições de Barbosa Moreira, é desejável “que a lei – de preferência em termos flexíveis, reservada ao juiz margem razoável de

¹⁵³ RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 93.

¹⁵⁴ Art.82 § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

¹⁵⁵ Art.5º § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

¹⁵⁶ Marcelo Abelha defende que o parágrafo teve por intento, justamente, a combinação urgência da tutela jurisdicional e inércia dos demais entes, especialmente os de natureza pública, sabendo-se que os aspectos burocráticos acabam por inviabilizar uma atuação pronta e efetiva de sua parte. A maior proximidade e afinidade do jurisdicionado com os entes associativos e não com os entes públicos também foi levada em consideração para a atuação desses entes. Outrossim, não é de se descartar o raciocínio de que a ação civil pública provavelmente demorará mais de um ano, e que, portanto, alcançar-se-á, no curso do feito a referida legitimidade *ope legis*. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 78, nota 19).

liberdade no exame de cada espécie – estabeleça critérios de avaliação da idoneidade das associações para que possam reputar legitimadas.”¹⁵⁷

2.3.4. *Coisa julgada erga omnes secundum eventum probationis ou secundum eventum litis*

A autoridade da coisa julgada resulta de um critério político, que já era adotado desde o direito romano, justamente para que se evitem as “perturbações irremediáveis e seja possível a segurança para o cidadão.”¹⁵⁸ Assim, é mister que se confira às decisões definitivas do Poder Judiciário a imutabilidade necessária à segurança e estabilização dos conflitos pacificados, que foram fruto da sua atividade substitutiva.¹⁵⁹

Como bem disse Liebman, o “instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional”¹⁶⁰, motivo pelo qual o próprio texto constitucional brasileiro de 1988 asseverou, no art. 5º, XXXVI, com natureza de cláusula pétrea, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A despeito da opção política de se adotar a coisa julgada com a imutabilidade necessária para a segurança e estabilidade social, foi preciso ainda que se criassem mecanismos para proteger a autoridade da coisa julgada contra as situações em que se pretenda rediscutir a lide que se tornou imutável.

Um desses mecanismos está previsto no art. 301, VI do CPC, denominado de objeção de coisa julgada, que possui, segundo larga doutrina, natureza jurídica de pressuposto processual de validade negativo da relação jurídica processual (art.267, V)¹⁶¹.

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In _____. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 204, Terceira Série.

¹⁵⁸ BAPTISTA, Francisco Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1890, p. 261.

¹⁵⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 258.

¹⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.55.

¹⁶¹ Marcelo Abelha defende que melhor seria encartá-la dentro do interesse de agir. Portanto, não haveria interesse na tutela jurídica se sobre aquela lide já julgada pesa uma autoridade que impede a sua rediscussão. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 259, nota 9).

Pelo fato de ser norma de ordem pública (arts.267,§3º e 301,§4º), permite que o juiz dela conheça *ex officio*, não impedindo que seja alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária. Uma vez acolhida a objeção de coisa julgada¹⁶², a consequência será a extinção do processo sem julgamento do mérito, com incidência, ainda, da norma do art.268 do CPC, porque se trata de defesa processual peremptória e direta.

Além disso, a preocupação do legislador com a proteção da imutabilidade da coisa julgada não se esgotou nestes dispositivos, já que permitiu, por intermédio da ação rescisória (art.485, IV, do CPC), a cassação da coisa julgada que tenha sido formada em ferimento de outra coisa julgada anterior relativamente a mesma lide.

Assim, em seu caráter geral, pela segurança jurídica, não se pode admitir que a coisa julgada opere sobre pessoas que não participaram do processo, ou, ainda, que circunstâncias objetivas possuam o condão de determinar a ocorrência ou não da autoridade da coisa julgada material.¹⁶³

Os limites objetivos da coisa julgada, portanto, referem-se à parte da sentença que fica revestida pela autoridade da coisa julgada. Somente o objeto do processo, o pedido, o mérito, o objeto litigioso, a lide, que deve ser pacificada na parte dispositiva da sentença, é que será revestida pela autoridade da coisa julgada. Por isso, o art. 469 do Código de Processo Civil determina que os motivos, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e as questões prejudiciais ocorridas no processo não são por ela acobertadas.

Já os limites subjetivos da coisa julgada cuidam da verificação da extensão subjetiva da imutabilidade do efeito da decisão, fazendo sentido que no Código de

¹⁶² Como explica Marcelo Abelha, “mais uma vez o CPC não se utilizou da melhor técnica ao definir a coisa julgada no art.301,§3º. Nesse dispositivo, outra vez tomou-se o conceito de coisa julgada material como se fosse coisa julgada formal (há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba mais recurso). Outra falha grave foi sugerir, equivocadamente, que o momento de formação da coisa julgada ocorreria somente quando se propõe uma nova demanda. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 259, nota 10).

¹⁶³ Por isso, a regra geral é que a coisa julgada não se submeta ou dependa do que ocorrer na lide. Assim, se alguém perdeu a demanda por insuficiência de provas, por não ter conseguido provar o alegado, isso não pode ser justificativa para que não se lhe aplique a incidência da coisa julgada. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 260).

Processo Civil, os efeitos da coisa julgada sejam limitados às partes do processo, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art.472 do CPC).

Destarte, com fulcro nos princípios do acesso à justiça e do contraditório e ampla defesa, seria injusto, ou inconstitucional, se a imutabilidade de um julgado se estendesse para quem não atuou como parte.

Portanto, no campo destinado aos limites da coisa julgada coletiva, o raciocínio deve ser o mesmo que o formulado na litispendência. Pode haver identidade de demandas – e ocorrência da *res iudicata* – entre duas ações coletivas, desde que presentes os mesmos elementos, ou seja, pedidos, causas e condição jurídica de partes (não sendo exigível a identidade física ou institucional).¹⁶⁴

A rigor, não seria possível, *a priori*, falar-se em coisa julgada com relação a qualquer demanda individual, quando já decidida a coletiva calcada na mesma situação fática, pois entre a ação individual e a coletiva há diversidade de partes, de causas próximas e de pedidos.

No entanto, o legislador optou por fazer com que a coisa julgada nas demandas coletivas tivesse um *quid*, uma certa especificidade que a distancia do modelo norte-americano que serviu de inspiração, a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Como esclarece Marcelo Abelha, a expressão *secundum eventum litis* não revela, tecnicamente falando, uma modalidade de coisa julgada, porque é utilizada para designar situações em que a *autoridade da coisa julgada* não se opera, mesmo tendo havido julgamento do pedido.¹⁶⁵

¹⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.257.

¹⁶⁵ E completa: “É que as razões políticas que justificam a autoridade do julgado (sua imutabilidade *ad eternum*) não poderiam ser aplicadas para algumas situações, em razão de aspectos específicos, tais como a natureza e a titularidade do direito tutelado, julgamento pela insuficiência da prova etc.” (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 269).

Com efeito, se por razões políticas se justifica a criação da autoridade do julgado (segurança jurídica), impedindo-se a sua eterna rediscussão, também poderá ser político o motivo pelo qual o legislador poderá retirar a “dita” autoridade de determinadas coisas julgadas.

Assim, por se tratar de fenômeno ligado a critérios políticos (autoridade), nada impede que seja atribuída essa mesma autoridade às coisas julgadas formais.

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor disciplina os efeitos da coisa julgada da seguinte forma:

sentença fará coisa julgada: I- ‘*erga omnes*’, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art.81; II – ‘*ultra partes*’, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art.81; III – ‘*erga omnes*’, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art.81.

Verifica-se que no caso das demandas essencialmente coletivas, onde se busca a proteção de um direito difuso ou coletivo, o legislador adotou a regra da coisa julgada *secundum eventum litis* todas as vezes que as ditas demandas forem julgadas improcedentes por insuficiência de provas (*secundum eventum probationis*). Nestes casos, não haverá autoridade da coisa julgada, isso quer dizer que o próprio autor ou qualquer outro co-legitimado poderá repropor a demanda valendo-se de nova prova.

A expressão “valendo-se de nova prova” exige que desde a repositura se faça menção a essa nova prova e se demonstre desde o início ser ela suficiente para obter a procedência da demanda novamente postulada. Não significa que ela deva ser documental ou ainda, juntada *ab initio*, porque esse tipo de restrição não foi feito pelo legislador, mas deverá ser uma prova não utilizada no processo anterior, independente da sua origem ser nova ou velha.¹⁶⁶

¹⁶⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 265.

Também será irrelevante, justamente para dar rendimento à coisa julgada *secundum eventum probationis*, qualquer alegação contrária com base em preclusão temporal pelo fato de não se ter utilizado da prova que estaria à disposição do legitimado à época em que a demanda foi julgada por insuficiência de provas. O que não se admite, em hipótese alguma, é pretender interpretação judicial diversa de uma mesma prova ou de um mesmo conjunto probatório.

Retornando à análise dos limites objetivos da coisa julgada nas demandas coletivas, considerando os direitos difusos e coletivos, cujo bem material tutelado possui natureza de indivisível, não se poderia imaginar que o próprio legislador processual pretendesse cindir a natureza do objeto essencialmente coletivo que é incindível.

Considerando esta premissa é que passaremos a analisar, ainda nos limites objetivos da coisa julgada dos direitos essencialmente coletivos: a) o limite territorial da coisa julgada (art.16 da LACP); e b) a coisa julgada *in utilibus*.

Preocupado com as liminares de caráter nacional em ações civis públicas, o Presidente Fernando Henrique Cardoso editou, em 26 de março de 1997, a Medida provisória n. 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei n. 9.494/1997, alterando a redação do art.16 da Lei 7.347/1985, em uma tentativa de estabelecer limitação territorial aos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, que ficaria restrita à competência territorial do órgão prolator.

A nova redação do art.16 da Lei de Ação Civil Pública passou a ser a seguinte:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Por meio desse dispositivo, objetivou-se, então, restringir os efeitos da coisa julgada aos limites do território em que a decisão judicial foi prolatada.

Todavia, e considerando que os bens não são divisíveis ou indivisíveis por vontade humana, qualquer tentativa, e especialmente do legislador processual, de limitar nestas condições a estrutura do direito e interesse difuso, é além de ilegítima, impossível.

Portanto, e para além das discussões sobre a péssima qualidade das modificações introduzidas pelo art. 16 da LACP, o seu acolhimento levará a consequências irremediáveis e inexplicáveis.

Não basta dizer que a norma é ilegal e inconstitucional,¹⁶⁷ Ricardo de Barros Leonel aponta que a limitação territorial sugerida pelo infeliz dispositivo não se sustenta pelas seguintes razões: (a) violação ao princípio da economia processual, quando permite o tratamento desigual entre demandas; (c) não compreensão de que a abrangência da coisa julgada decorre da própria relação do direito material; (d) confusão entre a competência territorial e os efeitos da coisa julgada material; e (e) ineficácia da regra, uma vez que o legislador determinou que na hipótese de dano regional ou nacional, a competência para processar e julgar demanda será da capital do Estado ou do Distrito Federal.¹⁶⁸

Nas palavras de Marcelo Abelha, a melhor alternativa seria interpretar que o art. 16 da LACP não só afasta a limitação territorial da coisa julgada, na medida em que atribui a competência de acordo com a abrangência do bem tutelado, mas também por que põe no mesmo trilho as regras de competência da LACP (art.2º) e do CDC (art.93) para as demandas coletivas *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos).¹⁶⁹

¹⁶⁷ Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que o art. 16 da Lei n. 7.347/1985, alterado pela Lei n. 9494/1997, é inconstitucional e ineficaz. É inconstitucional porque fere os princípios do direito de ação, da razoabilidade e da proporcionalidade e, também, porque a limitação foi criada por meio da Medida Provisória n. 1570-5/97, sem que o Congresso Nacional examinasse a presença dos pressupostos constitucionais (relevância e urgência) previstos no art.62 da Constituição Federal; e é também ineficaz porque a alteração ficou “capenga”, já que não alterou a redação do art.103 do CDC, que integra o microsistema processual coletivo e continua aplicável às ações coletivas por força do art.21 da LACP. Logo, não há limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.366, Nota 12 ao art.19º da Lei 7.347/85).

¹⁶⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.301-302.

¹⁶⁹ Trata-se de solução consentânea com o sistema das ações coletivas, concordando-se com a solução preconizada pela Profª. Ada Pellegrini Grinover, ao dizer que o art., 16 da LACP apenas tornou adequado o regime da competência da LACP ao que já existia no art. 93 do CDC, antes exclusivo para os direitos individuais homogêneos, ou seja, “ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no Foro

Ainda, na análise dos limites objetivos da coisa julgada para os direitos essencialmente coletivos, destacamos a técnica processual da coisa julgada *in utilibus*.

Sabe-se que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos só é coletiva naquilo que é comum aos direitos individuais lesados, ou seja, define-se nessa tutela a pessoa e sua responsabilidade pelo ato ou fato lesionador. Ficarão faltando ainda, individualizar os lesados e os seus prejuízos individuais, o que será feito em posterior liquidação, em típico caso de tutela individual, ainda que seja promovida por entes coletivos, que estarão, nesse caso, atuando em substituição processual.

A saída para não violar o direito constitucional de ação seria sacrificar o réu da ação coletiva, submetendo-o a uma coisa julgada *secundum eventum litis*, em que só haveria a autoridade e imutabilidade do julgado quando a decisão coletiva genérica fosse de procedência. Caso improcedente, não teria o efeito negativo nem positivo da coisa julgada, para não ferir o acesso individual à justiça, autorizando que cada indivíduo, se assim entendesse, buscasse a tutela individual.

Quando o legislador estabeleceu esta técnica para a tutela dos direitos individuais homogêneos, percebeu que não poderia impedir o acesso individual à justiça nos casos de improcedência da demanda coletiva, mas que valia a pena instituir a coisa julgada *secundum eventum litis* para beneficiar apenas as situações de procedência (e não prejudicar as de improcedência), justamente porque haveria enorme economia processual em relação às ações individuais e facilitação do acesso à justiça, na medida em que uma só sentença condenatória genérica serviria para milhões de ações de liquidação individual.

Diante de tal situação, o legislador percebeu que poderia utilizar do mesmo raciocínio e técnica quando o mesmo fato ou ato jurídico ameaçador ou lesionador de direitos essencialmente coletivos (difusos ou coletivos) também fosse causador de prejuízos individuais direta ou indiretamente.

da Capital do Estado ou no Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”. (ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 272 e 273).

Partindo dessa premissa, criou o acesso jurisdicional do cidadão criando a coisa julgada *in utilibus*, que nada mais é do que a utilização do julgado coletivo, com força e autoridade de coisa julgada, nas demandas individuais.

Tem-se uma extensão dos limites da coisa julgada para fins de ações individuais fincadas em elementos comuns da causa de pedir difusa, ou seja, proferida uma decisão para a defesa de direitos difusos, além da autoridade da coisa julgada sobre o objeto difuso, que alcançará todos os seus titulares, também existirá a dita autoridade sobre os motivos da decisão apenas para beneficiar os indivíduos que venham propor demandas individuais com fulcro no mesmo fato gerador que deu origem à demanda difusa.

Todavia, antes da propositura de uma ação coletiva seja para defender direitos difuso, coletivo ou individual homogêneo, três atitudes podem ser tomadas pelo indivíduo: (a) permanecer inerte com a propositura da demanda coletiva, (b) já ter proposto a demanda individual antes do advento da demanda coletiva; e c) propor a sua demanda individual quando esteja em curso a demanda coletiva.

Na hipótese do item “a” se o indivíduo permanecer inerte e a demanda for julgada procedente, poderá utilizar-se da coisa julgada *in utilibus*, entendendo-se, pois, que a propositura de demanda coletiva interrompe o prazo prescricional para a cobrança em juízo do seu prejuízo. Caso seja improcedente, em nada será prejudicada a demanda individual. Nem seria lógico pensar que o indivíduo que agiu dessa forma fosse penalizado com eventual prescrição do seu direito de agir fosse posteriormente julgada improcedente.

Na hipótese do item “b” verifica-se que o indivíduo buscou a tutela de seu direito antes mesmo da existência de uma tutela coletiva. Nesta situação, duas hipóteses, se apresentam (b1) se a demanda individual já tenha transitado em julgado quando da propositura da demanda coletiva. Nesse caso, se a demanda foi improcedente, não poderá se beneficiar da eventual coisa julgada *in utilibus*, num típico caso de injustiça para com aquele cidadão que agiu rápido e que foi diligente com seu direito; (b2) a demanda individual esteja pendente, independentemente da fase ou grau jurisdicional em que se encontre. Uma vez proposta a demanda coletiva para a defesa de direito supra-individual, será publicizada a sua propositura nos órgãos de publicação oficiais, sem prejuízos de

outros meios de divulgação, para que, a partir de ciência do interessado nos autos da demanda individual, tenha 30 dias para decidir se suspende ou não a sua demanda individual para beneficiar-se da demanda coletiva.

Caso opte pela suspensão do processo, deverá requerê-la e só nesta hipótese poderá ser beneficiado por uma eventual procedência da coisa julgada proferida na demanda supra-individual, quando então será extinta, sem julgamento do mérito, a demanda individual, por superveniente perda de interesse, reputando-se o ônus da sucumbência àquele que deu azo à extinção da demanda individual, ou seja, o futuro réu da liquidação. Se requereu a suspensão em tempo e a demanda coletiva foi julgada improcedente, retomar-se-á o curso da demanda individual que estava suspensa. Caso opte pelo silêncio, entender-se-á como recusado o benefício da coisa julgada *in utilibus* a ser alcançado na demanda coletiva.

Por fim, na terceira hipótese, item “c”, se o indivíduo propôs a demanda individual quando a coletiva já estava em curso. Nesse caso, uma vez cientificado nos autos individual sobre a demanda coletiva (c1) poderá requerer a suspensão da demanda individual no prazo assinalado pela lei e aguardar a decisão favorável de índole coletiva; (c2) não suspender a demanda individual e recusar um eventual benefício da coisa julgada proferida na demanda supra-individual, seguindo, pois, a orientação idêntica ao que foi estabelecido na hipótese (b2).

Portanto, é a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi “parte” no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.

E nem se poderia dizer que a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi “parte” implicaria na prática, na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porque não obstante o indivíduo não ser formalmente parte, está adequadamente representado por um “ente exponencial”, que é legítimo portador dos seus interesses e daqueles de toda a coletividade, o que legitima a extensão dos efeitos do julgado. Ademais, a extensão (*in utilibus*), a priori, é benéfica aos interessados, e não prejudicial.

Relativamente aos limites subjetivos nos direitos da coisa julgada nos direitos essencialmente coletivos, sendo o objeto tutelado um bem coletivo ou difuso, a coisa julgada é pró e contra, ou seja, para atingir os titulares do direito e respectivos representantes adequados, seja nos casos de procedência ou improcedência. As ressalvas que se fazem são de duas ordens: (a) na improcedência por insuficiência de provas não se forma a coisa julgada material, podendo a demanda ser reproposta, desde que se valendo de nova prova; (b) havendo procedência dessas demandas coletivas, além do benefício difuso ou coletivo (dependendo do caso) ocorrerá o fenômeno da extensão beneficiadora *in utilibus* do julgado para a tutela dos direitos individuais lesados pelo mesmo fato violador.

Para os direitos individuais homogêneos, os efeitos da coisa julgada somente serão *erga omnes* quando for caso de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e sucessores. Logo, na hipótese de improcedência do pedido, os efeitos da coisa julgada material alcançarão apenas o legitimado extraordinário, não atingindo a esfera jurídica dos substituídos processualmente. Os titulares de pretensões indenizatórias por danos pessoalmente sofridos são imunes à coisa julgada, podendo ajuizar suas próprias ações de indenização a título individual.

O benefício da “extensão do julgado” de procedência para as vítimas e sucessores não ocorrerá nas seguintes hipóteses: (a) para os interessados que tiverem intervindo no processo como assistentes litisconsorciais serão abarcados pelos efeitos da decisão de improcedência, não se admitindo, por parte deles, a propositura de ações reparatórias individuais (art.94 e art.103,§2º do CDC), (b) quando não requerida a suspensão das ações individuais concomitantes com a ação coletiva para a defesa de direito supra-individual no prazo de 30 dias a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva, tal como determina a segunda parte do art.104 do CDC).

Dessa forma, a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* somente no caso de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e sucessores.

2.3.5. Proibição do uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva

Parece evidente que a coletivização de questões (ou demandas) pode ser um instrumento útil e versátil para a administração das demandas postas em juízo e por isso mesmo, é evidente que ela tenha suas limitações.

Há casos em que, em que pese a suas vantagens, ela não poderá ser empregada. Não há maneira de, *a priori*, determinar as hipóteses em que o uso da coletivização não surtirá efeitos positivos. Porém é possível estabelecer critérios mínimos para orientar a aplicação do instrumento no caso concreto.

Parece evidente que a coletivização não será admissível quando não preenchidos os requisitos antes examinados. Faltando a afinidade de questões, faltando a utilidade da tutela coletiva ou sendo viável a formação de litisconsórcio, não se justificaria a aglutinação, até porque em regra ela gera processo mais complexo do que os processos individuais.

Além desses casos, porém, e como lembra SERGIO CRUZ ARENHART¹⁷⁰, outros limites podem ser estabelecidos: (i) impossibilidade de preservação de representatividade adequada, ou seja, nos casos em que não há condições de determinar alguém que tenha capacidade de representar adequadamente os interesses dos sujeitos ausentes; (ii) reserva do direito de autoexclusão, embora a regra deva ser a sujeição, deve-se ao menos em princípio, permitir que o sujeito se insurja contra isso, manifestando expressa vontade de ficar alheio ao resultado da análise coletiva das pretensões individuais e se reservando o direito de ter apreciadas as suas razões de forma separada desproporção entre a aglutinação realizada e o resultado obtido¹⁷¹; e (iii) desproporção entre a aglutinação realizada e o

¹⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.217-219.

¹⁷¹ Nesse sentido, destaca o autor dois casos em que essa garantia não pode incidir: (i) situações em que essa exclusão é incompatível com a própria essência da coletivização. Alguns ordenamentos como o norte-americano, concebem situações de class action obrigatória, em especial naqueles casos em que a função da ação coletiva é a homogeneização do tratamento das questões individuais, em razão de possíveis repercussões negativas que o tratamento individual das causas pode gerar sobre o interesse alheio. Em tais situações seria, ao menos em regra, impensável, o direito de auto-exclusão, já que isso inviabilizaria o objetivo a que se destina a coletivização das pretensões; e (ii) quando se verificar que o interesse público do

resultado obtido, pois dependendo do nível de abstração das questões individuais ou da potencialidade de conflito que elas podem determinar, talvez não valha a pena a unificação dos processos, para tratamento conjunto desses temas.

É certo que o alcance *erga omnes* ou *ultra partes* da autoridade da coisa julgada nas lides transindividuais representa um mecanismo à altura das lesões e ameaças a direitos de repercussão coletiva, que deve ser utilizada em determinadas e graves situações, especialmente contra sujeitos responsáveis pelos abusos políticos, desvio de finalidade das políticas públicas, não execução das políticas públicas, exploração indevida do consumidor nas injustas e desiguais relações de consumo, uso predatório do meio ambiente.¹⁷²

Com efeito, a demanda coletiva, potencializada pela coisa julgada daí resultante, apresenta-se como um instituto imobilizante de uma norma jurídica concreta, de modo que o Poder Judiciário poderia fazer “lei entre as partes” de forma molecular e não mais atomizada.

Nesse contexto, surge a primeira reação contra a ação civil pública, o qual sobreveio com a Medida Provisória n. 1.570-4, de 26.03.97, que alterou o art.16 da LACP, para informar que o efeito *erga omnes* da coisa julgada ficaria restrito aos lindes da competência territorial do órgão prolator da decisão por ela acobertada.

Conforme já destacamos, o alvo era atingir a coisa julgada na ação civil pública, destinada precipuamente à tutela dos direitos coletivos e difusos. O “pretenso legislador”, então amparado pelo Congresso Nacional, que converteu em lei tal absurdo (após 5 reedições, a Medida Provisória foi convertida na Lei 9.494, de 10.09.1997), continuou a editar MPs que criavam, sob o rótulo de “prerrogativas da Fazenda Pública,” um sem-

Poder Judiciário, na solução conjunta das causas, deve prevalecer, sob o crivo da proporcionalidade sobre o interesse das partes. A questão aqui assume nível constitucional: Tratando-se a aglutinação de questões individuais de um mecanismo para assegurar garantias fundamentais (isonomia, celeridade, administração eficiente do serviço público “justiça” etc) pode ser que essas garantias entrem em choque com outros interesses também constitucionais. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.218-219).

¹⁷² ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 253.

número de privilégios destinados ao Estado como litigante em flagrante ofensa à igualdade e moralidade dos atos públicos.

Nesse contexto, com a reedição da Medida Provisória nº 1.984-18 em 2 de junho de 2000, ficou claro que nem o Ministério Público, nem ninguém que poderia constar do art. 5º da Lei nº 7.347/85, estaria legitimado a ajuizar ações civis públicas para questionar tributo algum. Estaria vedado este caminho processual coletivo para tutelar pretensões decorrentes daqueles direitos materiais.

Por sua vez, a jurisprudência do STF,¹⁷³ secundada pela do STJ¹⁷⁴, tratou de firmar entendimento de que não se admite a ação civil pública em matéria tributária.

Após várias modificações da Lei 9.494/97, pelas execradas medidas provisórias, a última foi implementada por intermédio da Medida Provisória n. 2.180-35 de 24.08.2001, a qual acrescentou um parágrafo único ao art. 1.º da Lei 7.347/1985, estabelecendo que

não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Depreende-se do dispositivo, que o Executivo Federal buscou, vez por todas, vedar as ações civis públicas que tenham por objeto as questões tributárias e previdenciárias relativas ao FGTS, toda vez em que for possível identificar quem são os eventuais beneficiários da investida jurisdicional.

Destarte, ao restringir o objeto da ação civil pública, proibindo a sua utilização nos casos em que mais era utilizado o dito remédio - questões tributárias e previdenciárias

¹⁷³ Acórdão do STF, RE 195.056, Pleno, j. 09.12.1999, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 30.05.2003, p. 30. No mesmo sentido: acórdão do STF, 2.ª T., AgRg no RE 248.191, j. 01.10.2002, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 25.10.2002). Ainda no mesmo sentido: acórdão do STF, 2.ª T., EDcl no AgRg no AgIn 382.298, j. 27.02.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 30.03.2007).

¹⁷⁴ Acórdão do STJ, 2.ª T., REsp 878.312/DF, j. 13.05.2008, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 21.05.2008. No mesmo sentido: acórdão do STJ, 1.ª Seção, EDiv no REsp 505.303/SC, j. 11.06.2008, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 18.08.2008.

- o legislador, sem o menor pudor, buscou levar à lona a ação civil pública e autorizou que milhares de ações individuais fossem propostas.¹⁷⁵

É certo que os direitos individuais homogêneos não sofreram nenhuma alteração, já que o alvo de ataques das MPs sempre foi a lei de ação civil pública, que desde a sua origem, é voltada precipuamente para a tutela dos direitos coletivos e difusos.

Não se pode negar que dispositivo buscou evitar, assim, o acesso coletivo à Justiça, o que permitiria, “com uma só penada jurisdicional”, ver reconhecido o direito de um sem número de pessoas afetadas por atos governamentais, trazendo o indivíduo do anonimato para transformá-lo em cidadão.¹⁷⁶

A (in)feliz coincidência, porquanto no mesmo mês em que ação civil pública “foi jurada de morte pela primeira vez”, teve início no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 226.855, em que se discutiu fundamentalmente, a correção monetária dos depósitos do FGTS correspondente a diversos planos econômicos (Bresser, de julho de 1997); Verão, de fevereiro de 1989; Collor I, de março de 1990 e Collor II, de fevereiro de 1991.¹⁷⁷

A expectativa é que, em alguma medida, o Supremo Tribunal Federal entenda cabível a correção monetária do Fundo naqueles ou em alguns daqueles períodos, reconhecendo, assim, a ilegitimidade dos expurgos inflacionários declarados à época.

Dados oficiais afirmam que uma “derrota” do Governo perante o Supremo Tribunal Federal nestes casos significará uma perda de pouco mais de R\$ 53 bilhões, “nisto” repousando a urgência e a relevância que fundamentou a edição da Medida Provisória.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Sobre o assassinato e missa dos mortos da ação civil pública, ver o excelente ensaio de Cássio Scarpinella Bueno: *Réquiem à ação civil pública*. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/R%C3%A9quiem%20para%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica.pdf>, com acesso em 11.11.2014.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 6, abr.-jun. 1996. BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 6, abr.-jun. 1996.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 6.

Portanto, qualquer pedido formulado em ação civil pública que diga respeito a questões tributárias, previdenciárias e sociais, dentre elas a do FGTS, passa ser juridicamente impossível. Pasmem-se, tais pedidos devem ser equiparados à ilicitude.

E o que é pior, todas as ações civis públicas hoje pendentes e que dizem respeito a um dos bens jurídicos veiculados no novo parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/85 podem (*rectius*, devem) ser extintas sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido (ou falta de interesse de agir) nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em função da incidência da nova regra nos processos pendentes (CPC, art. 462). A Exposição de Motivos que acompanhou a 18ª reedição da Medida Provisória, aliás, é claríssima quanto a esta imposição ou quanto à conveniência deste fecho.

Como bem observou Cassio Scarpinella Bueno:

O Governo vê-se ameaçado pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, faz as contas do que deverá pagar aos cidadãos (devolver aquilo que nunca poderia ter pensado em tirar ou não reconhecer) e, fazendo uma elástica interpretação de outros julgados, veda, proíbe, torna ilegítimos, contaminando de impossíveis juridicamente certos objetos de ações civis públicas.¹⁷⁹

Trata-se de um arranjo institucional que impacta de forma relevante a litigiosidade repetitiva, sendo lamentável a atitude do Governo de aniquilar, por meio de Medida Provisória, a possibilidade de tutela jurisdicional coletiva nas matérias que, potencialmente, enfrentam maior contingência.

¹⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 11, abr.-jun. 1996.

III. MOLECULARIZAÇÃO POR MEIO DE MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS REPETITIVAS

Infelizmente, a falta de percepção da relevância da tutela coletiva para o próprio Poder Judiciário, como “instrumento legítimo para que esse órgão possa desempenhar sua função, acaba por repercutir no seio da instituição, com a criação de outros instrumentos que realizem essa finalidade”. Paradoxalmente, então, “vê-se o Poder Judiciário diminuir o campo de atuação da tutela coletiva e, ao mesmo tempo, encontrar alternativas interpretativas para poder gerir a quantidade de casos idênticos que lhe é submetida”¹⁸⁰.

Verifica-se que com exceção da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e das ações coletivas, no sistema jurídico brasileiro, as decisões judiciais não possuem força obrigatória (ou efeito vinculante) a não ser com relação às partes no processo.¹⁸¹

Nessa medida, não se pode deixar de destacar que, embora a uniformização não seja propriamente a finalidade dos processos coletivos, acaba sendo ela uma consequência, pois por meio da prolação de uma única sentença, que abrange os sujeitos ligados por circunstâncias de fato (difusos), por uma relação jurídica base (coletivos) ou por uma origem comum (individuais homogêneos), cuida de tratá-los de forma isonômica, prevenindo a divergência.¹⁸²

Afirma-se que “criações legislativas como as ações coletivas têm grande potencial para fazer com que pessoas que estejam em situação idêntica recebam tratamento idêntico no Judiciário, que deverá disciplinar da mesma forma a situação de todos.”¹⁸³

No entanto, em se tratando de direitos individuais homogêneos resultantes de

¹⁸⁰ ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.77.

¹⁸¹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 129, p. 6, nota de rodapé nº.1, jan./mar.1996. .

¹⁸² MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.252.

¹⁸³ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para dirimir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, n.92, p. 8, 2007..

conflitos de massa, o que se verifica na praxe forense e conforme já se destacou, é que muitas vezes, o interessado irá optar por deduzir a sua pretensão individual em juízo.

Com isso, verifica-se uma proliferação de ações individuais para a tutela de direitos individuais homogêneos, em decorrência de situações fáticas que poderiam ensejar uma única ação coletiva.

Uma das consequências que se verifica e preocupa, é que mesmo em se tratando de litígios decorrentes de conflitos de massa, é inevitável que, da enorme quantidade de ações, muitas vezes espalhadas por todo o território nacional, resulte em diversos conteúdos decisórios, por vezes até contraditórios.

Se a quantidade de causas favorece a dispersão dos conteúdos interpretativos das decisões judiciais, ocorrência previsível e inevitável, e se tal divergência jurisprudencial se mostra ainda mais grave no contexto das demandas repetitivas, as técnicas de julgamento macromolecular que geram efeitos a múltiplas demandas individuais que tratam da mesma controvérsia fática ou jurídica, ao lado das ações coletivas, passam a ser vistas, como alternativas à resolução dos litígios de massa.

É nesses lindes que se coloca que tais mecanismos processuais devem ter uma abordagem própria e que se pretende analisar o problema da emissão, pelos Tribunais, de certos paradigmas jurisprudenciais (súmulas, assentos, enunciados), voltados a operar como uma diretriz para o julgamento de casos análogos, buscando a consecução do complexo valorativo da: (i) igualdade através da outorga de tratamento isonômico a casos semelhantes, com isso assegurando a igualdade no sentido substancial; (ii) efetividade a ser alcançada por meio da redução da carga de processos nos Tribunais e economia na sua duração, na medida em que a existência de súmula sobre a matéria litigiosa torna razoavelmente previsível o resultado da demanda, e (iii) segurança jurídica, possibilitando o tratamento molecular das ações pela afinidade da questão jurídica debatida, de sorte que todas possam receber análoga solução, de acordo com o enunciado na súmula aplicável ou sinalizado em jurisprudência dominante

3.1. VETORES QUE INSPIRAM OS MECANISMOS DE GERENCIAMENTO

3.1.1. Igualdade: tratamento igualitário pela padronização decisória

A igualdade proclamada na maioria das democracias ocidentais¹⁸⁴ não é um direito apenas individual, mas também *organizacional*, um *verdadeiro mecanismo regulador da atividade do Estado*, que em sua atuação jurisdicional deve impor aos juízes o dever de neutralizar, no processo, as desigualdades reais existentes entre os homens, em prol do equilíbrio de forças na relação processual, indispensável à justa composição da lide.¹⁸⁵

Assim, a igualdade transmuda-se em garantia fundamental do processo. Daí a paridade de armas ser compreendida no seu aspecto dúplice, como direito fundamental do jurisdicionado (também ligado a outras garantias como o contraditório e a ampla defesa) e como um dever institucional do juiz.¹⁸⁶

De fato, a preocupação ou a preservação (recomposição) da igualdade apresenta-se em diversas relações jurídicas consideradas, apontadas por Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸⁷, tais como, entre os cônjuges (direitos sociais no âmbito da entidade familiar, art. 226, §5º da CF); entre os contratantes (proporcionalidade das obrigações, vedação de cláusulas leoninas; princípio da boa-fé objetiva); entre o Estado e aqueles que com ele querem contratar (igualdade de participação no procedimento licitatório); entre as partes no processo judicial (igualdade de tratamento no exercício das faculdades processuais, art.125, I do CPC); entre os partícipes nas relações de consumo (vedação de ônus excessivo ao consumidor, art.51, IV do CDC); entre os signatários dos Tratados Internacionais (reciprocidade de tratamento); na relação Estado-contribuinte

¹⁸⁴ Art.14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, em vigor no Brasil: “todos são iguais perante os tribunais e demais cortes de justiça. Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido pela lei”.

¹⁸⁵ BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.441.

¹⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.53, vol. III.

¹⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

(proporcionalidade entre a exigência fiscal e a capacidade tributária); e por fim, na relação Estado-jurisdicionado (igualdade de acesso ao Judiciário; vedação de Tribunais de exceção; juiz natural).

Mas, embora se preconize formalmente a igualdade das partes no processo, sabemos que no plano material e prático, os litigantes acabam, por vezes, dispondo de gritante diferença, se comparados os meios disponíveis para o embate judicial.

A tendência que se verifica é que o causador da lesão disponha de mais recursos materiais e humanos e, portanto, em tese, se apresente mais bem preparado para o embate, com a contratação de profissionais de qualidade e a possibilidade de arcar com a produção de provas que lhe seja favorável, desigualdade que se mostra ainda mais gritante quando se tem por contraponto um lesado que não dispõe de recursos próprios para custear a sua defesa, e leva em consideração as limitações materiais dos órgãos encarregados da assistência judiciária gratuita.

Daí deriva o conhecido conceito de igualdade, tirado às avessas, ou pela negativa, de tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam, e justificam-se as regras protetivas concedidas aos mais vulneráveis para equilibrar a relação (art.4º, I do CDC).

E nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso “a igualdade, ao contrário do que se supõe, ou se almeja, aparece, na prática, mais como exceção do que como regra, sendo visível e efetiva em poucas situações,”¹⁸⁸ citando-se como exemplo, os direitos políticos em que, indistintamente, cada pessoa possui um voto, ou no acesso aos cargos públicos, em que se exige aprovação em concurso (art.37, II, CF).

O que nos preocupa, e vai além dessa concepção de igualdade, atrelada ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é que também pelo processo o valor da igualdade deve ganhar concretude.

¹⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

Assim, pode-se afirmar que toda técnica processual deve ser um “conjunto de meios preordenados à obtenção dos resultados almejados,”¹⁸⁹ o que significa dizer que será construída para garantir que os interessados tenham um instrumento adequado e seguro à sua disposição, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material trazida à apreciação da função jurisdicional.¹⁹⁰

E se todos são iguais perante a lei, a interpretação desta lei há de ser a mesma para os que se encontrem na mesma situação jurídica. Fixada a tese jurídica aplicável à generalidade dos casos em que se discuta uma mesma questão de direito, acelera-se a cristalização da jurisprudência, evitando-se o risco de prolação de decisões conflitantes para os jurisdicionados envolvidos em um mesmo contexto litigioso.

No entanto, e como ressalva Barbosa Moreira, antes mesmo da cristalização da jurisprudência, é possível que uma mesma questão venha a ser “diferentemente entendida”, já que existe uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria.¹⁹¹

Com efeito, e a despeito do nosso sistema operar comodamente com tal incongruência, é certo que a existência de decisões contraditórias adjudicadas a pessoas em situações jurídicas similares ou até idênticas, afronta flagrantemente a isonomia.

É oportuno destacar que a discrepância dos julgados praticamente não transparecia no conflito de interesses individuais, passando a ganhar visibilidade no

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.141, v. I.

¹⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

¹⁹¹ Conforme destaca: “Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se seriam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, v.V: arts:476 a565. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4-5).

contexto da litigiosidade de massa, em que, apesar das lides se reproduzirem, facilmente se constatarem diferentes soluções adjudicadas pelo sistema.

A igualdade que se apresenta aos que se encontram no mesmo contexto litigioso, e que devem receber o mesmo tratamento por lei é, então, anulada pela desigualdade na interpretação da sua aplicação. Há, pois, um largo espectro semântico deixado pelo legislador ao Judiciário no momento de interpretar e aplicar a lei.

Como destaca Cândido Rangel Dinamarco, “quanto ao direito, deveria haver sempre a possibilidade de ampla certeza. *Jura novit curia* é para todos (não só para o juiz)”. Todavia, e apesar da lei escrita oferecer parâmetros e limitar as possíveis dúvidas, nem sempre restam definitivamente afastadas, uma vez que

é certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio espírito.¹⁹²

A rigidez da lei é, portanto, contrabalanceada com a sensibilidade do juiz que, ao interpretá-la, o faz consoante à sua realidade social, que é por essência, cambiante. De fato, e como nos lembra Cândido Rangel Dinamarco, “é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo.”¹⁹³

Assim, e para dizer o óbvio, a igualdade estaria preservada quando, diante de situações idênticas, concedem-se decisões idênticas.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 294/295.

¹⁹³ “Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática), sobretudo, à luz dos valores aceitos (interpretação axiológica).” (*Idem, ibidem*, p. 296).

Nesse sentido, a dificuldade consiste em saber o que torna os casos iguais, de molde a levar a que devam ser tratados da mesma forma. Teresa Arruda Alvim Wambier propõe que as técnicas de uniformização de jurisprudência tenham por foco os elementos que conduzem à semelhança ou à distinção das situações jurídicas, em razão de estas se darem em virtude de identidade absoluta ou identidade essencial.¹⁹⁴

A identidade absoluta entre situações jurídicas resulta da coincidência entre os fatos e a questão jurídica, envoltos nos casos concretos cotejados para eventual uniformização das soluções neles encontradas. Por sua vez, a identidade essencial, revela a similitude das causas em um núcleo pequeno, mas fortemente significativo, em torno dos quais podem estar fatos completamente diferentes. Busca-se a essência da decisão, tal como decorre dos sistemas do *common law*, e nestes casos mais complexos, não há exatamente a identidade dos fatos, porque em regra, a solução adjudicada adveio da concretização de conceitos vagos, cláusulas gerais e de princípios, ou seja, de preceitos com conteúdos mais flexíveis.¹⁹⁵

Para ilustrar a questão, compara duas decisões que tratam do princípio da função social da propriedade RESP 1.158.679/MG e REsp 10.020/SP. Nos dois casos, a regra contida no art.1.676 do CC/16 (impunha que a cláusula de inalienabilidade de bens instituída por testador ou doador não poderia, em caso algum, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, salvo desapropriação ou execução de dívidas provenientes de imposto incidentais nos bens imóveis) poderia ser afastada, para ser concretizada em consonância com a função social da propriedade.

No REsp 1.158.679/MG, o STJ deixou consignado que a propriedade sobre o imóvel gravado pelo testador melhor atenderia a sua função social se se possibilitasse ao herdeiro a comercialização do bem e, conseqüentemente sua sobrevivência e seu bem-estar, posto que, neste caso, a proprietária do imóvel rural estava doente, desempregada havia algum tempo e portanto, sem fonte de rendimentos. Além disso, o gravame sobre o

¹⁹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In _____ (coord). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57-58.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 57-58.

imóvel impedia a obtenção de financiamentos para a aquisição de máquinas e implementos indispensáveis para o custeio da lavoura.

De igual forma, o REsp 10.020/SP, reconheceu não haver nulidade em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel rural de grande valor firmado por herdeiro que recebera a propriedade do bem com gravame de inalienabilidade, pois verificou-se que os compromissários compradores agiram de boa-fé ao efetuar o pagamento do preço, até porque o vendedor “desfrutava do mais elevado conceito na cidade”, a inalienabilidade foi instituída para possibilitar à família uma base econômica e financeira segura e duradoura, e o espólio só se preocupou em ajuizar a ação após dezenove anos da celebração do contrato, período em que os recorridos desfrutaram da posse mansa e pacífica do imóvel.

Como se verifica, os fatos relacionados aos casos não são exatamente os mesmos, porém ambos podem ser vistos como modelo de julgamento a respeito do tema a dar ensejo à uniformização de jurisprudência. Por meio de técnicas que relevem similitude essencial, pode-se descobrir – como realmente pode haver – nos casos mencionados, um núcleo significativo da situação jurídica que circunda o princípio da função social da propriedade, no que se refere à possível anulação dos gravames de inalienabilidade.

Portanto, a análise dos instrumentos já existentes em nosso sistema, e que se prestam a gerar uniformidade de jurisprudência, devem ser analisados – para ver se comportam tratamento homogêneo - não apenas sob os aspectos da identidade absoluta, mas também, da identidade essencial.

Por certo, as maiores dificuldades serão encontradas na efetivação do cotejo de causas quando da análise da existência ou não de identidade essencial, pois como ressalva Michele Taruffo, o que torna um caso difícil (*hard case*), não é somente a interpretação do direito, mas também dos fatos¹⁹⁶, que pode conduzir a respostas diversas para casos idênticos e a respostas iguais para casos apenas semelhantes.

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Faculdade de Direito do Sul de Minas, vol. 26, n. 2, p. 197, jul.-dez. 2010.

Assim, e o receio que se deve tomar nesse sentido, é que não se utilize a padronização decisória para se atingir a isonomia, apenas dimensionada para a resolução quantitativa das demandas seriais.

Nesta hipótese, e como tratou de esclarecer Dierle Nunes, “viola-se o mesmo princípio da igualdade quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma)”. Não se pode olvidar que haveria aí, também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade.¹⁹⁷

A estabilização de um quadro interpretativo que conduzirá a uma padronização decisória a formar uma efetiva decisão uniformizadora pressupõe, portanto, um contraditório dinâmico.¹⁹⁸

Nesse sentido, a liberdade decisória dos juízes deve, portanto, permitir a aplicação da decisão de modo discursivo (não mecânica), e de modo a respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Isso porque, e o que também contribui para o descrédito no Poder Judiciário, é que muitas vezes, ao receber tratamento diferenciado, percebe-se que decorre da mudança de posição do próprio órgão julgador, que acabou julgando sem considerar todos os argumentos possíveis na formação da sua convicção.¹⁹⁹

¹⁹⁷ NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva, a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 199, p.55, set.-2011.

¹⁹⁸ Nesse sentido, Dierle Nunes: “Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e em contraditório dinâmico, que importaria ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica de temática ali discutida. Seu papel deve ser o de uniformizar e não de prevenir um debate”.(NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 168).

¹⁹⁹ “Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes”. (NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva, a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 199, p. 55, set.-2011).

A ideia de isonomia no tratamento judiciário a processos análogos tem sido recorrente ao longo da evolução do direito brasileiro, sendo buscada por técnicas de eficácia e intensidade diversas, até se chegar à moralidade superlativa, que é a Súmula Vinculante, instituída pela EC nº. 45/2004 (art.103-A e parágrafos da CF), de que se tratará especificamente neste estudo.

Tirante o caso da súmula vinculante, cuja violação ou aplicação indevida levam à cassação do julgado, no mais, de ordinário, a só divergência entre a tese albergada numa decisão e a sufragada numa súmula ou jurisprudência predominante não é, de *per si*, causa de nulidade ou cassação do julgado. Pode-se dar em casos extremos, que a interpretação se mostre de forma tal desarrazoada ou delirante que venha a se configurar uma afronta direta à lei, ensejando a ação rescisória (art.485 do CPC, V: decisão que viola “literal disposição de lei”), mas ainda assim, o próprio sistema atenua esse contexto, dispondo a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Com isso, quer-se dizer ainda, que o própria sistema acomoda decisões controvertidas posto que não deflui qualquer conotação censória ao órgão *a quo*, senão o propósito de aprimoramento da resposta judiciária, inclusive para a preservação da desejável uniformidade com o decidido em casos análogos.²⁰⁰

3.1.2. Efetividade: economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais

Muito se discutiu sobre as causas da ineficiência e a morosidade da prestação jurisdicional que marcam este serviço público exercido pelo Estado, em regime de monopólio.

Retomando-se o ensaio elaborado pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth,²⁰¹ destinado a verificar as causas da inacessibilidade à justiça sob vários ângulos,

²⁰⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 162.

concluiu-se que o processo, enquanto instrumento de realização da justiça monopolizado pelo Estado, apresentava, na sua configuração, formalidades obrigatórias que contribuíam para a demora na resposta judicial.

Portanto, e para atingir a almejada efetividade, as reformas processuais deveriam levar em consideração medidas que considerassem o ganho de tempo e economia processual.

Relativamente ao tempo no processo, o que se verifica, é que as reformas de celeridade no Brasil, “não atuam na dimensão propriamente temporal, pois não estabelecem vínculos com tempos existentes fora do processo,”²⁰² ou seja, não se voltam à estabilização de expectativas contra o tempo ou que permitam manter expectativa de que, após certo período, o processo deverá ter terminado.

Para ilustrar melhor a questão, na Itália,²⁰³ diversamente, os movimentos pela celeridade do processo trouxeram mecanismos que adotam uma abordagem mais direta, como o caso da Lei nº 89 de 24 de março de 2001, a lei Michelle Pinto, fundada na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais. Segundo o art. 6º da Convenção, todos têm direito a um processo justo, o que inclui o julgamento em tempo razoável, sob pena de ressarcimento por parte do Estado.

²⁰¹ Sobre o tema, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

²⁰² ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do direito e a previsibilidade das decisões judiciais na reforma do processo civil brasileiro*: aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo. Tese de Doutorado. Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p. 282.

²⁰³ “Em julho de 2012, foram introduzidas modificações na Lei Michelle Pinto de modo que (a) a decisão nesses recursos passa a ser monocrática e com um procedimento simplificado; (b) é estabelecido um parâmetro objetivo para violação da razoável duração do processo: três anos em primeira instância, dois em segunda instância e um em recurso de análise de constitucionalidade (“*giudizio di legittimità*”); (c) é estabelecido um parâmetro objetivo de indenização: € 1.500 por cada ano ou fração de ano superior a seis meses além da duração razoável. Não se tratam, no entanto, de mecanismos que garantam duração menor do processo, mas apenas de mecanismos que garantem (e limitam) o pagamento de indenização pelo Estado, cujos elevados valores suscitam a justa pergunta se não seriam mais bem investidos no aprimoramento do Poder Judiciário”. Sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu, José Rogério Cruz e Tucci (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. *Garantias Constitucionais do processo civil*: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998, p. 237-239.

Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos fixou o entendimento de que a duração razoável do processo é calculada, no processo civil, a partir da ciência da citação ou do protocolo do recurso e, no processo penal, a partir do conhecimento oficial das acusações. O termo final é o trânsito em julgado da sentença após três instâncias recursais ou trânsito em julgado da decisão. Para a corte, a duração do processo deixa de ser razoável quando ultrapassa três anos em qualquer das instâncias, considerando, no entanto, a complexidade do processo, o comportamento das partes (não imputável ao Estado) e a conduta das autoridades. A lei permite, portanto, o uso de um recurso extraordinário aos Tribunais de Apelação da Itália fundado na violação à duração razoável do processo. Da decisão desses tribunais, cabe recurso à Corte Europeia.

No Brasil, portanto, os mecanismos de reforma que visam à celeridade do procedimento foram, portanto, voltados à supressão de etapas processuais, autorizadas diante da previsibilidade da decisão. Tais reformas não inferem na autonomia temporal do processo, ou seja, a garantia razoável do processo não diz, por si só, quanto tempo o processo deverá durar e se, esse tempo, será adequado às expectativas das partes litigantes.

Porém, estabelecer um prazo máximo para a razoável duração do processo parece afigurar-se como medida que não resolveria o problema da morosidade, e mesmo na Itália, em que se verifica que o prazo foi estabelecido de forma objetiva (3 anos em qualquer das 3 instâncias), o máximo que se chegou foi a um direito de indenização pela violação da duração razoável, o que somente poderá ser efetivamente atingido através da propositura de um segundo processo, sem qualquer economia de tempo, mas iniciando-se um novo ciclo para a obtenção da prestação da tutela jurisdicional.

Além do critério, tempo, verifica-se que a eficiência judicial também pode ser analisada sob um aspecto financeiro. Os custos para acionar a máquina judiciária nem sempre possuem a contrapartida equivalente relativamente ao pagamento de custas e taxas judiciárias.

Como já se destacou, a opção política de isentar a Administração Pública direta e indireta, responsável por mais de 90% do movimento judiciário tem relevante impacto na estrutura.

Com isso, o que se pretende dizer é que, embora não se descarte a necessidade de mudanças e rupturas comportamentais decorrentes de imposições normativas para o alcance da efetividade da tutela jurisdicional, parece-nos que a ineficiência judicial não decorre de um problema exclusivamente legislativo, ou de adequação dos instrumentos processuais, mas principalmente, de dificuldades estruturais, cujas causas e alternativas precedem às alterações dos Códigos de Processo Civil.²⁰⁴

Sem dúvida, não se pode menosprezar a intenção de todas as recentes e sucessivas reformas legislativas que buscaram criar técnicas processuais de julgamento macromolecular para conter a excessiva litigiosidade, da mesma forma que não se pode descartar que a norma processual é imperiosa à adequação de procedimentos nos marcos temporais da moderna e complexa sociedade, a exemplo do que se verificou com o a busca pela informalidade, a gratuidade da justiça, o aproveitamento dos atos processuais e mais recentemente, o processo eletrônico.

Porém, e neste ponto concordamos com Evane Beiguelman Kramer, por melhor que seja a qualidade da legislação e dos juízes que exerçam a jurisdição, “não será efetiva se não houver condições de governança judiciária eficientes ao desenvolvimento dos atos processuais que dão corpo ao instrumento que é o processo.”²⁰⁵

A organização da Justiça continua, em muitos pontos, dissociada da realidade social que nos cerca, talvez porque tal realidade seja marcada por profundas contradições sociais, econômicas, políticas e regionais que dificultam essa análise.

²⁰⁴ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, frise-se, em 1988 já observava que o sistema processual não tem natureza e objetivos puramente técnicos, mas se insere no universo axiológico da sociedade a que se destina: “A grande guinada metodológica da ciência processual neste século, é representada pela tomada de consciência da necessidade de observar todo o sistema de partir de perspectivas externas, sendo insuficiente o tradicional exame introspectivo, pelo ângulo interno. Do século passado para cá, o processualista soube bem definir conceitos e estruturar harmoniosamente institutos, superando o sincretismo das origens e tornando definitiva a conquista da autonomia do direito processual. Chegou o momento, então, em que se apercebeu de que já sabia o que precisava, para o uso do mecanismo segundo os postulados tradicionais. Daí a insatisfação, primeiramente demonstrada mediante a busca do substrato constitucional dos institutos e princípios do processo e, agora, pelo empenho em situar o sistema processual no contexto das realidades sociais e políticas da nação.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114).

²⁰⁵ KRAMER, Evane Beiguelman. Por que reformar o Código de Processo Civil? Análise das alterações legislativas *vis a vis* à formulação de uma política pública de prestação jurisdicional eficiente. In SILVA, José Anchieta da (org.). *O novo processo civil*. Colégio Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2012, p.183 e ss.

No entanto, e firmamos o nosso entendimento nesse sentido, não há como resolver a multiplicidade de conflitos de configurações variadas antes de conhecer a realidade sócio-político-econômica do País, para que em relação a ela se pense na correta estruturação de Poderes e adequada estruturação da Justiça, de forma a corresponder com eficiência, quantitativa e qualitativa, às exigências que tais conflitos trazem.

E para que seja possível realizar uma avaliação crítica do sistema jurídico do País, é necessário o mapeamento permanente, através de pesquisa realizada por especialistas de várias áreas e orientada à aferição da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica a que se destina.

Com base nestes estudos é que se defende a elaboração de uma política pública judiciária, que proporcione aos jurisdicionados uma solução mais participativa e adequada dos conflitos, fixando-se um mínimo de organicidade, qualidade e controle à sua prática.²⁰⁶

Fazer política pública de melhoria do acesso à justiça é, a nosso ver, buscar a eficiência judicial, com modelos concretos de gestão da estrutura judiciária para alargar a análise da efetividade processual apenas associada às mudanças de ordem normativa, que se frise, não têm obtido os resultados esperados.

Estabelecer tal política se apresenta como uma atribuição do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), uma vez que o art.103-B, §4º, inciso II da CF/88 que criou o CNJ,²⁰⁷

²⁰⁶ Nesta percepção, Kazuo Watanabe ressaltou a ausência de uniformidade e qualidade dos serviços oferecidos. Em São Paulo, os conciliadores seriam voluntários, não recebendo qualquer remuneração. Em muitas Comarcas, prestam serviços como conciliadores os alunos de direito, que teriam a orientação de algum professor. Na Bahia, a conciliação estaria a cargo de um funcionário nomeado especialmente para esse fim, que recebe um salário fixo. No Rio Grande do Sul, a conciliação estaria a cargo de juízes leigos, que recebem remuneração calculada por tarefa executada. Em várias comarcas e também em segundo grau de jurisdição, há práticas importantes de mediação e conciliação organizadas pelos Tribunais de Justiça, mas trata-se de experiências esparsas, sem critérios uniformes para capacitação, treinamento e atualização dos mediadores/conciliadores, ponto sumamente preocupante, uma vez que diz com a qualidade dos serviços oferecidos. (WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, p. 382-383, mai.2011).

²⁰⁷ “Art. 103-B. (...)”

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

(...)

determinou entre as suas atribuições a de zelar pela observância do art. 37 da CF/88, que preconiza a atuação do Poder Judiciário com eficiência.²⁰⁸

E a elaboração de uma política pública que busque estabelecer um conjunto de ações voltadas à realização de *standard* constitucional da duração razoável do processo, não é propriamente, uma novidade.

Ao assumir o cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Cezar Peluso cuidou de concretizar a Política Nacional de Conciliação,²⁰⁹ nomeando uma comissão para proceder aos respectivos estudos, o que resultou na Resolução nº. 125, de 29.11.2010, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça institucionalizou a “Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.”

Como esclareceu o próprio Ministro Cezar Peluso, essa política teria, portanto, dois objetivos básicos: (i) firmar, entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas; e (ii) oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”.

²⁰⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

²⁰⁹ Como pontos importantes dessa Resolução, destacam-se: (i) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa; (ii) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; (iii) obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; (iv) é imposta aos Tribunais a obrigação de criar: (1) Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; (2) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. (WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, p. 382-383, mai.2011, p. 386).

forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas Cortes de Mediação e Conciliação.²¹⁰

Desta forma, o Poder Judiciário adotaria um importante filtro na litigiosidade, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, asseguraria aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa e, além disso, atuaria de modo importante na redução da quantidade de conflitos a serem judicializados, sem o desperdício de tempo e recursos, uma vez que a sua solução pelos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos certamente determinaria a redução substancial da quantidade de sentenças, de recursos e de execuções judiciais.

Embora o móvel desta Resolução seja louvável, trata-se, inegavelmente, de ambiciosa alteração estrutural do Poder Judiciário, e verifica-se destarte, ainda pendente de implementação em grande parte dos Estados da Federação.²¹¹

Em um país como o nosso, que adota o sistema da jurisdição uma, em que cabe ao Judiciário dizer a última palavra em matéria de direito, não se pode pensar apenas no sistema da resolução de conflitos através da adjudicação da solução pela autoridade estatal.

Ao Estado, incumbiria organizar todos os meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder

²¹⁰ PELUSO, Cezar. Mediação e Conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p.16, jul.2011.

²¹¹ Nesse sentido, a proposta legislativa de alteração da Lei de Ação Civil Pública (artigos 19 e 57, § 4º do Projeto de Lei nº. 5.139/2009:

“Art.19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§4º Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistentes em programa extrajudicial. (...) §4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.”

Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, PROCON, Defensoria Pública, procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até entidades privadas (v.g., sindicatos, comunidades de bairros, associações civis).²¹²

Com efeito, tal proposta não dispensa a participação da comunidade na administração da Justiça. A par das vantagens mais evidentes, que são a celeridade e maior aderência da Justiça à realidade social, a participação da comunidade traz, ainda, o benefício de conferir maior credibilidade à Justiça, através do sentido pedagógico da administração da justiça, propiciando o espírito de colaboração.

Aos que tiverem a oportunidade de participar, conhecerão melhor a Justiça e cuidarão de divulgá-la ao segmento social a que pertencem. Demais disso, a organização de uma Justiça com essas características, organizada para pessoas que a procuram, ordinariamente pouco instruídas, faculta também a informação e orientação, enquanto serviços paralelos²¹³, os quais se completam com a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Assim, contextualizar o Poder Judiciário como protagonista da solução do problema da efetividade, atribuindo-lhe a possibilidade de formular políticas públicas, além de aglutinar a prática dos atos dentro do processo judicial, permitirá que possa agir como um organismo funcional de pacificação social, devendo nesta medida, organizacional e institucional, fixar as próprias metas de resultado e eficiência.

²¹² Kazuo Watanabe destaca que: “É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução de conflitos de interesse”. (WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, DINAMARCO; Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 133).

²¹³ Para Kazuo Watanabe, os serviços de informação e orientação constituem serviços “paralelos”. E explica: “Paralelo é um modo de dizer, pois na verdade é um serviço que se completa com o de solução de conflitos, formando um todo único. Juizados Informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas que não tenham o serviço de informação e orientação, além do serviço de assistência judiciária, não estão completos e não cumprirão o relevante papel que lhes é destinado”. (WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 133-134).

3.1.3. Segurança jurídica: previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo e a estabilidade das relações jurídicas

Na acepção corrente, a certeza consiste na previsibilidade das consequências jurídicas das ações humanas. Os homens têm necessidade de saber como serão qualificadas objetivamente suas ações e o resultado delas.²¹⁴

É notório que ao Judiciário não é dado o poder de inovar; sendo esta uma tarefa da lei, de modo que uma lei ou um ato normativo incerto conduz a uma situação contrária ao direito, que impõe todo esforço no sentido de sua superação.²¹⁵

Destarte, a jurisprudência deve manter-se o mais visivelmente estável, pois a estabilidade do entendimento dos tribunais acerca das normas jurídicas é o grande ponto de apoio do ordenamento jurídico, que presume a segurança das relações, necessária à paz social.

Nas palavras do Ministro Alfredo Buzaid, “o dissídio é um mal que precisa ser reparado, porque havendo na apreciação da mesma norma legal duas interpretações contraditórias, se uma é verdadeira, a outra por certo não o é.”²¹⁶

Não se discute que seja compreensível que as normas se prestem a divergências interpretativas, já que, como ressaltou Rodolfo de Camargo Mancuso, podem ser examinadas sob vários aspectos: a extensão do seu conteúdo, a interpretação gramatical, vigência temporal e espacial, ou ainda, a sua eficácia real ou social.²¹⁷

²¹⁴ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

²¹⁵ Conferir, por todos, Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva: 1969, v. 2, p.530.

²¹⁶ Tribunais de Alçada – Anais do VI Encontro, Belo Horizonte, 1983, p.40.

²¹⁷ “É, pois, compreensível que as normas se prestem a divergências interpretativas, sob os vários prismas em que elas podem ser examinadas: seu alcance (compreensão/extensão de seu conteúdo); sua formulação verbal (interpretação gramatical); sua vigência temporal e espacial; ou ainda sua eficácia real ou social, ou seja, saber se a norma ainda é efetivamente impositiva, ou se o seu poder coercitivo já se desvaneceu, defasado por relevantes alterações sobrevindas aos fatos, comportamentos e interesses que existiam ao tempo de sua edição.(...) Considere-se, por exemplo, a descriminalização da conduta do adultério, tradicionalmente considerada antissocial, ofensiva à honra e violadora dos deveres matrimoniais, mas que, com o passar do tempo, foi perdendo aderência em face dos novos valores e interesses surgidos numa sociedade civil massificada e globalizada, que pouco ou nada tem a ver com aquela existente ao tempo da edição do vetusto Código Penal” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157).

Mas como esclarece Tércio Sampaio Ferraz Junior, já que estamos obrigados a interpretar (não há normas sem sentido, nem sentido sem interpretação), deve haver uma interpretação e um sentido que prepondere, e ponham um fim (prático) à cadeia das “múltiplas possibilidades interpretativas.”²¹⁸

A uniformização da jurisprudência, enquanto medida que conduz à previsibilidade, impõe-se como uma necessidade social, devendo o legislador prevê-la e regulá-la, a fim de assegurar a estabilidade da ordem jurídica, indispensável à confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, bem como na consolidação do respeito ao direito positivo.

É de importância indiscutível afastar as contradições e incoerências dos julgados, ou seja, prevenir divergências de orientação e tratamento diferente em situações idênticas. No entanto, o problema da uniformização de jurisprudência não deve obstaculizar a evolução do direito interpretado pelos tribunais.

Embora não se discuta que é desejável que a jurisprudência seja estável, não menos certo é que não se deseja permanença estática. Nas palavras de José Marcelo de Menezes Vigliar “A estabilidade deve ser considerada como importante valor e, simultaneamente, a flexibilidade deve existir sempre como uma efetiva possibilidade.”²¹⁹

O direito deve ser dinâmico em consequência de modificações políticas, sociais e econômicas, que induzem a que se possa fomentar entendimentos diversos. No entanto, enquanto forem as mesmas as condições em que ele surgiu, a tendência é a sua certeza, assegurada pela estabilidade de sua interpretação constante pelos tribunais.²²⁰

A previsibilidade da manutenção/reforma de uma decisão autoriza a supressão de etapas processuais, ou seja, pressupõe que a jurisprudência uniformizada torne o resultado do processo indiferente à atuação das partes. Quanto maior a certeza sobre o

²¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1978, p. 68.

²¹⁹ VIGLIAR, José Marcelo de Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

²²⁰ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, ano 12, n. 34, p. 29, jul. 1985.

resultado, menor a motivação para participar do processo e para que a decisão, conhecida de antemão, seja justificada.²²¹

Assim, a uniformização da jurisprudência teria por compromisso não apenas a noção formal da justiça, segundo a qual os casos iguais serão decididos igualmente, mas também, a estratégia de acelerar o procedimento, para que “os casos desiguais, não fossem julgados de modo desigual, mas sempre que possível, também de modo rápido, ou seja, igual.”²²²

Os mecanismos processuais de gerenciamento de demandas ao diminuir drasticamente as decisões possíveis, bloqueiam o acesso aos Tribunais, editam Súmulas, vinculantes ou não, podem constituir flagrantes autorizações para deixar de julgar.

Paradoxalmente, haverá espaço para que tais mecanismos sejam também um fator de incerteza: incerteza quanto à classificação do caso concreto como igual ou desigual, incerteza quanto à interpretação/aplicação da súmula, incerteza quanto à justiça/equidade da decisão, e por fim, a incerteza quanto à legitimação da decisão sem contraditório.

Assim, e a solução que se propõe na linha de pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier,²²³ é que para a adequada utilização desses mecanismos, será necessário distinguir entre ambientes de decisão rígidos e frouxos, conforme o ramo do direito (os princípios) que informe o caso concreto. Assim, em matéria de direito tributário, direito administrativo, matérias fortemente orientadas à formação de litigiosidade repetitiva e que devem obedecer ao princípio da legalidade, haveria um ambiente propício, legitimador da máxima utilização dos mecanismos de previsibilidade, permitindo a decisão de casos a partir de uma noção de identidade total (mesma decisão para vários casos). Já em matéria de responsabilidade civil, direito de família e outras, plenas das cláusulas e conceitos

²²¹ ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do direito e a previsibilidade das decisões judiciais na reforma do processo civil brasileiro: aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo*. Tese de Doutorado. Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014, p, 283.

²²² *Idem, ibidem*, p. 284.

²²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In _____ (coord). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1295.

abertos, seriam recomendáveis mecanismos de previsibilidade mais flexíveis, que buscassem, no caso a caso, mediante interpretação dos precedentes, extrair regras de decisão.

3.2. MECANISMOS PROCESSUAIS DE GERENCIAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A jurisprudência resultante da solução de litígios individuais que germinaram de conflitos de massa, reclama técnicas de uniformização que atentem às circunstâncias peculiares às causas envolvidas.

Tal técnica deve considerar o dado quantitativo expressivo que as demandas repetitivas representam no cenário judiciário nacional, bem como a preservação do princípio da igualdade a todos os casos idênticos ou similares, nelas deduzidos, ante a origem comum das pretensões.

A expectativa sobre tal técnica é que deva ser hábil o bastante para paralisar ou desgastar a disseminação de decisões com conteúdos divergentes, proferidas nos múltiplos casos idênticos ou semelhantes, afastando o tratamento desigual dispensado aos casos concretos, e gerando a necessária segurança jurídica. Ao mesmo tempo, deve criar condições de maior segurança jurídica e isonomia no tratamento dos litigantes em face do grau de previsibilidade que situações similares receberão, através do mesmo julgamento.

Todavia, e para que seja mantido o foco do presente trabalho, não cabe aqui discorrer sobre todas as especificidades de cada um dos mecanismos processuais que podem ser considerados como técnicas de tratamento molecular dos litígios, o que nos interessa é apenas demonstrar a tendência de coletivização da tutela discorrendo sobre o papel da jurisprudência no intuito de otimizar a prestação jurisdicional.

Com efeito, o julgamento conjunto das demandas repetitivas constitui, portanto, medida recomendável para diminuir a morosidade, levando-se em consideração que: (i) implicará a 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 (aspecto quantitativo),²²⁴ e (ii) no aspecto qualitativo, se for bem aplicada, a técnica de julgamento de causas repetitivas também representará um ganho de qualidade em relação à repetição, pura e simples, de decisões proferidas em outros processos individuais, evitando o exercício da jurisdição de maneira inconveniente ou "pasteurizada", sendo esta última, nada mais do que uma prestação da tutela jurisdicional seriada e despreocupada com o caso concreto, onde o que vale é decidir de forma rápida e se "livrar" o quanto antes daquele processo, dispensando-se a fundamentação adequada da sentença.²²⁵

Verifica-se que algumas técnicas estabelecem procedimentos de uniformização de jurisprudência em relação a questões de origem comum, é o caso: do incidente de uniformização de jurisprudência interna de Tribunais, previsto nos arts. 476 a 479 do CPC; o mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial (Lei n.10.352/01, que acrescentou o §1º ao art. 555 do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais previsto no art.14 Lei n. 10.259/2001; e a súmula vinculante do STF decorrente de reiterados julgados sobre matéria constitucional, prevista no art. 103-A da CF/1988 (introduzido pela EC 45/2004).

Outras técnicas, por sua vez, estabelecem procedimentos de julgamento coletivo de recursos que abordam questões comuns, e são assim classificados porque têm como característica primordial o sobrestamento de recursos que tratem da mesma matéria até pronunciamento definitivo sobre a questão comum pelo órgão *ad quem*: o julgamento "por amostragem" dos Recursos Excepcionais Repetitivos (Lei 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-B e 543-C ao CPC).

²²⁴ Exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Novo, p.16. No mesmo sentido, comentando os arts. 543-A, 543-B e 543-C do CPC (que versam sobre a repercussão geral e sobre os recursos extraordinários e especiais repetitivos), Barbosa Moreira explica: "Em mais de um país tem-se feito sentir o problema do acúmulo de trabalho nas Cortes Supremas. O grande número de litígios que lhes chegam, sobretudo por via recursal, é fator importante de retardamento do desfecho dos pleitos. Ademais, a considerável variedade dos temas suscitados pode desviar a atenção dos juízes para assuntos menores, com prejuízo da respectiva concentração nas questões de mais relevância". (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil* – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v.V: arts:476 a565. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 616).

²²⁵ Um outro obstáculo a ser superado, e também mencionado por Ovídio A. Baptista da Silva, é o nosso atual convívio com a oferta de "votos prontos", preparados antes do momento do julgamento e apenas lidos no dia marcado para o julgamento. Não se pode considerar este procedimento, propriamente, um julgamento público, e mesmo assim ele pode se dar por unanimidade, sem que os demais integrantes do colegiado proclamem publicamente os seus respectivos votos. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.Baptistadasilva.com.br/artigos>. Acesso em 04.11.2014).

Por fim, destacamos ainda procedimentos considerados inibidores de demandas repetitivas, através da ampliação dos poderes do juiz de primeiro grau, como a sentença liminar de improcedência contida no novel do art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei Federal 11.277/2006 e a súmula impeditiva de recursos (Lei n. 11.276/06, que acrescentou o art. 518,§1º CPC).²²⁶

3.2.1. Procedimento de uniformização de precedentes

3.2.1.1. O incidente de uniformização de jurisprudência interna de Tribunais

O incidente de uniformização de jurisprudência regulamentado pelos arts.476 a 479 do CPC corresponde à técnica da prevenção, por excelência, da divergência do entendimento jurisprudencial colocada à disposição dos Tribunais de Segunda Instância (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais), quando a divergência jurisprudencial for constatada entre seus órgãos fracionários, é dizer, entre suas Câmaras, Turmas, Grupos ou Seções.

Apesar de ser pouco visto na praxe forense, trata-se de instituto de extrema importância para evitar desigualdade na interpretação da lei. Por meio desse incidente, podem então ser extirpados os relevantes dissídios internos de interpretação de textos normativos em determinado tribunal.²²⁷

Compete a qualquer juiz, ao dar o seu voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento do tribunal pleno ou do órgão especial que lhe faça as vezes, acerca da interpretação do direito em tese quando: (i) verificar que, a seu respeito, ocorre divergência da jurisprudência quanto à questão jurídica *sub judice* (art. 476, inciso I do CPC); ou no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra

²²⁶ Classificação inicialmente apresentada por Luis Felipe Marques Porto Sá Pinto, mas fizemos adaptações para incluir, neste item, a Súmula Impeditiva de Recursos (Lei n. 11.276/06, que acrescentou o art. 518,§1º CPC). (PINTO, Luis Felipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios, tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.185, p. 124, jul.-2010).

²²⁷ A propósito, refere Barbosa Moreira que “o incidente da uniformização nada tem que ver com a divergência entre decisões de tribunais distintos, ainda que pertencentes à mesma unidade da Federação. A quem queira suscitar o incidente não aproveita a invocação de acórdão de outro tribunal.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.13, v. 5).

turma, câmara ou grupo de câmaras cíveis reunidas (art.476, inciso II do CPC).

Trata-se de um instrumento que pressupõe no inciso I do art. 476 do CPC a existência de diversidade de entendimentos (ainda que surgida no curso do julgamento do recurso ou da ação). E no inciso II, pressupõe a inexistência, ainda, da divergência. Comenta Mariana Capela Lombardi Moreto “No caso do inciso II, assim, é necessário que os votos proferidos no julgamento do recurso, ainda insuficientes para compor a maioria (pois senão estaria efetivamente criada a divergência ameacem criar a divergência, que até esse momento é potencial e não real.”²²⁸

Ainda, e sobre a divergência, José de Albuquerque Rocha destaca que

a divergência a que se refere o art. 476, ns. I e II, pode configurar uma contradição lógica, ou uma simples discrepância. A contradição lógica existe quando, em relação a um mesmo dispositivo de lei, formulam-se duas proposições inconciliáveis, de tal modo que uma seja, precisamente, a negação da outra. Nestas situações, entenderíamos, por evidentes razões de lógica, que o Tribunal haveria de se ficar em uma ou em outra, por impossibilidade, também lógica, de uma terceira alternativa (*tertium non datur*).²²⁹

Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, afirma que pouco importa a qualidade da divergência, isto é, se ela diz respeito a “questões constitucionais federais” ou a “questões legais federais”. O incidente diz respeito à divergência porventura existente sobre “qualquer tese jurídica, sendo de todo indiferente sua hierarquia ou fonte normativa.”²³⁰

Embora a iniciativa do incidente de uniformização de jurisprudência seja do juiz, a parte poderá ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer a instauração do incidente de uniformização (art.476, par. único do CPC).

Presentes os requisitos e admitido o incidente, haverá, portanto, uma verdadeira *cisão* no julgamento. Suscitada a questão, o órgão competente para julgamento do recurso deliberará sobre a existência, ou não, da divergência jurisprudencial. Se negativa for a

²²⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 228.

²²⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.105.

²³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p.357, vol.5.

resposta, o julgamento prosseguirá até seus ulteriores termos, nada havendo de peculiar na hipótese. Caso contrário, será lavrado acórdão que se limitará a reconhecer formalmente a instauração do incidente e que será distribuído a todos os integrantes do Tribunal. Os autos do recurso, em continuação, serão enviados ao presidente do Tribunal, que designará sessão de julgamento para que o órgão competente, indicado pelo Regimento Interno, manifeste-se sobre a questão de direito controvertida, com vistas a uniformizar o entendimento, tudo em conformidade com o art.477 do CPC.

O julgamento não será, necessariamente, realizado pelo pleno do tribunal, se neste houver distribuição interna de competência em razão da matéria. Cabe a cada tribunal estabelecer, em seu Regimento Interno, o órgão de maior hierarquia competente para o julgamento do tema a ser uniformizado.²³¹

Embora sejam silentes a respeito, os arts. 476 e 479, o recurso em que instaurado o incidente fica susgado, isto é, não tem qualquer andamento, até que o órgão competente se manifeste sobre a interpretação que deverá ser dada a questão sobre a qual há divergência no Tribunal.

A decisão da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal resulta na fixação da tese preponderante sobre determinada *quaestio juris*, com o que é retomado, junto ao órgão fracionário, o julgamento que fora suspenso. Nas palavras de Barbosa Moreira

(...) a solução dada à *quaestio iuris* pelo tribunal incorpora-se no julgamento da espécie, como premissa inafastável: o órgão suscitante, fosse qual fosse a interpretação que se inclinaria a adotar por si, tem de aplicar à hipótese a interpretação fixada pelo tribunal. Perdem toda e qualquer relevância os votos porventura já emitidos no órgão suscitante acerca da questão de direito.²³²

Firmado o entendimento por maioria absoluta, a interpretação por eles fixada “será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (art.479, *caput* do CPC). O julgamento será então retomado pela turma, câmara ou grupo

²³¹ ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.105.

²³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 24, v. 5.

de câmaras, que irá, aplicando a orientação ministrada pelo plenário ou corte especial, dar solução ao caso concreto.

A “súmula” referida pelo dispositivo não tem “efeitos vinculantes” mas, em plena harmonia com o “modelo constitucional do direito processual civil”, desempenha papel importante, até mesmo decisivo, na aceleração dos atos processuais no âmbito dos Tribunais, tornando legítima a atuação do relator para negar provimento a recursos (art.557, *caput*)²³³ e, até mesmo, perante a primeira instância, como se vê expressamente do art. 518,§1º do CPC e do art.475 do CPC.²³⁴

Por isso, seria correta a referência a elas como “súmulas persuasivas,”²³⁵ porque mesmo que seus efeitos não sejam vinculantes, no sentido de serem de observância obrigatória por seus destinatários, os seus efeitos transcendem e muito a regulação dos interesses e dos direitos do específico caso concreto a partir do qual foi instaurado o incidente aqui discutido. “Há nisto, a exemplo do que se dá com as súmulas vinculantes, um quê de objetivação no incidente destinado à sua criação, em contraposição à tradição do direito processual civil brasileiro, de se limitar a regulação de situações claramente individuais e subjetivas.”²³⁶

E esta seria a razão pela qual, Cassio Scarpinella Bueno²³⁷ defende que, a despeito do silêncio da lei processual civil, é irrecusável que terceiros (*amicus curiae*)

²³³ Nesta hipótese, o efeito vinculante da decisão do tribunal poderá não ocorrer, quando se impõe seu afastamento do caso concreto, como superveniência da súmula dos Tribunais Superiores, em sentido contrário ao fixado no incidente. Nesse sentido, o tribunal pode se afastar da própria tese firmada em incidente de uniformização, aplicando, desde logo, o entendimento superior.

²³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p.358, vol.5.

²³⁵ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 374-392 e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 275-279.

²³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p.358, vol.5.

²³⁷ Cassio Scarpinella Bueno destaca que “trata-se de intervenção de terceiros que, embora atípica, viabiliza uma mais ampla e, portanto, mais democrática, participação de entidades ou pessoas suficientemente representativas da sociedade civil e do próprio Estado fornecendo melhores condições para que o Tribunal decida sobre a tese jurídica a ser fixada” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p.358, vol.5.).

possam requerer sua intervenção no incidente (“intervenção espontânea”), desde já instaurado, ou, até mesmo, que sejam convocados para dele participar (“intervenção provocada”) ofertando a sua opinião sobre a melhor interpretação da tese jurídica que, uma vez definida, será transformada em súmula do Tribunal. São terceiros que não se confundem com as figuras idealizadas pelo direito processual civil porque sua intervenção não busca a tutela, direta ou indireta, de um direito próprio mas, bem diferentemente, de um interesse por ele suficientemente representado e que será afetado, em alguma medida, com a fixação de um precedente sobre uma dada tese jurídica, esta sim que lhe diz respeito diretamente.

Questões clássicas que se impõem: o incidente de uniformização de jurisprudência poderá ser instaurado depois da realização do julgamento do recurso, já em sede de embargos declaratórios? Se não houver julgamento do incidente por maioria absoluta, poderia mesmo assim, o órgão fracionário, escolher a tese vencida?

No primeiro caso, o melhor entendimento é o positivo, em função do inegável interesse público que existe na uniformização da jurisprudência dos Tribunais e na criação de seus precedentes, até mesmo para viabilizar um verdadeiro “exaurimento da instância” para fins do recurso extraordinário e do recurso especial. Ressalva a jurisprudência amplamente majoritária que a instauração do incidente aqui discutido não é obrigatória para os Tribunais, pelo que não existem mecanismos aptos a forçá-lo a tanto, sendo descabidos os embargos declaratórios para tal finalidade.²³⁸

No segundo caso, se não houver julgamento por maioria absoluta, comenta Araken de Assis que a doutrina se divide, havendo relevantes opiniões no sentido que não caberia ao órgão fracionário escolher a tese vencida; e outras, em sentido inverso, à qual o próprio autor se filia, que sustenta que a finalidade do instituto é a de uniformizar a jurisprudência, e não apenas sufragar uma das teses divergentes, com o que “o órgão de origem julgará livremente o caso, optando ou não pela tese simpática à maioria eventual e

²³⁸ STJ, 1ª Turma, REsp 745.363/RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 20.9.2007, DJ 18.10.2007, p. 270; STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 802.455/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 27.2.2007, DJ 26.3.2007, p. 277; STJ, 2ª seção, AgRg nos EREsp 620.276/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 28.6.2006, DJ 1º.8.2006 p.266; STJ, 6ª Turma, AgRg no Ag 574.272/RS, rel. Hamilton Carvalhido, 20.9.2005, DJ 5.12.2005.

insuficiente.”²³⁹ De toda maneira, e com razão, se a decisão do incidente não se der por maioria absoluta, não pode ser objeto de súmula, pois a questão de direito ainda não está suficientemente amadurecida para ser estabelecida a tese prevalente.

Por todas essas relevantes razões expostas, o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser considerado um expediente utilizado para racionalizar os julgamentos de causas repetitivas uma vez que permite que, firmado o entendimento do tribunal, passe a ser adotado em todos os casos isomórficos submetidos ao seu exame.

3.2.1.2. O mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial

O § 1.º do art. 555 do CPC, introduzido pela Lei 10.352/2001, estabeleceu um incidente que vem sendo chamado pela doutrina como “uniformização de jurisprudência preventiva”, justamente para contrapô-lo ao incidente disciplinado pelos arts. 476 a 479 do CPC, posto que bastaria a existência ou a iminência de divergência.²⁴⁰

Trata-se de prática estabelecida para todos os Tribunais, mas que era (e continua a ser) prática corriqueira no Supremo Tribunal Federal (art.22, parágrafo único, “b”, do RISTF) e no Superior Tribunal de Justiça (arts.14, II e 16, IV do RISTJ).

De acordo com o dispositivo, "ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar”, o qual, reconhecendo o “interesse público” na questão, passa a ter competência para julgar, desde logo, o recurso.

A “relevante questão de direito”, a que se refere o art. 555,§1º deve ser entendida como as teses jurídicas que têm aptidão a gerar “recursos múltiplos” ou “repetitivos” e que, justamente em face disto, justifica que o Tribunal se manifeste, desde

²³⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 324.

²⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 359, vol.5.

logo, sobre o assunto, para evitar dispersão de julgados e manter a coerência de entendimentos, o que, em última análise, atrita com o “princípio da isonomia” e, mais amplamente, com o próprio princípio da segurança jurídica.

Constitui, portanto, um incidente de uniformização de jurisprudência, mais simples e menos burocrático do que o previsto no art. 476 do CPC, embora seja restrito a agravos e apelações. Neste caso, o magistrado, antevendo que a questão pode multiplicar-se dando ensejo a diversidade de interpretações e entendimentos, já requer que o órgão colegiado indicado pelo Regimento Interno se manifeste desde logo sobre a interpretação que deve ser aplicada à hipótese, ou seja, o voto é tomado à luz de um caso concreto, e não em abstrato como ocorre no incidente de uniformização, daí porque não deve ser objeto de “súmula.”²⁴¹

A prática demonstra que a criação do julgamento inerente ao incidente dos arts. 476 a 479 enseja incontornáveis problemas relativos à duração do processo mas, mais do que isso, sua raríssima aplicação na prática do foro.²⁴²

Sobre esta assunção de competência para julgamento do recurso pelo órgão que o Regimento Interno do respectivo Tribunal indicar, pode-se afirmar que constitui um expediente eficiente para resolução de causas repetitivas, devendo ser prestigiada sua utilização, o que exige comprometimento dos integrantes dos tribunais, que devem zelar pela distribuição imediata e prioritária de recursos cujas questões façam antever o surgimento de massas de lides idênticas.

²⁴¹ VIGLIAR, José Marcelo de Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p.195.

²⁴² Mariana Capela Lombardi Moreto defende que: “Independentemente de qual procedimento seja o melhor, o único ou o bipartido (embora a autora defenda ser o bipartido, pois permite ao pleno ou órgão especial do tribunal concentrar-se na fixação da tese jurídica, sem se perder nas particularidades do caso concreto, reservadas à análise do órgão fracionário), o fato é que a Lei nº. 10.352/2001, ao criar o novo mecanismo ao lado do incidente de uniformização, acabou por gerar (mais) uma incoerência interna no sistema. Fere a lógica das coisas que sejam percorridos dois caminhos distintos para se atingir o mesmo objetivo. Na nossa concepção, ou bem o legislador deveria ter optado pelo procedimento único, e alterado a sistemática do incidente de uniformização; ou deveria ter optado pelo procedimento bipartido, adaptando o procedimento do novel mecanismo – a nosso ver – completamente desnecessário, como já dito. Não se deveria admitir essa indecisão, como se o legislador, sem saber qual procedimento seria melhor, houvesse tomado decisão salomônica.” (MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.239).

3.2.1.3. O incidente de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais

A Lei 10.259, de 12.07.2001, dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Em razão de tal diploma legal, foram instituídos os Juizados Federais, aos quais se aplica, no que com ele não conflitar, o disposto na Lei 9.099/1995.

Apesar de não haver previsão expressa semelhante na Lei 9.099/1995, a Lei 10.259/2001, inseriu a uniformização de interpretação de lei federal no seu art. 14. Tal instituto foi também inserido na legislação que trata dos juizados especiais da Fazenda Pública (arts. 18 e 19 da Lei 12.153/2009).

O art. 3.º da Lei 10.259/2001 dispõe que "Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças".

Portanto, às causas propostas nos Juizados Especiais Cíveis Federais acedem várias outras repetitivas, justificando-se, no âmbito dos Juizados Federais, um pedido de uniformização de interpretação de lei federal fundado na divergência entre decisões de Turmas Recursais de diferentes regiões ou em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ (art. 14 da Lei 10.259/2001).

O pedido de uniformização somente é cabível quando se tratar de divergência de questão de direito material. Se divergência disser respeito à aplicação de regra processual, revela-se inadmissível o pedido de uniformização. Para que se admita o pedido de uniformização, os julgados paradigmas devem ostentar semelhança quanto aos fatos do acórdão da Turma Recursal. Não demonstrada a semelhança fática, não se admite o pedido de uniformização.

Finalizado o julgamento, para suscitar o pedido de uniformização, o vencido deve alegar a existência de divergência entre Turmas Recursais da mesma região, caso em que o pedido será julgado em reunião conjunta das turmas conflitantes, sob a presidência do Juiz Coordenador. Se, por exemplo, a Turma Recursal de Pernambuco divergiu de

precedente da Turma Recursal de Sergipe, ambas integrantes da 5.^a Região, o pedido de uniformização deve ser julgado pela reunião das Turmas Recursais dessa mesma 5.^a Região.²⁴³

Por sua vez, se a divergência ocorrer entre Turmas de diferentes regiões, entre turma e súmula ou jurisprudência dominante do STJ, ou de jurisprudência da própria TNU²⁴⁴, ou ainda, quando divergir de precedente do STF,²⁴⁵ o pedido de uniformização será julgado pela Turma Nacional de Uniformização - TNU, que é integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal (art.14,§2º, da Lei nº. 10.259/2001).

Por falta de previsão constitucional, não existe efeito vinculante nos enunciados da súmula da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

Quando o entendimento da TNU contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência (art.14, §4º, da Lei nº. 10.259/2001). Ou seja, é o mesmo que dizer que, se o STJ for provocado, deverá prevalecer o seu entendimento, já que o tribunal superior dificilmente dirimirá a divergência julgando contra súmula por ele próprio emitida.

Ainda, diante da plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, o relator poderá, conceder, de ofício ou a requerimento, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida (§ 5.º do art. 14), até julgamento final do incidente pelo STJ.

Esse procedimento admite a participação coletiva, ou seja, o relator poderá,

²⁴³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, p. 195, mar.2011.

²⁴⁴ A Res. CJF 22, de 04.09.2008, dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional. Nos termos de tal resolução, é possível ao relator já dar provimento imediato ao incidente de uniformização, se o acórdão da Turma Recursal estiver em contraste com súmula ou jurisprudência dominante da própria Turma Nacional.

²⁴⁵ Chama a atenção não haver previsão na lei para o caso de divergência entre turma e súmula ou jurisprudência no STF, mas a referida resolução (CJF 22, de 04.09.2008) também permite o pedido de uniformização em que se alegue que o acórdão da Turma Recursal está a divergir de precedentes do STF.

ainda, se necessário for, pedir informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma Nacional de Uniformização e ouvirá o Ministério Público em cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 dias.

Enquanto o STJ não se pronuncia sobre o caso, eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos. Julgado o caso pelo STJ, os pedidos que ficaram retidos serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo STJ (art.14,§9º).

Assim como o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art.476 do CPC, o referido pedido de uniformização funciona como um típico mecanismo processual de coletivização de questões comuns que sirvam de fundamento em causas repetitivas, já que, como bem observa Antonio do Passo Cabral,

prevê vários mecanismos assemelhados ao *Musterverfahren*: a possibilidade de suspensão dos processos onde a controvérsia tenha lugar, para espera da decisão coletiva (art. 14, § 5.º); retenção de pedidos de uniformização idênticos (§ 6.º); amplo exercício do contraditório pelos interessados (§ 7.º); cisão da cognição, com julgamento da pretensão individual pelo juízo de origem (§ 9.º); possibilidade de transferência da competência para julgamento a órgãos judiciários hierarquicamente superiores para resolução uniforme das questões (§§ 1.º; 2.º e 4.º).²⁴⁶

Denominado pela legislação como incidente, na verdade, o instituto tem verdadeira natureza recursal²⁴⁷, em nada se assemelhando aos incidentes de uniformização de jurisprudência. A diferença reside substancialmente no fato de que o pedido de uniformização de jurisprudência tem efeitos modificativos sobre o que fora decidido, enquanto o incidente de uniformização, por sua vez, é julgado antes do próprio recurso.

²⁴⁶ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, vol. 147, p. 144, maio 2007.

²⁴⁷ Os Juizados Especiais orientam-se pela simplicidade e celeridade processual nas vertentes da lógica e da política judiciária de abreviar os procedimentos e reduzir os custos. Diante da divergência entre decisões de Turmas Recursais de regiões diferentes, o pedido de uniformização tem a natureza jurídica de recurso, cujo julgado, portanto, modificando ou reformando, substitui a decisão ensejadora do pedido. A decisão constituída pela Turma Uniformizadora servirá para fundamentar o juízo de retratação das ações com o processamento sobrestado ou para ser declarada a prejudicialidade dos recursos interpostos". (ALVIM, José Eduardo Carreira; ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 201-202).

Mas além disso, enquanto o incidente de uniformização busca resolver questão jurídica, o pedido de uniformização só terá cabimento se houver divergência sobre questões de direito material.

Neste ponto, e a crítica que se faz, não há por que limitar o pedido de uniformização a questões materiais, quando questões processuais podem também suscitar divergência e são igualmente relevantes²⁴⁸. Tanto é verdade que se diz que análises realizadas nos tribunais superiores resultaram na percepção de que a maioria das questões dizia respeito a questões de cunha processual e que a restrição foi promovida justamente com o intuito de diminuir a incidência recursal.²⁴⁹ Nada mais ilógico; para tornar efetivo o mecanismo de uniformização, o raciocínio deveria ser, no mínimo, em sentido contrário, de modo a contemplar, se não todas, pelo menos as hipóteses mais frequentes.

3.2.1.4. A Súmula Vinculante

No nosso sistema, qualquer decisão judicial pode surtir efeitos persuasivos e, portanto, servir de modelo para decisões posteriores em casos semelhantes. Basta que a parte a invoque para sustentar sua tese jurídica, ou que o juiz a ela faça referência para fundamentar a sua decisão. Não há regras rígidas que determinem quando e como isso pode acontecer.

Normalmente, porém, precedentes judiciais isolados não costumam dar azo a esse tipo de efeito, muito mais impactante e persuasiva é a citação de jurisprudência, representada por um conjunto uniforme e reiterado de decisões dos tribunais em determinado sentido.

Em regra, as súmulas representam entendimento consolidado e reiterado do tribunal que a edita, mas nem sempre isso acontece e a por vezes, as súmulas se formam com base em um único precedente. Embora fosse extremamente desejável que o requisito

²⁴⁸ CAMBI, Eduardo. Uniformização das questões de direito nos juizados especiais cíveis e federais: a criação do recurso de divergência. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 10.352/2001* (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.177.

²⁴⁹ MARINHO FILHO, Luciano. Paralelo analítico entre mecanismos de uniformização de jurisprudência no direito processual pátrio. *Revista Dialética de Direito Processual*, n.90, p.54/65, set.2010.

da existência de repetidas decisões anteriores se colocasse em relação a todas as súmulas, tal qual é posto em relação à súmula vinculante, a ausência de posicionamento constante e firme do tribunal não é óbice para a edição das súmulas de jurisprudência predominante – ou seja – paradoxalmente, nem sempre as súmulas da jurisprudência predominante refletem a jurisprudência predominante²⁵⁰.

A súmula vinculante foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004,²⁵¹ por intermédio do art.103-A²⁵², e permite que o STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após *reiteradas* decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que terá efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Na definição de Sérgio Shimura, “trata-se de mais outra forma de uniformização de jurisprudência, agora com força obrigatória em relação a determinados entes ou pessoas, com o escopo de prevenir litígios, conferir celeridade e previsibilidade na outorga da tutela

²⁵⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.165

²⁵¹ A Emenda Constitucional introduziu a chamada “Reforma do Poder Judiciário”, e com a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, assegurou a todos, no âmbito administrativo ou judicial, o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Por meio da referida Emenda, estabeleceram-se diversas alterações e inovações no âmbito das disposições constitucionais relativas ao Poder Judiciário, destacando-se, para os fins do presente trabalho, as seguintes: (a) exigência do requisito da repercussão geral em recurso extraordinário como condição de admissibilidade do apelo extremo. Isto é, para que o recurso extraordinário possa ter o mérito apreciado pelo STF, além de atender aos demais requisitos de admissibilidade recursal (tempestividade, preparo, prequestionamento, etc.) deve demonstrar que as questões constitucionais discutidas no caso em análise extrapolam os limites da lide individual (art.102,§3º da CF/88); e (b) a possibilidade de o STF aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art.103-A da CF).

²⁵² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

jurisdicional nas hipóteses repetitivas, evitando a multiplicação e a eternização dos processos”.²⁵³

A percepção nos parece correta ao levar em consideração que a existência de divergência sobre a matéria a ser sumulada constitui requisito para a edição de súmula vinculante, restando nítido, portanto, o seu propósito uniformizador.

Com efeito, o §1º do art.103 da Constituição Federal explicita que a súmula tem por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Outro requisito para a edição da súmula vinculante diz respeito à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de exaustivos debates e discussões no STF, ou seja, decorreria de decisões tomadas em casos concretos e só poderia ser editada após decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

O intuito dessa regra é justamente fazer com que as súmulas vinculantes reflitam entendimento efetivamente consolidado dentro da corte, evitando que os enunciados sofram revisão, ou sejam cancelados logo em seguida.

Trata-se, portanto, de importante mecanismo para a racionalização das causas repetitivas já que um dos requisitos é a existência de reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, o que demonstra que a súmula vinculante guarda pertinência com as demandas de massa.

Em regra, o conteúdo das súmulas é formulado a partir de questões de massa, homogêneas, envolvendo, por exemplo, matérias previdenciária, administrativa, tributária ou até mesmo processual, suscetível de uniformização e padronização.

²⁵³ SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim* (obra coletiva). ASSIS, Araken, ARRUDA ALVIM, Eduardo, NERY JR., Nelson, MAZZEI, Rodrigo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e ALVIM, Thereza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.900.

A aprovação, bem como a revisão e o cancelamento da súmula verifica-se mediante decisão de dois terços dos membros do STF, de ofício ou por provocação dos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (§2º do art.103-A da CF) e de pessoas ou entes que viessem a ser autorizados em lei.

Com isso abre-se, assim, a possibilidade de a sociedade participar, pelos seus diversos segmentos, do processo de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, evitando a cristalização da jurisprudência.

O referido art. 103-A da CF foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19.12.2006, que disciplinou o procedimento para edição, revisão ou cancelamento do enunciado da súmula vinculante. Ampliou o rol de legitimados acrescentando aos do art.103 da CF, o Defensor Público Geral da União e vários órgãos do Poder Judiciário: os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Federais. O Município também poderá propor a edição, revisão ou cancelamento da súmula, incidentalmente, no curso de processo em que seja parte, sem suspensão deste.

Mas os únicos representantes da sociedade civil continuam sendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito federal, já legitimados às ações diretas de declaração de inconstitucionalidade.

A lei ainda prevê que o relator permita, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, num paralelo com o instituto do *amicus curiae*, já adotado nas ações diretas de controle da constitucionalidade.

A súmula vinculante tem eficácia imediata, mas o STF pode restringir seus efeitos ou determinar que tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público. Portanto, os efeitos da súmula, que são vinculantes e, em regra imediata, poderão ser modelados pelo STF, que, conforme

a circunstância do caso, poderá determinar que seus efeitos sejam produzidos a partir de certa data.²⁵⁴

A proposta de edição, revisão ou cancelamento da súmula não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão. Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição do enunciado da súmula, o STF, de ofício ou mediante provocação, procederá a sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Finalmente, nos termos da Constituição e da lei, da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado da súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplica-la indevidamente, caberá reclamação ao STF, sem prejuízo dos recursos ou outros meios administrativos de impugnação. A lei ainda determina que contra omissão ou ato da Administração Pública, a reclamação só será cabível após o esgotamento das vias administrativas. Se a reclamação for julgada procedente, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial, determinando que outra seja proferida, com ou sem a aplicação da súmula conforme o caso.

A título de curiosidade, o STF já editou 37 súmulas vinculantes,²⁵⁵ sendo a última: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia”.

Editada a súmula vinculante, os órgãos jurisdicionais devem seguir a orientação firmada pelo STF, resolvendo todos os casos repetitivos que envolvem a questão constitucional contida no enunciado da súmula vinculante. Com isso, alcança-se a desejável uniformidade jurisprudencial que deve existir no trato das causas repetitivas, com

²⁵⁴ Foi exatamente o que ocorreu com a Súmula Vinculante n.º 8 (“são inconstitucionais o parágrafo único do art.5º do Decreto Lei n.º. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei n.º. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”), a qual teve seus efeitos modulados, para ressaltar que os contribuintes não terão direito à restituição dos créditos pagos que passaram a ser considerados prescritos, exceto se a apresentação de seus requerimentos administrativos ou o ajuizamento de suas ações judiciais tenham sido feitos até a data do julgamento dos REs n.º. 556.664/RS, 559.882/RS 559.943/RS e 560.626/RS. (CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes e desvinculação da jurisprudência. In *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo, Dialética, n. 77, p. 76/77, ago. 2009).

²⁵⁵ Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_033>. Acesso em 12.11.2014.

o que se assegura, de igual modo, a indispensável isonomia relativamente aos casos massificados.

Portanto, ainda que a súmula vinculante não seja capaz de solucionar todas as mazelas que atrasam a solução dos litígios, não se pode negar que a criação da súmula vinculante teve o condão de transformar a jurisprudência do STF, e ao menos um pouco tende a contribuir para a aceleração do procedimento, em todas as instâncias.

3.2.2. Procedimento de julgamento coletivo de recursos

3.2.2.1. O julgamento “por amostragem” dos Recursos Excepcionais Repetitivos

O fenômeno da multiplicação de causas repetitivas é fortemente sentido pelos tribunais superiores, que faz acumular consideravelmente sua carga de trabalho. Para racionalizar o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, foram inseridos no Código de Processo Civil os arts. 543-B e 543-C do CPC.²⁵⁶

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do STF, observado o disposto no art. 543-B do CPC. Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (art. 543-B, § 1.º, do CPC).

De acordo com o § 2.º do art. 543-B do CPC: "Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não

²⁵⁶

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

admitidos". O STF julgará *um*, ou alguns, recurso(s) extraordinário(s), que envolva(m) a mesma questão de direito. Se negar a existência de repercussão geral, todos os demais, que ficaram sobrestados, no aguardo da definição daquele recurso escolhido para análise, reputam-se não admitidos.

Reconhecida a existência da repercussão geral, e "julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se" (art. 543-B, § 3.º, do CPC). Se não houver retratação, admitido o recurso extraordinário cujo processamento ficara sobrestado, poderá o STF, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4.º, do CPC).

Embora a repercussão geral tenha o intuito primordial de filtrar os recursos extraordinários que serão julgados pelo STF, fazendo com que o tribunal deixe de se ocupar de questões menores, de interesse somente das partes da demanda, o grande mérito desse novo requisito de admissibilidade recursal é a capacidade que tem de uniformizar a jurisprudência sobre questão constitucional em exame. Além disso, na existência de múltiplos recursos sobre a mesma controvérsia, ao apreciar a repercussão geral do eleito paradigma, o STF decide numa enxurrada a repercussão geral das outras centenas de milhares de recursos lastreados na mesma questão constitucional, contribuindo para a celeridade e para o desafogamento do tribunal supremo.

De igual modo, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia,²⁵⁷ os quais serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo daquele tribunal superior.

Estão sujeitos a tal procedimento não apenas os recursos novos, mas também os recursos especiais já distribuídos que, a critério do relator, forem considerados

²⁵⁷ Neste ponto, o critério de seleção dos recursos representativos da controvérsia está previsto no art.1º,§1º, da Resol. – STJ nº.8/2008. Será selecionado pelo menos um processo de cada relator e, dentre os escolhidos, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

representativos da questão jurídica objeto de recursos repetitivos (art. 2º, §1º, da Resol. – STJ nº 8/2008). Caso assim seja, a decisão do relator será comunicada aos demais ministros e ao presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia (art.2, 2º, da Resol. – STJ nº 8/2008). O relator poderá, ainda, solicitar informações, a serem prestadas no prazo de 15 dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. Pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia poderão manifestar-se a respeito, mediante autorização do relator (art. 543-C do CPC).

Julgado o recurso especial escolhido como representativo da controvérsia, os demais, que ficaram sobrestados na origem, terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ ou serão novamente examinados pelo tribunal local na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação dada pelo STJ.

Com essas técnicas de processamento e julgamento, os casos repetitivos são resolvidos com agilidade, conferindo-se um tratamento uniforme a todas as causas que versem sobre a mesma questão jurídica.

3.2.3. Procedimentos inibidores de demandas repetitivas

Em uma tentativa de sistematização, segue no quadro a seguir as alterações legislativas que serão abordadas nos itens subsequentes:²⁵⁸

Previsão legal	Âmbito de atuação	Dever ou faculdade	Providência, mediante decisão monocrática	Situação	Resultado
Art. 518, §1º do CPC	Recurso de Apelação	Dever	Não receber o recurso	Decisão recorrida em conformidade com súmula do STJ ou STF	Súmula Impeditiva de recurso
Art.285-A do CPC	Ação em primeiro grau, antes de ordenada a	Faculdade	Proferir sentença, reproduzindo-se o teor da	Matéria controvertida unicamente de direito e	Precedentes autorizadores de improcedência

²⁵⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p.165.

	citação do réu		anteriormente prolatada	sentença anterior de total improcedência proferida pelo juízo em outros casos idênticos	de plano
--	----------------	--	-------------------------	---	----------

3.2.3.1. A súmula impeditiva de recursos

A Lei 11.276, de 07.02.2006, incluiu o art. 518, do CPC, o §1º, que dispõe “o juiz não receberá recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula de Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Do exame do dispositivo, percebe-se que a regra do art. 38 da Lei 8.038/1990 foi praticamente reproduzida para estender ao juiz de primeiro grau os poderes atribuídos por aquele artigo ao relator no STF e no STJ, criando um novo requisito de admissibilidade recursal.

A regra é bastante relevante, pois autoriza – embora aparentemente determine, já que o texto diz que “o juiz não receberá (...) – ao juiz que “barre” o recuso logo na origem, impedindo o acesso da parte interessada ao duplo grau de jurisdição. É claro que a parte ainda poderia recorrer de tal decisão via agravo de instrumento, mas pela regra do art. 557, caput do CPC, o apelo dificilmente teria seguimento.

No geral, a regra parece ser positiva, já que introduz no ordenamento uma forma de obstar o seguimento do recurso logo na origem, à semelhança do que pode ser feito pelo relator à luz do art. 557, caput do CPC. De certa forma, e na medida em que prático, a recepção de apelação interposta contra sentença confortada por tais enunciados impositivos engendraria custos sem benefícios: para o Judiciário, um inócuo acréscimo de serviço; para o apelado, por sua vez, uma procrastinação na efetivação do seu direito já reconhecido na sentença; para o apelante, uma falsa expectativa de reforma, já que também o Tribunal *ad quem* está jungido a observar tais Súmulas, e por fim, e como elemento de coerência, como a matéria já está pacificada no STJ e STF, não será mesmo o recurso de apelação o meio adequado para a revisão do precedente.²⁵⁹

²⁵⁹ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Admissão do recurso de apelação e súmulas (exegese do art.518,§1º do CPC). In *Revista do Advogado*, nº. 85, p.185, 2006.

Na visão de Vicente Greco Filho, “o indeferimento da apelação pode ocorrer quando a sentença for fundada em Súmula do STF ou STJ, ainda que não vinculante, e também, com maior razão, se se tratar de decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal mesmo que não sumulada. Estende-se, pois a possibilidade de indeferimento da apelação à última hipótese apesar da omissão, aplicando-se, portanto, a norma constitucional pelo mesmo fundamento.”²⁶⁰

Como conclusão, os institutos impeditivos de recurso, embora possa dar a alguns a impressão de se vedar o direito de recorrer, precisa ser analisado sob outro prisma, eis que muitos recursos, senão a maioria deles, são interpostos no propósito único e exclusivo de protelar o deslinde do feito, o que não se pode admitir. Agiu bem o constituinte e o legislador infraconstitucional, no sentido de propiciar aos jurisdicionados um processo célere e breve e, acima de tudo, mais efetivo. Porém, justamente pelo fato de essa norma estar diretamente ligada ao disposto no art. 557, o legislador deveria ter permitido que o paradigma utilizado fosse proveniente de qualquer tribunal superior, e não apenas do STF ou do STJ, à semelhança do que dispõe aquele dispositivo legal, estabelecendo uma relação de continuidade entre elas. Mais uma vez, se vê que a coerência não é o forte do nosso Código.

3.2.3.2. A “sentença liminar de improcedência”

A Lei 11.277, de 07.02.2006, acrescentou o art. 285-A²⁶¹ ao Código de Processo Civil, determinando que, sendo a matéria controvertida exclusivamente de direito, havendo no juízo sentenças anteriores de total improcedência em outros casos idênticos, a citação é dispensada e é proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

O autor poderá apelar, sendo facultado ao juiz não manter a sentença,

²⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual civil brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 333, vol. 2.

²⁶¹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

determinando o prosseguimento da ação (§1º do art.285-A). Mantida a sentença, o demandado será citado para responder ao recurso (§2º do art.285-A).

Trata-se de uma técnica de racionalização de julgamentos em demandas de massa, ao autorizar o julgamento imediato pelo juízo, quando: (a) a matéria controvertida for unicamente de direito e (b) já houver sido proferida, naquele juízo, sentença de total improcedência em casos idênticos.

O dispositivo contém algumas imprecisões terminológicas, que precisam ser observadas. O primeiro requisito, para que possa ser proferida sentença imediata de improcedência, é que a matéria controvertida seja unicamente de direito. Ora, sabe-se que a controvérsia somente surge, quando o réu impugna algum ponto alegado pelo autor. Diante de tal impugnação, o ponto torna-se controvertido, dando origem a uma questão. Logo, a questão é o ponto controvertido. Enfim, não se poderia, rigorosamente, fazer referência ao termo controvérsia ou matéria controvertida, se não há citação nem manifestação do réu.

Todavia, quando o dispositivo exige que sua aplicação depende de a matéria controvertida ser unicamente de direito, está a referir-se a demandas de massa²⁶², nas quais os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não.

Enfim, nas demandas de massa, quando não se faça necessária a comprovação técnica, pericial ou testemunhal de determinado ponto alegado, a matéria a ser apreciada pelo julgador é toda de direito, restringindo-se a contestação a rebater os pontos de direito

²⁶² Considerando os exemplos mencionados por Leonardo Carneiro da Cunha, em demandas tributárias, em que se discute, por exemplo, a constitucionalidade de determinado tributo, a única questão de fato é a demonstração de o autor revestir-se da condição de contribuinte daquele tributo; quanto ao mais, a análise do caso restringe-se a aferir a legitimidade da exação. É o que ocorre, igualmente, em demandas previdenciárias ou que envolvem servidores públicos, em que se postula a agregação de alguma parcela ou a aplicação de determinado índice de correção monetária: nesses casos, os fatos a serem demonstrados e comprovados correspondem à condição de aposentado ou à de servidor e ao valor da aposentadoria ou dos vencimentos, consistindo toda a discussão em verificar a legitimidade da argumentação jurídica. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, p. 192, jan.2010).

suscitados na petição inicial.

Além de a matéria ser apenas de direito, não havendo discussão quanto aos fatos, deverá o juiz já ter proferido sentença de total improcedência em casos anteriores, designados, no art. 285-A do CPC, como casos idênticos, o que redundará em outra impropriedade terminológica no dispositivo.

Uma ação é idêntica a outra, quando houver a tríplice identidade, ou seja, quando forem idênticos os pedidos, as causas de pedir e as partes (art. 301, § 2.º, do CPC). Ao referir-se a casos idênticos, o dispositivo não está a utilizar-se do termo ações idênticas de que trata o art. 301, § 2.º, do CPC. Se o dispositivo estivesse a referir-se a ações idênticas, estaria a dizer que, quando houvesse litispendência ou coisa julgada (art. 301, §§ 1.º e 3.º, do CPC), deveria ser proferida sentença de mérito de total improcedência tal como prevê o art. 267, V, do CPC, e não sentença terminativa.

Casos idênticos, tal como referidos no art. 285-A do CPC, são casos em que as causas de pedir e os pedidos são diferentes em cada uma das demandas: cada autor tem uma relação jurídica diferente com a parte contrária, sofrendo uma lesão ou ameaça própria, que não se confunde com a posição de cada um dos autores das outras demandas. O objeto, por sua vez, de cada demanda é próprio: cada autor irá obter um bem da vida diferente ou uma vantagem própria. O que se identifica, o que é igual em todas essas demandas é a argumentação ou fundamentação jurídica.

É preciso, para que se aplique o art. 285-A do CPC, que os argumentos jurídicos sejam os mesmos. Quando o dispositivo alude a casos idênticos, está a exigir identidade de argumentação jurídica. Vindo a ser proposta demanda com novos argumentos ou com argumentos diferentes, não se deve aplicar o dispositivo, devendo ser citado o réu, para que se verifique a legitimidade dessa argumentação, ainda não levada ao crivo daquele juízo.²⁶³

Ainda, para que se possa aplicar o dispositivo, deverá ter havido sentença de

²⁶³ Nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha: “Assim, se se postula, por exemplo, em determinada demanda, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, por ser inconstitucional determinado tributo, o juiz não deverá aplicar o art. 285-A do CPC se, depois de ter julgado improcedentes vários pleitos formulados no mesmo sentido, for proposta uma demanda contendo argumentos diversos.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, p. 193, jan.2010).

total improcedência, em casos idênticos, que tenham sido proferidas pelo mesmo juízo. Não se deve aplicar a regra, tomando-se em consideração sentenças proferidas por outro juízo. E mais: não basta que o juízo tenha proferido, apenas, uma sentença; faz-se necessário que já haja algumas sentenças de total improcedência, proferidas em casos repetidos.

Impõe-se interpretar o dispositivo sistematicamente, levando-se em conta o disposto no art. 557 do CPC e, ainda, o disposto nos arts. 120, parágrafo único; 518, § 1.º e 544, § 3.º, do CPC, além do disposto no art. 103-A da CF/1988. Em outras palavras, ainda que o juízo tenha proferido várias sentenças de total improcedência em casos idênticos, não deve aplicar o art. 285-A do CPC, se houver súmula ou jurisprudência dominante, em sentido divergente, do tribunal ao qual está vinculado ou de Tribunal Superior.²⁶⁴

Isso porque, e a despeito do legislador ter conferido eficácia quase vinculante a meros precedentes, oriundos de órgão de primeiro grau de jurisdição, mais especificamente do próprio juízo, por meio do art. 285-A do CPC, o nosso sistema optou por restringir a eficácia vinculante às sumulas do STF editadas em conformidade com o art. 103-A da CF e às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

Em que pese a existência de um sem-número de questões que não recomendam o julgamento de plano pelo juiz pela via negativa de fruição das garantias constitucionais,²⁶⁵ conclui-se que se o alvo diretamente visado pela regra foi o de descongestionar o trânsito processual, fulminando processos alicerçados sobre teses jurídicas já repetidamente repelidas. Tal resultado, no entanto, só será efetivamente alcançado se o autor não apelar dessa sentença, sob pena de se verificar apenas a transferência de problemas do primeiro para o segundo grau de jurisdição.

²⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66, 2.ª série.

²⁶⁵ Sobre as críticas ao instituto, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo*. In CARVALHO, Milton Paulo de. *Direito processual civil* (obra coletiva). São Paulo : Quartier Latin, 2007, p. 71/80.

IV. DIREITO ESTRANGEIRO

4.1. O SURGIMENTO DE NOVAS TÉCNICAS PROCESSUAIS COMO ALTERNATIVA ÀS AÇÕES COLETIVAS

A doutrina estrangeira²⁶⁶ também aponta algumas razões que explicam por que as ações coletivas tornaram-se mecanismos inoperantes para resolver adequadamente os conflitos de massa, o que justificou o surgimento de novas técnicas processuais para gerenciar as demandas repetitivas.

Leonardo José Carneiro da Cunha defende que as demandas de massa devem sujeitar-se a um procedimento simplificado, sendo conferido ao juiz o poder de gestão processual, o qual deve ser acompanhado de medidas que o tornem eficaz, com definição das regras de impugnabilidade e previsão de mecanismos sancionatórios.²⁶⁷

Ressalta, ainda, o precitado autor, que em vários ordenamentos, ao lado das ações coletivas, já existem regras que estabelecem técnicas de julgamento para demandas repetitivas. Tais regras têm, por premissa, racionalizar os julgamentos e obter uniformidade de resultados em relação às causas repetitivas.

Existem, em alguns sistemas, o que se chama de causa piloto, com a técnica de decisão em bloco que parte de um caso concreto entre litigantes individuais. Na causa piloto, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade não somente de

²⁶⁶ *"In dealing with the topic of our panel this morning—civil law approaches to widespread injuries—one may ask the question, "Why do we not use the device of class actions?" The answer is just that we do not have class actions in our legal system and that we think we can solve the problems without adopting class action systems. Even those who have considered adoption of class actions here have found that the device would only be useful in very limited circumstances. I could also answer the question "Why do we not use class actions?" just by saying, "Why should we?" (...) "We also have no class actions and only very limited group action devices. By choice, most of our mass tort problems are primarily dealt with by the legislature or by administrative agencies, both of which are better able to deal with the more abstract policy decisions to be made in such cases than are our courts. Where mass tort suits are necessary, our systems often provide adequate measures to deal with them. Accordingly, suggestions for introducing group actions have been very narrow and limited to consumer actions."* (WALTER, Gerhard. *Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland*. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=djcil>>. Acesso em 14.11.2014, p. 369 e p. 378-379).

²⁶⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, p. 142 e p. 144, jan.2010.

decidir o caso específico, mas também com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referentes a um grupo amplo de sujeitos que ostentam o mesmo interesse.

Ao lado dessa técnica, há a que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinando que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a resolução do incidente. A cognição judicial é limitada às questões comuns, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.

Também existe a técnica da agregação ou reunião de causas, na qual ocorre a prática comum de atos processuais, sendo aproveitados para todos os processos reunidos.

Há, enfim, uma série de medidas que podem ser adotadas para racionalizar o julgamento das causas repetitivas, agilizando seu resultado e evitando o grande mal da divergência jurisprudencial, com o que se alcança a desejável e indispensável isonomia entre as pessoas que se encontram no mesmo contexto litigioso.

No Brasil, e conforme destacamos no capítulo III, há algum tempo é possível identificar a tendência do legislador em adotar, cada vez mais, técnicas processuais que buscam resolver, em bloco, demandas repetitivas, com a utilização de decisões-modelos, proferidas em julgamento de causas pilotos.

Nessa esteira, o Projeto de Lei do novo CPC sugere a criação de um novo incidente de resolução de demandas repetitivas, o qual será objeto de análise no capítulo V, assumindo a exposição de motivos do anteprojeto, que esta ideia teve inspiração no direito alemão, no instituto do *Musterverfahren*.

O norte deste Capítulo, pode ser então colhido da obra de Arruda Alvim, quando firme nos escólios de Tullio Ascarelli anota que

a função teórica do Direito comparado tem a virtude de propiciar o conhecimento das constantes e das variações das regras de Direito e, pois, dos institutos jurídicos dos diversos sistemas. (...) Fornece elementos para o conhecimento do próprio Direito pátrio, naqueles aspectos em que se relevam insuficientes, ainda, as formulações teóricas nacionais. Insuficientes os

parâmetros teóricos, segue-se disso que serão discordantes e incertas as aplicações práticas e concretas do instituto.²⁶⁸

Adiante, serão traçadas algumas linhas gerais sobre a tutela coletiva nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Alemanha, na Itália e em Portugal, e algumas técnicas processuais que surgiram em cada um destes países, com o intuito de gerenciar as demandas repetitivas.

Mesmo as *class actions*, que por muitos anos atuaram nos Estados Unidos, com eficiência e economia processual, atualmente já constituem alvos de algumas reclamações,²⁶⁹ o que se apresentou também como uma tendência em países como Inglaterra, Alemanha, Itália, e Portugal, onde a criação de outros mecanismos permite a conclusão de que as ações coletivas não vêm diminuindo ou desmotivando o ajuizamento das demandas repetitivas.

Atribui-se ao sucesso das *class actions for damages*, intrinsecamente, a possibilidade do juiz exercer, com qualidade, o controle da representatividade adequada. Por meio dele, o magistrado verifica se as partes representativas e os advogados podem efetuar a mais leal e adequada defesa dos interesses da classe. Com efeito, ajuizado este tipo de ação de classe, não há necessidade de os indivíduos lesados ingressarem com ações individuais. Além disso, os efeitos da decisão coletiva alcançarão todos os membros do grupo representado, independentemente de seu resultado, favorável ou não. Ainda que o integrante do grupo possa ter apresentado um requerimento de autoexclusão (*opt-out*),

²⁶⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 37, vol. 1.

²⁶⁹ “*Class actions have been a feature of the American litigation landscape for over 75 years. For most of this period, American-style class litigation was either unknown or resisted around the world. Notwithstanding this chilly reception abroad, American class litigation has always been a central feature of American procedural exceptionalism, nurtured on an idealized historical narrative of the class action device. Although this romantic narrative endures, the experience of the past twenty-five years illuminates a very different chronicle about class litigation. Thus, in the twenty-first century American class action litigation has evolved in ways that are significantly removed from its golden age. The transformation of class action litigation raises legitimate questions concerning the fairness and utility of this procedural mechanism, and whether class litigation actually accomplishes its stated goals and rationales. With the embrace of aggregative non-class settlements as a primary – if not preferred – modality for large scale dispute resolution, the time has come to question whether the American class action in its twenty-first century incarnation has become a disutilitarian artifact of an earlier time.*” This article explores the evolving dysfunction of the American class action and proposes a return to a more limited, cabined role for class litigation.” (MULLENIX, Linda S. *Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action*. Disponível em: <<http://ssrn.com/link/texas-public-law.html>>. Acesso em 14.11.2014).

eventual ação individual não terá muita utilidade prática. Por força da eficácia normativa dos precedentes no sistema do *common law*, é muito provável que chegará ao mesmo resultado obtido pela ação coletiva.²⁷⁰

No caso da Inglaterra, por sua vez, as *representative actions*, instituto geneticamente correlato às *class actions* e apontado pela doutrina como seu progenitor histórico²⁷¹, autorizava a parte autora a ajuizar a demanda para defender interesse próprio e alheio, caracterizando situação de legitimidade extraordinária. O autor é, pois, a única parte da demanda. Os membros da classe representada não fazem parte do processo, mas estarão automaticamente sujeitos aos efeitos da decisão transitada em julgado, não há a opção de autoexclusão (*opt-out*).²⁷² Todavia, e ao exigir que os interessados demonstrassem “interesses comuns” (*shared interests*), o que não ocorre na pretensão indenizatória, onde cada vítima tem interesse distinto na obtenção do montante individual que lhe cabe, as

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 105, abr.-jun. 1996.

²⁷¹ Apesar de os Estados Unidos ser considerado o país de maior tradição na tutela dos interesses de massa, tem-se que o precursor desse tipo de tutela jurisdicional, foi, a bem da verdade, a Inglaterra, país colonizador, que é apontada como o berço dos litígios coletivos. Stephen C. Yeazell separa a história do desenvolvimento anglo-americano dos litígios de grupo em três períodos: medieval (do século XII ao século XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (do século XVIII em diante). (YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986 *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, p. 43, vol. 4). A despeito do entendimento predominante na doutrina de que as *class actions* deitaram as suas raízes sobre o *Bill of Peace* da Corte de Chancelaria inglesa, André Vasconcelos Roque ressalva que *actiones popularis* constituem os primeiros registros históricos das ações coletivas, cuja origem se perde na história do direito romano clássico. As ações populares em Roma não eram propriamente um procedimento especial, tal como a ação de mesmo nome no direito brasileiro contemporâneo, mas englobavam um conjunto variado de ações, cuja característica diferenciada permitia que qualquer cidadão ingressasse em juízo, ainda que não tivesse no assunto um interesse pessoal direto. Existe no Digesto de Justiniano um título inteiro (livro 47, título XXIII) dedicado às ações populares, destinadas à tutela dos bens públicos e dos valores mais relevantes para a sociedade romana. Com efeito, o Digesto de Justiniano (D. 47.23.3), esclareceu que se uma determinada matéria já fora decidida em uma ação popular anterior, não poderia novamente ser apreciada em uma segunda ação, ainda que o autor fosse diferente, ou seja, estabeleceu a primeira noção de coisa julgada em demandas de caráter coletivo. Além disso, um segundo aspecto a ser destacado, também decorre do Digesto (D. 47.23.2), e caso mais de uma pessoa comparecesse em juízo para ingressar com uma *actio popularis* em defesa do mesmo interesse, a preferência deveria ser dada àquela que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e de maior interesse pessoal no litígio, o que significa dizer que, em termos rudimentares, havia no direito romano uma norma relacionada à concepção de representatividade adequada, que constitui conceito primordial para as *class actions* do direito contemporâneo nos Estados Unidos e para as ações coletivas de uma forma geral. (ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva da ‘actio popularis’ romana às ‘class actions’ norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 188, p.101, out.2010).

²⁷² Nesse sentido, Linda Mullenix destaca que: “A representative is binding on all persons who are represented in the claim, and thus operates as a mandatory class action. There is no option for a person to opt-out of the representative action.” (In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259).

representative actions tornaram-se exceção na Inglaterra, frustrando a utilidade da regra para resolver os litígios coletivos. Nesse contexto, surgem as *group litigation orders* (GLO), que correspondem a uma ordem de litígio em grupo pelo Tribunal, determinando a coletivização do processamento e do julgamento de ações individuais que apresentem questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito.

No caso da Alemanha, verifica-se que o ordenamento processual possui poucas e esparsas leis sobre a tutela coletiva.²⁷³ Ao lado das “ações de associação” (*Verbandsklage*),²⁷⁴ existem as “ações de grupo” (*Gruppenklage*)²⁷⁵. Verifica-se que enquanto a primeira limita-se à tutela declaratória ou inibitória e portanto, não se presta à tutela condenatória (indenização decorrente de perdas e danos individualmente);²⁷⁶ as regras de litisconsórcio facultativo que orientam a segunda, por sua vez, não são adequadas para lidar com litígios de massa, tais como acidentes de avião ou desastres ambientais, e não conduzem, necessariamente, à uniformização da jurisprudência, tendo em vista que outras demandas em curso podem ter resultados diversos.²⁷⁷ Nesse contexto, surge o

²⁷³ Antônio do Passo Cabral destaca que raras manifestações de instrumentos de tutela coletiva são encontradas no § 33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ou GWB, a Lei dos Cartéis), no § 13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou UWG), 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, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, vol. 147, p. 125, maio 2007).

²⁷⁴ As “ações de associação” constituem, propriamente, ações coletivas e por atribuírem legitimação para agir exclusivamente às entidades associativas, previamente autorizadas e arroladas nos registros dos órgãos competentes da administração pública, para a defesa de direitos coletivos de determinada categoria ou grupo homogêneo de pessoas identificáveis (consumidores, concorrência, e meio ambiente). (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 111, vol. 4)

²⁷⁵ As “ações de grupo” não são propriamente ações coletivas, mas verdadeira técnica processual de cumulação de demandas, unidas formalmente sob as regras de litisconsórcio facultativo comum, que ocorre por meio de uma ordem do Tribunal para a reunião dos processos e processamento simultâneo, quando verificar presentes questões de fato e de direito comuns. Nesses casos, a cumulação de demandas é feita não só em seu aspecto subjetivo (pluralidade de sujeitos), mas no objetivo (somatório de pedidos). (KOCH, Harald. *Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán*. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2001, p. 241).

²⁷⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123, vol. 4).

²⁷⁷ “Esto, sin embargo, presupone la jurisdicción de la corte para todas las controversias, no afecta su autonomía y no necesariamente conduce a una decisión uniforme – si hay más pretensiones pendientes ante una corte, hay una posibilidad de consolidar las acciones como un asunto sometido a la discreción de la corte (ZPO §147). Sin embargo, no hay posibilidad de consolidar acciones pendientes ante las diferentes

chamado *Musterverfahren* (procedimento-modelo ou procedimento-padrão), em que o juízo, de ofício ou por meio de requerimento feito pelo autor ou réu de um dos processos repetitivos, instaura um incidente processual coletivo, provocando a atuação de um tribunal de hierarquia superior, que será responsável por solucionar as questões coletivamente. Ao fixar o entendimento sobre a questão comum de fato ou de direito que lhe foi apresentada, resolve, em bloco, uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação.

No caso da Itália, somente em dezembro de 2007 foi introduzido o art.140-bis ao Código do Consumidor Italiano, acolhendo as lições de Michele Taruffo²⁷⁸ e permitindo a tutela jurisdicional coletiva ressarcitória, pois até então, a tutela jurisdicional coletiva tinha apenas forte caráter inibitório, com o objetivo maior de tentar impedir a concretude do dano, ao fazer cessar o ato ilícito, mas não existia uma medida satisfatória, uma vez que, em muitas situações, os *mass torts* são efeitos de comportamentos que não podem ser evitados na via preventiva.

Em Portugal, a partir de 2006, e pensando em aprimorar o atendimento de consumidores na Justiça, foi instituído um regime processual experimental, autorizando a técnica da “agregação”, que não se confunde com o apensamento ou a reunião de causas decorrentes de uma conexão, mas que autoriza que processos sejam transitoriamente reunidos, para que um ou alguns atos sejam praticados conjuntamente, com ganho de

cortes, por la sola iniciativa de la corte. La acumulación y la consolidación son un asunto de conveniencia procesal con algunas ventajas prácticas, aunque de acuerdo con la ley alemana son unicamente posibles bajo condiciones muy limitadas. Por lo tanto el procedimiento civil es inadecuado para enfrentar los desastres de massa o las acciones de responsabilidad civil extracontratual como los accidentes aéreos o las catástrofes ambientales.” (KOCH, Harald. Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2001, p. 241).

²⁷⁸ Michele Taruffo, embora reconhecesse a importância e a necessidade da tutela inibitória, criticava fortemente a resistência à previsão normativa de uma ação coletiva ressarcitória, uma vez que, em muitas situações, os *mass torts* são efeitos de comportamentos que não podem ser evitados na via preventiva. No original: “*mi sembra che si sia andato formando un consenso diffuso circa l'opportunità di non limitare la tutela collettiva ad azioni con funzione inibitoria, e dunque circa la necessità di introdurre azioni collettive con funzione risarcitoria. Circa questa necessità ritengo che non si possano avere dubbi. La tutela inibitoria, che opera ex ante nel senso di prevenire, o comunque di far cessare, l'illici è certamente importante e non va trascurata: va anzi generalizzata nei termini di cui ho appena fatto cenno. È chiaro tuttavia che la tutela inibitoria non è sufficiente: a parte l'eventualità che essa non sia efficace nel senso di prevenire realmente l'illecito, rimane il fatto che in molti casi i mass torts sono l'effetto di comportamenti che non possono essere evitati in via preventiva*”. (TARUFFO, Michele. La tutela coletiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v.61, n.2, p. 530-531, jun. 2007).

tempo e com a finalidade de evitar decisões conflitantes sobre casos que se baseiam na mesma argumentação de fato e de direito. Por exemplo, as causas podem ser transitoriamente, reunidas para que seja realizada, em conjunto, uma intimação, uma audiência, uma prova específica, ou para que seja proferido um provimento de urgência ou, até mesmo, para que seja prolatada a sentença, tudo para que os conflitos de massa passem a contar com uma regra de julgamento e trâmite conjuntos.²⁷⁹

Daí a importância de se buscar traçar linhas mestres com outros institutos de origem estrangeira, menos pela pretensão de esgotar a análise de tais institutos ou abordar todos os aspectos técnicos ou relevantes aos procedimentos a eles intrínsecos, mas para entender como estes incidentes de coletivização de questões comuns a inúmeras pretensões individuais permitem uma solução conjunta de temas idênticos, evitando assim, distorções da legitimidade extraordinária e coisa julgada coletiva.

4.2. O MODELO NORTE-AMERICANO DAS *CLASS ACTIONS* E A REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA, CONFORME *FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE*, N.23

A origem das ações de grupos ou contra eles (*group litigation*) tem longa tradição no Direito inglês e está ligada ao sistema da *equity*, conjunto de regras jurídicas, processuais e materiais que, naquele ordenamento jurídico, funciona paralela e complementarmente ao sistema de *common law*.²⁸⁰

Foram os tribunais de equidade que passaram a permitir a representação de grupos grandes por meio de representantes, as *representative actions*,²⁸¹ especialmente para resolver os problemas consistentes na impossibilidade de todos os interessados estarem em juízo - exigência pelas regras da *common law* - e de evitar o trabalho inútil de ações repetidas e o dispêndio de recursos que isso exigiria.

²⁷⁹ PINTO JUNIOR, Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 148, p. 172, jun.2007.

²⁸⁰ Vicente Rao menciona um terceiro “corpo” em que se dividiria o direito inglês, ao lado do direito comum (*common law*) e do direito equidade (*equity law*): o direito estatutário (*statute law*), ou seja, o direito escrito (RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976, p.91, vol. I, tomo I).

²⁸¹ GIDI, Antonio. A ‘*class action*’ como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

A autorização para o processo coletivo no sistema da *equity* denominava-se *bill of peace* e, uma vez concedida, as lides individuais poderiam ser todas reunidas num único processo. Com o tempo, o sistema avançou ainda mais e a autorização passou a representar a possibilidade de o provimento englobar os direitos de todos os envolvidos no litígio, ainda que não estivessem presentes em juízo.

Os Estados Unidos da América herdaram o duplo sistema inglês (*common law* e *equity law*), e passaram a ter regramento autônomo a partir de 1842, quando a Suprema Corte norte-americana editou um conjunto de normas de equidade, dentre as quais a *Equity Rule* 48, que foi a primeira codificação sobre a matéria a admitir o ajuizamento de ação de classe,²⁸² quando o número de partes fosse tão grande que pudesse causar enormes transtornos processuais caso todos decidissem ingressar em juízo.

Assim, competia aos tribunais decidir se as partes presentes estavam aptas a representar de maneira adequada o interesse dos ausentes, mas ainda não se permitia que os efeitos do julgado atingissem os interessados ausentes do processo, tendo em vista que somente os presentes estariam vinculados à decisão, não significando mudança substancial em relação ao resultado obtido com institutos processuais tradicionais, como o litisconsórcio.²⁸³

Em 1912, a antiga *Equity Rule* 48 foi revogada pela *Equity Rule* 38, que passou a autorizar a extensão subjetiva da coisa julgada para os ausentes, nos casos em que a representação fosse adequada. E de igual modo, estabeleceu que, nos casos em que existissem muitas partes inviabilizando a formação do litisconsórcio, seria permitido que algumas figurassem no polo ativo ou passivo da relação processual, em nome dos demais membros do grupo ou da classe.²⁸⁴

²⁸² VIANA, Flavia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.159, p. 95, mai.2008.

²⁸³ VIANA, Flavia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.159, p. 94-95, mai.2008.

²⁸⁴ Narra Michele Taruffo que o próximo passo dado no ordenamento jurídico estadunidense para o desenvolvimento das *class actions* foi a *Federal Equity Rule* 38 de 1912, que forneceu a primeira definição normativa daquelas ações pela indicação de seus requisitos essenciais: inviabilidade da participação de todos os membros da classe no processo; adequada representatividade daquele membro da classe que participa diretamente da relação processual; presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros

Todavia, doutrina e jurisprudência continuaram inseguras sobre uma teoria que justificasse plenamente a representação adequada, o que culminou em nova alteração em 1938, com a entrada em vigor do primeiro Código Federal de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), trazendo em seu corpo a Regra de número 23, destinada a regular as *class actions*, as quais passaram a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos baseados na equidade. O objetivo foi unificar os sistemas da *common law* e da *equity*, de maneira que haveria, a partir de então, um único processo civil federal.

Além de preverem instrumentos processuais diferentes, os sistemas da *common law* e da *equity* reconheciam materiais diferentes: pelas regras da *common law*, em caso de inexecução contratual, a tutela possível era a indenização por perdas e danos; pela *equity*, a tutela oferecida era a execução forçada (específica). Como a ação coletiva só era possível na *equity*, as únicas tutelas coletivas ao alcance dos interessados eram a declaratória ou a injuncional (mandamental ou condenatória de fazer ou não fazer). Ocorre que a possibilidade de tutela indenizatória, por ser a mais comumente pretendida, constitui exigência para o desenvolvimento da tutela coletiva de interesses individuais homogêneos e esta só se tornou possível quando a ação coletiva passou a ser admissível também no sistema da *common law*.²⁸⁵

Acontece que a Regra 23 possuía uma redação que continha obscuridades e omissões que causaram muitas dúvidas e problemas, especialmente porque estipulava categorias de ações muito difíceis de distinguir, com tratamentos diversos, algumas sem vinculação dos ausentes à coisa julgada, e não exigia a aferição da predominância das questões coletivas sobre as individuais, nem a superioridade do processo coletivo sobre o individual.²⁸⁶

da classe, que, por seu turno, é formada, do ponto de vista substancial, por todos aqueles sujeitos aos quais a questão pode ser considerada comum. (TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, Vol. I, p. 619, 1969).

²⁸⁵ BONACHELA, Sérgio Henrique. *Tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p.81.

²⁸⁶ José Rogério Cruz e Tucci destacou que: "Antes da reforma de 1966, a Regra 23, ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do *character of the right* deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* - quando o direito da categoria era *joint* ou *common* - a eficácia *ultra partes* da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos

Em 1966, a Suprema Corte norte-americana deu nova versão à Regra 23 e estendeu os efeitos da coisa julgada a todos os membros da classe, fosse ela prejudicial ou benéfica, condicionada à representação adequada e leal. A única exceção admitida pela nova regra é restrita à hipótese de os membros de classe exercerem o direito de não participar do julgamento coletivo, por meio de expressa manifestação de vontade (*opt-out*). Ainda assim, ressalte-se a possibilidade de se exercer o direito ao *opt-out* aplica-se às *class actions for damages*. Nas demais categorias, o *opt-out* fica condicionado ao poder discricionário do magistrado, que pode ou não, a depender do caso, deferir o pedido de exclusão do julgamento coletivo.²⁸⁷

Atualmente, o diploma legal que disciplina as *class actions* é a mesma Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure editadas no ano de 1938, mas com a redação que lhe foi dada em 1966, ocorrendo algumas reformas menos traumáticas em 2003 e em 2006.²⁸⁸

(*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia: "*bound all the class members with respect to their rights in the property that was the subject matter of the suit*". Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* - quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: "*bound only the parties before the court*" ('*Class Action*' e *Mandado de Segurança Coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 26). Em suma, nas ações de classe verdadeiras e híbridas (*true e hybrid class actions*), todos os membros das classes estão sujeitos aos efeitos da decisão. Por outro lado, na ação de classe espúria (*spurious class actions*), apenas os integrantes que tivessem optado (*opt-in*) por participar do processo seriam atingidos pelos efeitos da decisão. A ação de classe espúria era uma espécie de litisconsórcio liberal, na medida em que apenas as partes, em sentido formal, estariam sujeitas aos efeitos da decisão. Segundo Antônio Gidi, essas ações eram tidas como verdadeira anomalia, podendo, até mesmo, ser consideradas uma "não *class action*" ou uma "*class action* às avessas". Por definição, as decisões proferidas em processo coletivo devem produzir efeitos erga omnes que alcancem não apenas o representante da classe, como, também, os demais membros ausentes da classe representada em juízo. A exigência de que o integrante da classe interviesse no processo (*opt-in*) para que a decisão surtisse efeitos abrangentes, em vez de presumir sua vontade de participar do julgamento coletivo, salvo requerimento expresso de exclusão (*opt-out*), desvirtuava as características das ações coletivas. Por essa razão, esse tipo de demanda passou a ser chamada de "ação coletiva espúria"; "ação coletiva falsa", ou "pseudo-ação coletiva". (GIDI, Antonio. *A 'class action' como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52).

²⁸⁷ ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva da 'actio popularis' romana às 'class actions' norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 188, p.137, out.2010)..

²⁸⁸ Os Estados Unidos da América são uma república federativa composta de cinquenta Estados, o Distrito de Columbia e territórios. O aparelhamento judicial estadunidense é um sistema dualista (*two-tier*), composto de um sistema federal e mais outros cinquenta independentes sistemas estaduais. O sistema federal é composto pelas Federal Rules of Civil Procedures e cada um dos cinquenta Estados possui legislações estaduais próprias que, muitas vezes, diferem da legislação federal. Em suma, as ações coletivas nos Estados Unidos da América possuem uma considerável variedade de procedimentos. Muito embora haja essa enorme diversidade, todos os sistemas (o federal e os estaduais) têm regras que permitem o ajuizamento de demandas coletivas. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo*

A alínea (a) da Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelece que é ônus do autor demonstrar, no momento da propositura da ação, a presença de todos os pré-requisitos para que a demanda coletiva tenha o seu processamento admitido (*certificação* ou *class certification*) como uma *class action*: (a)(1) a classe tem que ser extensa o suficiente de modo a impossibilitar, ou, ao menos, não ser conveniente, a reunião de todos os seus membros individualmente considerados em um só processo, em outras palavras, é necessária a impraticabilidade de litisconsórcio (*joinder impracticability* ou *numerosity*)²⁸⁹; (a)(2) as questões tem que ser comuns, ou seja, terão que ser questões de direito ou de fato comuns para toda a classe (*commonality*);²⁹⁰ (a)(3) o objeto da ação ou da defesa - a *class* pode figurar, de acordo com o sistema norte-americano, também no pólo passivo da relação jurídica processual - tem que ser típico, característico, da classe (*typicality*); (a)(4) representatividade adequada (*adequacy of representation*).²⁹¹

comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.43).

²⁸⁹ Conforme destacou Marcos de Araújo Cavalcanti, a Rule 23 não exige um número mínimo de interessados. A impraticabilidade do litisconsórcio deve ser examinada caso a caso, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto submetido a julgamento, de modo que é inapropriado estabelecer critérios objetivos, como a fixação de um número exato de interessados, para configurar o que seria a numerosidade adequada de interessados para admissão do processamento das *class actions*. (*Idem, ibidem*, p. 57).

²⁹⁰ A regra também não exige a presença simultânea dos dois tipos de questões (de fato “e” de direito). A lei utiliza o termo alternativo “ou”, de modo que é suficiente a existência de questões comuns de fato ou, ao contrário, tão somente estejam presentes questões comuns de direito, não sendo necessário o aparecimento de ambos os tipos de questões, para que o pré-requisito seja atendido. O que a lei dispõe é que as situações individuais de cada membro da classe tenham um núcleo comum aos do grupo. (GIDI, Antonio. *A ‘class action’ como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 84).

²⁹¹ O controle judicial da representatividade adequada, que se exerce sobre as partes representativas e os advogados da classe representada, deve examinar a presença de três elementos: (a) as partes representativas do grupo devem comprovar que têm interesse jurídico na demanda, informando por quais motivos ingressam em juízo com ação judicial na forma de *class action*; ademais, devem demonstrar o comprometimento, a disponibilidade de tempo e financeira, o conhecimento do litígio, a honestidade, a qualidade de caráter, a credibilidade, etc.; (b) a corte deve averiguar, ainda, a capacidade técnica dos advogados que patrocinam a demanda, especificamente a qualificação do profissional, especialização na área, a experiência em ações coletivas, a qualidade das peças escritas e submetidas ao tribunal, o relacionamento com a parte, o cumprimento do dever de comunicação e esclarecimento aos membros da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para assumir a demanda de classe, a conduta ética, e a inexistência de conflito de interesses com os do grupo; e (c) o tribunal deve conferir se há alguma espécie de conflito interno dentro da classe representada, quando, nessa hipótese, poderá dividir a classe inicialmente representada em subclasses cada uma com seu próprio interesse em jogo. Sobre os critérios para controle judicial da representatividade adequada, ver MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-79, vol. 4, e BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta*. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 104, abr.-jun. 1996.

Portanto, uma das principais características das *class actions* norte-americanas é que elas são processos por representação, procedimento em que uma única pessoa ou um pequeno grupo de pessoas representem em juízo um grupo maior ou uma classe de pessoas, desde que tenham entre si interesses comuns de fato ou de direito. O cabimento das *class actions* é restrito às hipóteses de potencial litisconsórcio multitudinário, em que a reunião de um enorme grupo de pessoas em um único processo causaria dificuldades insuperáveis no que diz respeito a jurisdição e competência.²⁹²

Além dos *prerequisites* supracitados e constantes na *subdivision* anterior constante na alínea (a), há necessidade de que as ações propostas pelos (ou em face dos) indivíduos considerados enquanto tais, possam dar ensejo a situações juridicamente indesejáveis. Em sua alínea (b) da Regra 23, constam os tipos e as hipóteses de cabimento das *class actions*: (b)(1) (A): incompatibilidade de conduta a parte oposta à da *class*; (b)(1)(B) prejuízos aos interesses do grupo; (b)(2) conduta ilícita e uniforme do réu e (b)(3) predominância de questões comuns e superioridade da tutela coletiva.

Com base nestas hipóteses de cabimento, a doutrina norte-americana classifica as *class actions* em dois tipos: (a) *injunctions class actions*, previstas nas subdivisões (b)(1) e (b)(2) da Rule 23, são demandas relativas a direitos civis (*civil rights*) ou que tem pretensões de condenação da parte ré em obrigações de fazer ou não fazer; e (b) *class actions for damages* ou *common question class actions* previstas na alínea (b)(3), são demandas que buscam medidas ressarcitórias de um dano sofrido.

A alínea (b)(3) regulamenta as ações não obrigatórias (*not mandatory*),²⁹³ que buscam a defesa de direitos individuais homogêneos, que interessam ao objeto do presente estudo. Tais demandas são tidas como não obrigatórias em razão da possibilidade de o membro da classe apresentar o requerimento de autoexclusão (*opt-out*) do processo, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão e da coisa julgada. Essa demanda

²⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 93, abr.-jun. 1996.

²⁹³ As alíneas (b)(1)(A)(B) e, também, a subdivisão (b)(2) tratam de categorias de demandas obrigatórias (*mandatory*), que buscam a defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito (para usar a nomenclatura do direito brasileiro). O foco do presente trabalho não é estudar essas ações, mas é preciso deixar claro que tais demandas são obrigatórias porque se não forem ajuizadas, todo o grupo será prejudicado por decorrência lógica do litígio (GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 101, p. 14, 2011).

corresponde à ação brasileira em defesa dos interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.²⁹⁴

A alínea (c) dispõe sobre os atos procedimentais que deverão ser realizados pelo magistrado na hipótese de o processamento da *class actions* ser admitido (certificação ou *class certification*).²⁹⁵ Assim, essa alínea da Regra 23 regulamenta: (1) certificação da ação de classe (*class certification*), (2) os atos de comunicação dos membros da classe (*notice to class*);²⁹⁶ (3) os efeitos da coisa julgada (*binding effect*); (4) a condução coletiva de determinadas questões (*particular issues*); e (5) o fracionamento da *class actions* (*subclasses*).

Todas as demais alíneas estabelecem o procedimento,²⁹⁷ mas é a última hipótese de situação fática a dar ensejo ao cabimento de uma *class action*, prevista na *Rule 23(b)(3)*, que mais nos interessa, porquanto foi o modelo importado para os artigos 91 a 100 do nosso Código do Consumidor.

Embora seja possível destacar algumas semelhanças, por óbvio, não é possível fazer o intercâmbio entre as regras de tutela coletiva existentes nos dois sistemas, tendo em vista que cada uma delas contém especificidades em seu ordenamento jurídico.

Nas *class actions*, o autor propõe a ação coletiva em nome próprio e de todos os

²⁹⁴ *Idem, ibidem*, p.14.

²⁹⁵ No atual sistema jurídico do Brasil, as ações coletivas e individuais são esferas incomunicáveis, ou seja, se uma ação é proposta como coletiva, não existe a possibilidade de ser convertida em ação individual, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, da mesma forma que a recíproca também é verdadeira, ou seja, o magistrado não pode transformar uma ação individual em coletiva. No direito estadunidense, se uma demanda não é proposta como *class action*, ou seja, na forma coletiva, a Corte verifica a presença de algumas condições estabelecidas e profere decisão interlocutória atestando ou não o perfil coletivo de uma demanda. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.192).

²⁹⁶ Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos da decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (*opt-in*); ou (c) intervir no processo por meio do seu advogado, desde que não tenha formulado o pedido de exclusão.

²⁹⁷ A alínea (e) estabelece regras sobre a transação (*settlement*), a extinção voluntária do processo (*voluntary dismissal*) e do compromisso das *class suits* (*compromise*) A alínea (f) trata do cabimento dos recursos (*appeals*) em face das decisões de (in)admissibilidade (certificação ou “decertificação”) nas *class actions*. Já o dispositivo (g) estabelece regras relativas ao advogado da classe (*class counsel*), como, por exemplo, critérios para nomeação, deveres funcionais, designação provisória. Por fim, a alínea (h) regulamenta as questões atinentes aos honorários advocatícios e o custo do processo (*attorney’s fees and nontaxable costs*).

demais que se enquadrem em situação semelhante à sua. Dessa forma, coexistem em uma *class action* dois pedidos: um individual e outro coletivo. No que concerne ao primeiro pedido, os efeitos da coisa julgada atingem apenas as partes que participaram do processo – autor e réu; já quanto ao segundo pedido, os efeitos da coisa julgada atingem indivíduos que não participaram pessoalmente do processo, possuindo assim efeito *erga omnes*.

Em se tratando dos efeitos *erga omnes*, trata-se de uma exceção à regra tradicional de que o indivíduo não pode ser atingido pela coisa julgada produzida em um processo do qual não participou pessoalmente.

E isso se deve ao fato de a observância ao princípio do devido processo legal ser uma das bases que sustentam e legitimam as *class actions*, e que é apreciado com total atenção pelos magistrados no momento da aferição da representatividade adequada do autor e da notificação pessoal de cada membro ausente.

O membro do grupo só não vai se submeter à coisa julgada coletiva se provar que a questão coletiva ou sua pretensão individual não foi tutelada de modo satisfatório, ou que não houve a adequada notificação dos membros ausentes. Nesses casos, caberá ao membro inconformado discutir esse aspecto em ação posterior, a fim de que ele não se sujeite aos efeitos da coisa julgada *erga omnes* produzida na *class action*.

Portanto, o legislador norte-americano conferiu enorme importância às ações coletivas, autorizando, em princípio, a extensão dos efeitos da coisa julgada a todos os membros do grupo, seja a sentença favorável ou não aos seus interesses.

Registre-se, ainda, que a adoção do sistema de coisa julgada *pro et contra* assegura, de certa forma, posição mais favorável ao réu, na medida em que seus custos de defesa estão todos concentrados em um único processo, evitando o dispêndio necessário com inúmeras ações individuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, e conforme já se destacou no Cap. II, a solução é complexa e envolve tanto a coisa julgada *pro et contra* como a coisa julgada *secundum eventum litis* com extensão *in utilibus* para a esfera individual dos membros do grupo.

De acordo com o art. 103 do CDC, a sentença coletiva vinculará todos os membros do grupo, mas essa decisão não poderá prejudicar seus direitos individuais. Logo, se a ação coletiva for procedente, todos os membros do grupo serão beneficiados pela sentença coletiva; se improcedente, a pretensão coletiva estará definitivamente julgada e a mesma ação coletiva em defesa do mesmo direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não poderá ser reproposta, mas os membros do grupo não serão atingidos por essa sentença em suas esferas individuais e poderão propor ações individuais em proteção aos seus direitos.

Além disso, a ação coletiva não transitará em julgado se julgada improcedente por falta de provas (a lei brasileira previu a técnica da improcedência por falta de provas apenas para as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos). Qualquer legitimado poderá repropor a ação coletiva em defesa do mesmo direito transindividual, fazendo o mesmo pedido, se apresentar nova prova.

Assim, enquanto o legislador brasileiro, ao sopesar os riscos e as vantagens da tutela coletiva e comparar com sua realidade política, social e jurídica, adotou um sistema de coisa julgada benéfica ao grupo, o legislador norte-americano, por sua vez, foi menos flexível, e se todos os requisitos impostos pela lei forem respeitados (tais como a certificação de uma ação como coletiva, a aferição da representatividade adequada, a regra da notificação e a possibilidade de acordos), a coisa julgada coletiva alcançará a todos os membros do grupo, independente de o resultado da demanda ser contra ou favorável.²⁹⁸

Portanto, não se pode menosprezar a eficiência de muitos pontos do sistema de tutela coletivo norte-americano, que devem funcionar como inspiração para o nosso ordenamento, tais como:

- (i) participação ativa do juiz, especialmente para um processo de massa, vindo em socorro principalmente daqueles titulares de parcela do direito ou interesse deduzido em juízo, os quais, exatamente pelo caráter de

²⁹⁸ VIANA, Flavia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.159, p. 95, mai.2008.

massa do conflito, estão incapacitados de adentrar ao tribunal e acompanhar pessoalmente o desenrolar da disputa;²⁹⁹

- (ii) controle da representatividade adequada, mormente em se tratando de legitimados privados e, portanto, despidos, por completo, das presunções de legalidade ampla que emanam dos atos das pessoas regidas pelo Direito Público;
- (iii) o modelo de notificação existente para as *class actions* do tipo (b)(3), em que se exige a comunicação obrigatória e pessoal a todos os interessados da propositura da *class action*, visto que a única regra prevista no art. 94 do CDC não é suficiente; e
- (iv) a possibilidade de realização de acordos nas *class actions*, desde que autorizados expressamente pelo tribunal (*Rule 23(e)*),³⁰⁰ sendo que o mesmo não se verifica no ordenamento jurídico nacional. Resta, então, uma de duas alternativas: ou se veda a possibilidade de acordos nas ações coletivas ou, se realizados, não se pode cogitar de seu caráter vinculante, ao menos para aqueles membros ausentes que discordarem dos termos da

²⁹⁹ “Em que pese a afirmação generalizada de que o juiz americano é a figura mais passiva do direito processual do sistema vigente nos Estados Unidos ou, mesmo da Inglaterra, certamente por força do ‘*adversary system*’ lá reinante, o papel do Magistrado em se tratando das ‘*class actions*’, é, como não informa a Rule 23, extremamente ativo e, portanto, excepcional. É dele que se aguarda que uma ação possa, processando-se como *class action*, vir entabulada das maiores garantias para as partes ausentes da relação processual.” (BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 126, abr.-jun. 1996).

³⁰⁰ Conforme destacou Flavia Batista Viana, “O direito processual civil norte-americano, na maioria dos casos, encerra-se com acordos entre as partes. Contudo, para que os acordos continuem sendo benéficos e os riscos de conluio entre as partes sejam minimizados, a lei norte-americana condicionou a validade de qualquer acordo à notificação dos membros do grupo e à aprovação pelo juiz. (...) No âmbito do direito brasileiro, não existe qualquer norma que disponha sobre o acordo coletivo. Houve falha do legislador por não disciplinar, em nosso ordenamento jurídico, esse aspecto tão importante do direito norte-americano, o que provavelmente deve-se ao baixo índice de acordos na realidade do nosso sistema, posto que o réu não possui qualquer incentivo para atender à pretensão do autor, ainda que seja legítima. Portanto, a extinção de uma ação coletiva por meio de acordos é mais um mecanismo do sistema das ‘*class actions*’ que deve ser estudado pelos juristas brasileiros, já que o compromisso de ajustamento de conduta previsto em nosso ordenamento não se trata de uma transação, mas de simples reconhecimento, por parte do réu, da existência de um dever jurídico e do compromisso de cumpri-lo.” (VIANA, Flavia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.159, p. 95, mai.2008.).

convenção.³⁰¹

4.3. O MODELO DA INGLATERRA E PAÍS DE GALES, A *GROUP LITIGATION ORDER (GLO)*, CONFORME *CIVIL PROCEDURE RULES*, 19.10 A 19.15.

Antes de 26 de abril de 1999, quando foi aprovado para a Inglaterra e o País de Gales, o Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure - RCP*), o direito processual civil inglês não dispunha de meios “práticos” para lidar adequadamente com os litígios coletivos.³⁰²

Em 1994, o então *Lord Chancellor* encarregou o magistrado *Lord Woolf*, presidente da Seção Civil da *Court of Appeal*, com o objetivo de elaborar pesquisa relativa ao sistema judicial inglês e apresentar sugestões para a melhoria da justiça, o que resultou no Relatório *Woolf*, denominado *Access to Justice - Final Report*.³⁰³

O Capítulo 17 do Relatório *Woolf* tratou especificamente dos litígios coletivos. Verificou-se que, ao contrário da posição adotada por outros países que seguem o sistema do *common law* (por exemplo, os Estados Unidos da América), não existiam, no sistema judicial inglês, regras que regulamentavam, satisfatoriamente, a tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Assim, alertou que os processos coletivos tinham custos altíssimos, o que, certamente, dificultaria o amplo acesso à justiça.

³⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 124, abr.-jun. 1996.

³⁰² É certo que as *Rules of Supreme Court* previam, desde 1965, o cabimento das *representative actions* (*Order 15, Rule 12*), quando houvesse grande número de pessoas com interesses comuns em qualquer questão jurídica. Todavia, não funcionavam adequadamente e raramente eram utilizadas, sobretudo devido à interpretação restritiva dada ao termo “interesses comuns”. Assim, durante vários anos os Tribunais ingleses enfrentaram litígios coletivos de grande repercussão, os quais trouxeram enormes dificuldades práticas para a efetivação da adequada tutela jurisdicional coletiva. Dois casos são emblemáticos: (a) o caso *Daves (Joseph Owen) v. Eli Lily*, de 1987, também conhecido como o “Caso *Opren Litigation*”, que versou sobre pretensões indenizatórias em razão de danos sofridos por mais de 1500 pessoas, decorrentes do uso do medicamento *Opren*; e (b) o Caso *Hogson v. Imperial Tobacco Ltd.*, do ano de 1999, que discutiu o direito de indenização pelo diagnóstico de doenças oriundas da utilização contínua do tabaco (LEVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil - exame à luz da *group lit igation order* britânica. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.196, p. 176, jun. 2011).

³⁰³ WOOLF, Harry [Lord]. *Access Justice: final report*. H.M. Stationary Office, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm>>. Acesso em: 18.10.2014. Capítulo XVII.

Com base em tais premissas, sugeriu uma série de medidas,³⁰⁴ que acabaram por influenciar as regras sobre mecanismos de resolução coletiva de litígios coletivos, previstas nas novas *Civil Procedure Rules – CPR*, agrupadas em sua *Part 19 (Parties and Group Litigation)*, dividida nas Seções I (*Addition and Substitution of Parties*), II (*Representative Parties*) e III (*Group Litigation*), substituindo definitivamente a disciplina anterior, que era fragmentada e não regulamentava a matéria sistematicamente.³⁰⁵

Atualmente, na Inglaterra e no País de Gales, os litígios coletivos podem ser discutidos em juízo por meio de dois principais mecanismos processuais: (a) as *representative actions* (processos por representação); e (b) as *group litigation orders (GLO)* (ordens de litígio em grupo).

As *representative actions* têm previsão na Rule 19:6 do Código de Processo Civil Inglês, e são verdadeiras ações coletivas, inclusive geneticamente ligadas às *class actions* do direito norte-americano.

³⁰⁴ “Unlike the position in some other common law countries, there are no specific rules of court in England and Wales for multi-party actions. This causes difficulties when actions involving many parties are brought. In addition to the existing procedures being difficult to use, they have proved disproportionately costly. It is now generally recognised, by judges, practitioners and consumer representatives, that there is a need for a new approach both in relation to court procedures and legal aid. The new procedures should achieve the following objectives: (a) provide access to justice where large numbers of people have been affected by another’s conduct, but individual loss is so small that it makes an individual action economically unviable; (b) provide expeditious, effective and proportionate methods of resolving cases, where individual damages are large enough to justify individual action but where the number of claimants and the nature of the issues involved mean that the cases cannot be managed satisfactorily in accordance with normal procedure; (c) achieve a balance between the normal rights of claimants and defendants, to pursue and defend cases individually, and the interests of a group of parties to litigate the action as a whole in an effective manner.” (WOOLF, Harry [Lord]. Access Justice: final report. H.M. Stationary Office, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm>>. Acesso em: 18.10.2014. Capítulo XVII. Capítulo XVII, item n.2).

³⁰⁵ Conforme destacou Marcos de Araújo Cavalcanti: “as ‘*Rules of the Supreme Court*’, que previam, desde 1965, o cabimento das ‘*representative actions*’ (Order 15, Rule 12), quando houvesse grande número de pessoas com interesses comuns em qualquer questão jurídica, não funcionavam adequadamente e raramente eram utilizadas, sobretudo devido à interpretação restritiva dada ao termo “interesses comuns”. Ademais, as regras previstas na *order 15, Rule 4*; e *Order 4, Rule 9 (1)* das *Rules of the Supreme Court*, que tratavam do ‘litígio consolidado’ (*consolidated litigation ou ordinary joinder of co-claimants*), correspondente ao litisconsórcio ativo simples do direito brasileiro, eram tidas como solução grosseira para a tutela jurisdicional dos conflitos coletivos. Isso porque o litígio consolidado, além de envolver quantidade reduzida de interessados, somente poderia ser utilizado quando dois escritórios de advocacia representassem os mesmos grupos relevantes dos réus e autores, e ser aplicado se os processos já estivessem em andamento.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 280 e 281.

As *group litigation orders (GLO)*, por sua vez, estão previstas nas Rules 19:10 até 19:15 e na *Practice Direction 19B* das *CPR*. Mas na verdade, as *GLO* não são propriamente ações coletivas, mas sim verdadeiro incidente processual de resolução coletiva de litígios de massa. As *GLO* não estavam previstas na redação original das *CPR*, tendo sido introduzidas por meio de uma emenda (*Amendment Rules, 2000, n.221*), que entrou em vigor no dia 2 de maio de 2000.

Portanto, e sem abdicar de sua tradição nas ações representativas, o Código de Processo Civil Inglês, buscando efetividade, criou um incidente não representativo.

Segundo as regras 19.10³⁰⁶ e 19.11 (1)³⁰⁷ do Código de Processo Civil inglês, um caso pode receber uma ordem de litígio coletivo - *Group Litigation Order (GLO)* - sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (*GLO issues*).³⁰⁸

O procedimento coletivo pode ser determinado de ofício pelo órgão judicial ou requerido pela parte. O Tribunal deve conceder a ordem de litígio em grupo quando subjetivamente identificar a real ou a potencial multiplicidade de demandas. O critério é subjetivo e, portanto, deve ser verificado no caso concreto, sem levar em conta qualquer número mínimo de demandas, embora a quantidade de dez tenha servido para os parâmetros ingleses.³⁰⁹

³⁰⁶ 19.10. A *Group Litigation Order (GLO)* means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues'). Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19>>. Acesso em 18.10.2014.

³⁰⁷ 19. 11 (1). "The court may make a *GLO* where there are or are likely to be a numerous claims giving rise to the *GLO issues*." Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19>>. Acesso em 18.10.2014.

³⁰⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52, vol. 4.

³⁰⁹ "I would broadly follow this suggestion, subject to two points. First, the minimum number of ten parties should not be written into the rules but be regarded simply as a guide. Especially in local cases, five may be a sufficient number. Secondly, the common issues need not necessarily predominate over issues affecting only individuals. All that is required is that the court is satisfied that the group will be sufficiently numerous and homogenous for the cases within the MPS to be more viable if there is a collective approach than if they are handled individually" (Capítulo 17, parágrafo 20). Vide item 31. (WOOLF, Harry [Lord]. Access Justice: final report. H.M. Stationary Office, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm>>. Acesso em: 18.10.2014).

Antes de se efetivar uma ordem de litígio em grupo, o requerente, por meio de seu advogado, deve realizar consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas.³¹⁰

Por sua vez, o órgão jurisdicional competente, ao considerar a possibilidade de proferi-la, deve verificar se existem outros meios mais apropriados para a resolução do litígio coletivo. Em particular, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, devem examinar se, no lugar de conceder uma ordem de litígio em grupo, não é mais eficiente e eficaz: (a) determinar que os litígios sejam “consolidados” em litisconsórcio (*consolidated litigation* ou *ordinary joinder of co-claimants*); ou (b) aplicar as regras relativas às ações coletivas (*representative actions*), previstas na Seção II da parte 19 das CPR. Portanto, as *GLO* somente deverão ser concedidas, de forma residual, somente se as regras relativas ao “litígio consolidado” ou às ações coletivas não forem mais apropriadas para a resolução do litígio coletivo sob exame.

O requerimento de instauração do procedimento coletivo possui dois níveis de aprovação da ordem de litígio em grupo. O primeiro, pelo Tribunal perante o qual o requerimento foi formulado, para decidir sobre o cabimento da instauração do procedimento coletivo, muito embora possa, de ofício, expedir a ordem de litígio em grupo. O segundo lugar, um *senior judge* deve, em seguida, ratificar a decisão preliminar do Tribunal. Essa ratificação é feita, geralmente, pelo *Lord Chief Justice*. Entretanto, no caso de processos enviados à *Chancery Division*, a ratificação é de competência do *Vice-Chancellor*. E a ratificação será concedida pelo *Head of Civil Justice* quando as demandas tiverem tramitação nas *County Courts*.

Com a autorização para o processamento coletivo, devem ser enviadas cópias da decisão judicial (*order*) que a admitiu, para a *Law Society* e para o *Senior Master* da *Queen’s Bench Division of the Royal Courts of Justice*, com o intuito de se dar conhecimento e publicidade sobre a existência da respectiva demanda coletiva, nos termos

³¹⁰ Practice Direction 19b, preliminary steps, n.2: “Before applying for a Group Litigation Order (‘GLO’) the solicitor acting for the proposed applicant should consult the Law Society’s Multi Party Action Information Service in order to obtain information about other cases giving rise to the proposed GLO issues”.

da diretriz prática n.11 sobre *group litigation*. Deve-se criar um cadastro coletivo (*group register*), no qual serão inseridas todas as informações e os detalhes concernentes aos casos que serão objeto do procedimento coletivo. Não há qualquer imposição absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas.

No entanto, o julgamento coletivo envolve a necessidade do requerimento do interessado (*opt-in*), ou seja, para que possam participar do julgamento na sua forma coletivizada, o autor e/ou ré devem optar expressamente pela sua inclusão no cadastro coletivo. Exatamente o contrário ocorre com as *representative actions* inglesas e com as *class actions* norte-americana, nas quais impera a regra da *opt-out* (pedido de exclusão) para não sofrerem os efeitos da decisão transitada em julgado. Se ultrapassado o prazo para a opção (*cut off date*), não haverá prejuízo ao indivíduo, que pode ajuizar demanda individual fora do sistema das *GLO*.³¹¹

O Tribunal poderá indeferir o requerimento se não estiver convencido de que o caso pode ser adequadamente administrado com os demais já inseridos no cadastro coletivo. Igualmente, o requerimento será indeferido se o registro de um caso com grandes particularidades for suficiente para afetar negativamente a gestão dos demais. Nesta hipótese, ainda que o caso já tenha sido registrado, nada impede que a Corte determine a exclusão de suas respectivas informações do cadastro coletivo, quando entender que assim será mais eficiente e eficaz para a gestão coletiva das demandas repetitivas.

Simultaneamente à determinação de criação de um cadastro coletivo, a ordem de litígio em grupo deve estabelecer qual tribunal será responsável pela tarefa de gerir as várias demandas com questões comuns ou relacionadas, chamado de Tribunal Gestor (*the management court*). Na prática, a competência é atribuída àquele Tribunal que concedeu a ordem de litígio em grupo.

³¹¹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.556.

O Tribunal Gestor, ao conceder a ordem de litígio em grupo, pode estabelecer, desde logo, todas as instruções necessárias para o efetivo e adequado gerenciamento dos casos repetitivos.³¹²

Se a ação indicada para ser processada como ação-modelo (*test claim*) for extinta por acordo entre as partes, o Tribunal Gestor poderá determinar que outra ação já registrada no cadastro coletivo a substitua. Nessa hipótese, toda decisão proferida na ação modelo até a data da substituição é vinculante em relação à ação substituída salvo determinação diversa do tribunal.

O Tribunal Gestor julgará as ações modelo, proferindo decisão que resolverá as questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito e servirá de referência para o julgamento das demais ações individuais cadastradas, enquanto as questões individuais são examinadas e julgadas pelo Tribunal cuja localidade seja a mais conveniente para as partes.

Portanto, a decisão proferida pelo Tribunal Gestor, quanto a questão comum, tem efeito vinculante e alcança todas as demandas que, no momento do julgamento, estavam registradas no cadastro coletivo, salvo se o Tribunal decidir diferentemente.

Mas a legislação não impede que novas demandas sejam posteriormente registradas no cadastro coletivo, ainda que o Tribunal Gestor já tenha decidido a respeito das questões comuns, assim como julgado as ações-modelo (*test claims*). Nesse caso, caberá ao Tribunal Gestor estabelecer em qual extensão os efeitos vinculantes a decisão alcançarão as demandas registradas no cadastro coletivo após o julgamento.

³¹² As instruções do Tribunal gestor poderão dispor sobre: (a) a modificação do objeto da ordem de litígio em grupo, isto é, das questões comuns ou relacionadas, de fato ou de direito (*GLO issues*); (b) a escolha de uma ou mais ações inseridas no cadastro coletivo como ações-modelo (*test claims*); (c) a indicação de um advogado (*solicitor*) de uma ou mais partes para ser o advogado principal dos demais autores ou dos réus; (d) a especificação de detalhes a serem incluídos em um relatório do caso, como forma de demonstrar que foram cumpridos todos os requisitos necessários para o registro da demanda no cadastro coletivo; (e) a fixação de um prazo após o qual nenhuma ação poderá ser incluída no cadastro coletivo (*cut off dates*), a menos que o Tribunal Gestor a autorize expressamente; e (f) direções para a inclusão de ações que, embora apresentem questões particulares, versem também sobre uma ou mais questões comuns ou relacionadas à ordem de litígio em grupo. Além disso, o Tribunal Gestor deve decidir, previamente, acerca da forma de pagamento das custas relativas aos processos individuais e às ações-modelos (*test-claims*).

Quando a decisão for desfavorável, a parte prejudicada poderá requerer permissão para recorrer. O recurso somente é cabível para as partes que obtiveram o registro no cadastro coletivo antes de o Tribunal Gestor julgar o incidente coletivo. A parte que somente conseguiu o registro de sua demanda após o julgamento do procedimento coletivo não poderá requerer a anulação, alteração, suspensão, nem recorrer da decisão, mas somente demonstrar que a decisão vinculativa não lhe é aplicável.

Atualmente, os dados constantes do cadastro mantido pelo site <http://www.justice.gov.uk> demonstram que entre os anos de 2000 a 2014, foram concedidas somente 81 ordens de litígio em grupo.³¹³

Nesse contexto, pode-se concluir que, se por um lado, as *representative actions*, observam o modelo de *opt-out*, mas não são utilizadas para obter proteção do tipo ressarcitória, pois a disciplina legal exige que todos os interessados tenham “interesses comuns”, o sistema da *GLO*, por sua vez, utilizado para defender as pretensões indenizatórias, também não criou acesso eficaz à justiça porquanto obedecem ao sistema do *opt-in*, ou seja o interessado em participar do procedimento coletivo deve requerer o registro da sua demanda no cadastro coletivo para que possa ser alcançado pelos efeitos da decisão proferida no procedimento da *GLO*.

Em atenção a tal situação, em julho de 2007, a australiana Rachel Mulheron, professora da Universidade de Londres, publicou relevante artigo para a *Modern Law Review*, intitulado *Justice enhanced: framing an opt-out class action for England*,³¹⁴ iniciando um debate acerca dos sistemas de *opt-out* e de *opt-in*, revelando a sua preferência pelo sistema do *opt-out*, aos seguintes argumentos:

- (i) o regime do *opt-out* permite que o vulnerável ou relutante seja também abrangido por uma decisão proferida no procedimento coletivo, o que

³¹³ Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders>>. Acesso em 18.10.2014.

³¹⁴ MULHERON, Rachael. Justice enhanced: framing an opt-out class action for England. In *Modern Law Review*, v.70, N.4, jul.2007. Disponível em: <<http://www.researchgate.net>> . Acesso em 29.10.2014.

promove a observância de dois princípios básicos no processo civil moderno: o acesso à justiça e a alocação eficiente dos recursos judiciais;

- (ii) existem diversos mecanismos que podem ser utilizados para superar a alegação de que os regimes de *opt-out* tendem a trazer para a ação coletiva aqueles que não desejam litigar, ou até mesmo, os que são indiferentes: requisitos de notificação detalhada explicando o direito de optar por não participar; notificação rigorosa individual e amplamente disseminada; e a possibilidade de exercer o direito de requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do processo em diversos momentos do litígio;
- (iii) o regime do *opt-out* garante, de forma eficaz, que os réus sejam avaliados pela completa extensão das perdas e danos que causaram. Em contrapartida, o regime de *opt-in* tende a permitir uma indenização em menor montante global, visto que muitos membros da classe podem não requerer a participação na ação coletiva (*opt-in*);

Ainda, no ano seguinte, Rachel Mulheron elaborou um minucioso relatório denominado *Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of need*,³¹⁵ submetido ao *Civil Justice Council*, que novamente estimulou o debate e sugeriu mudanças para um modelo de *opt-out* de reparação coletiva.

A principal recomendação do Relatório *Mulheron* foi no sentido de que uma ação coletiva ressarcitória deveria ter seu processamento admitida pelo Tribunal com a observância do sistema de *opt-out* se, de fato, restar demonstrado que esse regime é preferível para a resolução do conflito coletivo, ou seja, a criação de uma ação coletiva ressarcitória genérica, que possibilitasse ao Tribunal avaliar, por meio de uma fase de certificação, qual o melhor sistema para a resolução do litígio coletivo: *opt-in* ou *opt-out*.

³¹⁵ MULHERON, Rachael. *Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of need*. Disponível em: <<http://www.judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 29.10.2014.

4.4. O MODELO ALEMÃO MUSTERVERFAHREN (PROCEDIMENTO-MODELO), CONFORME KAPMUG (“KAPITALANLEGER-MUSTERVERFAHRENSGESETZ”)

A falta de sistematização e a desconfiança com a legitimidade extraordinária na Alemanha³¹⁶, além de gerar muitos problemas práticos de efetividade da prestação jurisdicional, abrem o espaço necessário para o debate sobre as ações de associação, que embora preservem os princípios do processo individual, permitem a tratativa coletiva.

Em 1991, em paralelo às “ações de associações” (*Verbandsklage*), o ordenamento jurídico alemão começou a introduzir uma espécie de Procedimento-Modelo, como instrumento de resolução coletiva de conflitos massificados.

Através desta técnica processual, o juízo instaura um incidente processual coletivo, com o objetivo de obter uma decisão-modelo que resolva expressiva quantidade de demandas em que as partes estejam na mesma situação.

O procedimento-modelo foi disciplinado inicialmente apenas no âmbito da Justiça Administrativa.³¹⁷

Alguns anos depois, em 2005, a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de *KapMuG*) previu o cabimento do referido incidente coletivo, o Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*), no âmbito

³¹⁶ “(...) a desconfiança com a legitimidade extraordinária na Alemanha impede ou retarda o desenvolvimento das ações coletivas.” (CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, vol. 17, p. 126, maio 2007). No mesmo sentido, Para o professor da Universidade de Tübingen, Rolf Stürner, o pensamento no processo civil alemão é no sentido de que “é melhor muitos processos bem curtos do que um único processo ‘monstro’ bem longo e com muitos envolvidos”. (STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, 2011, p.360).

³¹⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120, vol. 4. Neste sentido, cumpre destacar que o Poder Judiciário na Alemanha é dividido, em razão da matéria, nas seguintes justiças: (a) Justiça Comum ou Ordinária; (b) Justiça do Trabalho; (c) Justiça de Finanças, Justiça Administrativa; e (d) Justiça Previdenciária ou Social. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Curso de processo civil comparado Brasil-Alemanha. *Revista de processo* n.178. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2009, p. 230.

das controvérsias do mercado mobiliário.

Assim como as outras disposições legais alemãs no campo da tutela coletiva, o *Musterverfahren* tem espectro de aplicação bem restrito, já que inserto pelo legislador tedesco não em uma norma geral, mas na disciplina específica da proteção dos investidores no mercado de capitais.

Essa lei foi editada em decorrência de um episódio específico que aconteceu na Bolsa de Valores de Frankfurt, o qual ficou mundialmente conhecido como o “Caso Telekom,”³¹⁸ que ocorreu durante os anos de 1999 e 2000, quando a empresa Deutsche Telekom ofertou publicamente suas ações no mercado financeiro de Bolsa de Valores de Frankfurt, fazendo constar dos prospectos informativos da empresa elementos e subsídios falsos e equivocados a seu respeito. Pouco tempo depois da oferta pública de ações, o valor mobiliário sofreu considerável desvalorização, trazendo enormes prejuízos aos mais de 3 milhões de acionistas da empresa.

Inconformados, os investidores ingressaram com milhares de ações individuais contra a empresa Deutsche Telekom, o Estado alemão e alguns bancos participantes da operação, requerendo o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Basicamente, o argumento utilizado foi no sentido de que os elementos e os subsídios constantes dos prospectos informativos eram lacunosos e errôneos, no sentido de que o patrimônio da empresa estava avaliado em mais de 2 milhões de euros, o que se verificou, posteriormente, não ser verdadeiro.

Somente no período 2001 a 2003, mais de 13 mil ações individuais foram propostas ao Tribunal de primeira instância (*Landesgericht*) de Frankfurt, as quais representavam, em conjunto, mais de 150 milhões de euros de prejuízos dos investidores. Essas ações individuais levaram a total paralisia da Câmara de Direito Comercial do *Landesgericht* de Frankfurt, que tinha competência exclusiva para processar e julgar essas demandas.

³¹⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 259.

Na época, o presidente daquela Câmara chegou a afirmar que, tendo em vista o andamento normal das referidas demandas individuais, o colegiado competente levaria, no mínimo, 15 anos para eliminar o contencioso gerado pelo “Caso Telekom”, mesmo considerando a reutilização de prova técnica produzida em causas paralelas, o que o Código de Processo Civil Alemão (ZPO) já permitia.

A partir de 2004, em virtude da lentidão ocasionada pela grande quantidade de ações individuais, alguns autores começaram a interpor recursos de constitucionalidade diretamente ao Tribunal Federal Constitucional alemão (*BVerfG*), alegando violação à garantia da razoável duração do processo. Embora o *BVerfG* tenha negado provimento aos recursos, por entender que a lentidão processual era tolerável em razão das peculiaridades do caso concreto, recomendou que o *Landesgericht* de Frankfurt desse celeridade à resolução das aludidas demandas. Referiu-se expressamente, à possibilidade de se empregar o instituto do procedimento-modelo.

Em 2005, o legislador alemão, considerando a decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, editou a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*), prevendo o cabimento de um incidente de resolução coletiva de conflitos de massa no âmbito das controvérsias decorrentes do mercado mobiliário.

A referida lei entrou em vigor em 1º de novembro de 2005 e foi concebida como uma experiência temporária, com previsão de término de vigência em 1º de novembro de 2010. Passados alguns anos de sua edição, o governo federal alemão entendeu que a *KapMuG* deveria ter sua vigência prorrogada e que seu objeto necessitaria ser estendido para abranger outros tipos de conflito de massa.

Com efeito, em maio de 2010, o Ministro da Justiça alemão confirmou que o governo federal alemão estava estudando a possibilidade de o *Musterverfahren* ser introduzido em outras áreas do direito, principalmente em relação aos litígios massificados decorrentes de danos pessoais ou de responsabilidade do produto.

Assim, e no intuito de permitir maior tempo de estudo e de reflexão para a reforma sugerida, o legislador, em seguida, prorrogou a vigência da lei por mais dois anos,

ou seja, até 31 de outubro de 2012.³¹⁹

Após 2 anos de estudo e discussões para a reforma legislativa, em 1º de novembro de 2012, entrou em vigor a nova *KapMuG*, prorrogando por mais oito anos, ou seja, até 1º de novembro de 2020 o instituto do *Musterverfahren* no âmbito das controvérsias do mercado de capitais (§ 20 da *KapMuG*).

Atualmente, existem na Alemanha 3 textos legais que preveem o cabimento do *Musterverfahren* para a resolução coletiva dos conflitos de massa. São eles: (a) o §114ª da Leis do Tribunais Sociais (*SGG*); (b) o art.93a do Código de Justiça Administrativa (*VwGO*); e (c) a nova Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*).³²⁰

Limitaremos a nossa análise do Procedimento-Modelo através da Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*).

Com efeito, o Procedimento-Modelo tem por escopo estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo, em outras palavras, fixa posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes.

É relevante destacar que o objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual, ou seja, a possibilidade de abstração das questões jurídicas referentes às pretensões individuais.

Em breve síntese, e conforme analisou Antônio do Passo Cabral,³²¹ o

³¹⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 261.

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 262.

³²¹ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, vol. 147, p. 123-146, maio 2007.

procedimento se inicia com um pedido de instauração do incidente-padrão (*Musterfeststellungsantrag*), seja pelo autor, seja pelo réu, perante o juízo do processo individual (*Prozessgericht*, o juízo de origem), com indicação do escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido. Não pode haver instauração de ofício pelo juízo.

O requerente deve apontar os pontos litigiosos (*Streitpunkte*) que deseja ver resolvidos coletivamente, indicando o conteúdo e o objeto das informações públicas questionadas, relativas ao mercado de capitais, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente, além de alegar e demonstrar que o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares.

Em respeito ao contraditório, o juízo de origem deve assegurar ao requerido (autor ou réu, a depender de quem fizer o requerimento) a oportunidade de apresentar seus argumentos sobre o requerimento de instauração do incidente coletivo.

A análise da admissibilidade do Procedimento-Modelo é de competência do juízo de origem, que deverá fazê-lo no prazo de 6 (seis) meses, contados da data de seu recebimento. Eventual atraso deverá ser justificado mediante decisão irrecurável.

Nos termos da lei, o incidente coletivo deve ser inadmitido por decisão irrecurável se: (a) a causa estiver pronta para julgamento, puder prolongar ou postergar indevidamente o processo, (b) o meio de prova requerido for inadequado, (c) as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento, ou ainda, um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva (*KapMuG* §1 (3)).

Acolhido o pedido para instauração do Procedimento-Modelo, o próprio juízo de origem determinará seja-lhe dada publicidade com sua inserção no boletim das ações, que é uma espécie de cadastro eletrônico público e gratuito, mantido na Internet, no sítio [www.bundesanzeiger.de], sob a administração de órgãos federais,³²² fazendo dele constar um pequeno extrato do pedido, partes envolvidas, objetivo do procedimento, a data de

³²² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 145, p. 192, jan.2010.

recebimento do requerimento de instauração do procedimento-modelo pelo juízo de origem e a data de publicação e do registro das respectivas informações no cadastro eletrônico público.

Requerimentos similares de instauração de *Musterverfahren* serão registrados juntamente aos anteriores, indicados cronologicamente de acordo com a data de sua publicação, de forma a otimizar a resolução das questões comuns e facilitar a consulta pública.

Será considerado o juízo de origem aquele em tenha sido formulado, cronologicamente, o primeiro requerimento de tratativa coletiva, mas como requisito para o início do procedimento coletivo, no período de 6 meses após a publicação no registro, é necessário haver 10 (dez) requerimentos do incidente-padrão que versem sobre o mesmo objeto, pretensões paralelas baseadas nos mesmos fundamentos (causas de pedir semelhantes), os quais tenham sido requeridos, neste ou em outros juízos. Se não for observado o número mínimo de requerimentos no prazo legal, deve o juízo rejeitar o requerimento, por decisão irrecurável, e prosseguir no processo individual.

Em seguida, o juízo de origem decide sobre o pedido de instauração do Procedimento-Modelo, proferindo decisão (*Vorlagebeschluss*, prevista no §4 e alíneas da *KapMuG*) que provoca um tribunal de hierarquia superior a decidir sobre as questões coletivas. A decisão do juízo inferior é irrecurável, será publicada no registro público e vincula o tribunal de instância superior, que será o juízo de julgamento do mérito do *Musterverfahren*. Com a prolação da decisão que instaura a tratativa coletiva não pode haver outro Procedimento-Modelo com o mesmo objeto (§5 da *KapMuG*).

Ao prolatar a decisão pela instauração do procedimento coletivo, o juízo de origem deverá fixar, na forma da lei: o escopo do procedimento, os pontos litigiosos que deverão ser decididos coletivamente, as provas a serem produzidas e uma rápida descrição das pretensões e dos meios de defesa das partes.

Note-se que o mérito do Procedimento-Modelo é fixado pelo juízo de origem, mas quem tem competência para julgar o mérito do *Musterverfahren* é o Tribunal Regional (*Oberlandesgericht - OLG*).

O Tribunal de julgamento, de forma discricionária, mas respeitando o balizamento e os critérios estabelecidos na norma (§ 8 da KapMuG),³²³ procederá à escolha de um "líder" para os vários autores e outro para os réus, que serão interlocutores diretos com a corte. Na verdade, a escolha do Tribunal deve se feita apenas com relação ao autor-principal, visto que a própria *KapMuG* determina que todos os réus dos processos suspensos serão considerados réus-principais do procedimento-modelo.³²⁴

Portanto, são partes no incidente coletivo: (a) o autor-principal (*Musterkläger*), (b) os réus principais (*Musterbeklagten*); e (c) as partes interessadas (*Biegeladenen*), que são os litigantes das demandas repetitivas suspensas.

Como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um "porta-voz", que junto com seus advogados, traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, ou seja, as partes interessadas, autores e réus dos processos individuais suspensos, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial.

Em seguida, o Tribunal fará publicar no registro a instauração do procedimento-padrão, com extrato do conteúdo da decisão do juízo de origem, o objetivo do procedimento, bem como descrição dos líderes das partes e, se for o caso, de seus representantes legais (§ 6 da KapMuG).

A decisão que seleciona as partes-principais é irrecorrível. Poderá o Tribunal exonerar, a pedido das partes interessadas, o autor-principal do incidente coletivo, quando

³²³ Conforme esclareceu Marcos de Araújo Cavalcanti, “embora a *KapMuG* mencione ter a eleição das partes-principais caráter discricionário, dispõe alguns critérios que devem ser observados, obrigatoriamente, pelo OLG [Tribunal], no momento de se efetivar a seleção do autor-principal: (a) o candidato deve ser escolhido dentre as partes que tiverem os processos individuais suspensos; (b) o candidato deve ter representatividade adequada para defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa; (c) a Corte deve verificar a existência de um acordo firmado entre os autores dos processos individuais com o objetivo de indicação de um autor-principal; e (d) o Tribunal deve considerar o montante da dívida discutida no processo individual.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 272).

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 270.

restar comprovado que aquele inicialmente selecionado não tem condições de representar adequadamente os interesses da coletividade, da mesma forma que se o autor-principal desistir de sua demanda individual ou sofrer processo de insolvência, o Tribunal poderá substituí-lo.

Após a publicação da instauração do *Musterverfahren* no registro, os juízes de origem devem determinar a suspensão *ex officio* de todos os processos repetitivos pendentes em que a decisão dependa das questões a serem decididas ou esclarecidas no Procedimento-Modelo, ou seja, a suspensão ocorrerá independentemente de ter havido requerimento de procedimento-padrão no processo de origem, podendo atingir a processos individuais cujas partes não requereram a tratativa coletiva de nenhuma questão fática ou jurídica.

Com a determinação de suspensão do processamento dos processos individuais, não serão admitidos, também, novos requerimentos de instauração de procedimentos-modelo sobre o mesmo assunto.

A lei permite que o autor exerça, sem consentimento do réu, no prazo de um mês contado da comunicação da decisão que suspendeu seu processo, o direito de pedir desistência da demanda individual, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão-modelo, proferida nos autos do incidente coletivo.

Não há, portanto, a possibilidade de o autor apresentar simples requerimento de autoexclusão, tal como ocorre no direito norte-americano (*opt-out*). A única forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão de mérito proferida nos autos do procedimento coletivo é por meio do pedido de desistência do processo individual ajuizado.

Dessa forma, em regra, todos aqueles prejudicados por atos ilícitos, no âmbito do mercado de capitais, que optarem por ingressar em juízo com suas demandas individuais, tornam-se automaticamente, partes-interessadas do incidente coletivo, independentemente de sua vontade ou de terem ingressado no incidente coletivo como partes intervenientes.

Conforme destacou Marcos de Araújo Cavalcanti,³²⁵ uma das principais mudanças da KapMuG diz respeito à possibilidade dos interessados apresentarem requerimento de registro de uma pretensão diretamente ao Tribunal de segunda instância, solicitando a aplicação das regras do *Musterverfahren*, antes mesmo de, eventualmente, ingressarem em juízo com suas demandas individuais.

O requerimento da parte interessada deve ser assinado por advogado e apresentado no período de 6 (seis) meses contados da divulgação e do registro dos nomes das partes-principais e do número do incidente coletivo no cadastro eletrônico público. Uma vez apresentado o requerimento, o prazo de prescrição é suspenso e só começa a correr três meses após a conclusão do *Musterverfahren*. Portanto, o principal objetivo do requerimento é a suspensão do prazo prescricional, viabilizando, assim, que os requerentes tenham conhecimento do resultado do incidente coletivo, antes mesmo de decidir se apresentarão suas demandas individuais. Como o simples requerimento de registro de uma pretensão tem custo bem inferior comparado com o de um processo individual, os interessados podem facilmente colocar pressão sobre os réus, incentivando o maior número de registros possível. Ademais, com a efetivação dos registros, os réus poderão avaliar de forma global os riscos da conduta questionada, facilitando, portanto, a ponderação acerca de eventual transação entre as partes.

O requerimento de extensão do objeto do incidente coletivo deve ser apresentado diretamente ao Tribunal, indicando os pedidos adicionais e as respectivas informações públicas sobre mercado de capitais. O Tribunal somente poderá ampliar o objeto do incidente se restar demonstrado que: (a) a decisão depende da ampliação do objeto do incidente; (b) os pedidos adicionais estão relacionados com as mesmas questões de fato trazidas na decisão do juízo de origem que fixou o mérito do procedimento-modelo; e (c) os pontos adicionais tem relevância para a resolução da controvérsia massificada.

A cognição sobre o mérito seguirá normalmente, fixando o Tribunal uma decisão-modelo (*Musterscheidung*) que resolverá o mérito do próprio incidente coletivo e,

³²⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 272.

ao mesmo tempo, servirá de referência para o julgamento de todas as demandas repetitivas suspensas.

A decisão modelo deverá ser comunicada a todas as partes do procedimento-modelo e aos requerentes de registro de uma pretensão. Embora os litigantes dos processos suspensos sejam, igualmente, partes-interessadas do procedimento-modelo, a *KapMuG* determina que eles não devem ser mencionados na decisão-modelo e o Tribunal pode determinar que a comunicação da decisão seja feita por edital, com publicação nos órgãos oficiais.

Contra a decisão do incidente coletivo cabe recurso, 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. As partes-interessadas também podem recorrer ou aderir a recursos de outrem. A lei disciplina ainda a nomeação de outros líderes para as partes caso o *Musterkläger* ou o *Musterbeklagte* não recorram ou desistam dos recursos interpostos.

O Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*), órgão jurisdicional competente para julgar o recurso, deverá notificar as partes sobre o resultado do *Musterverfahren*. Admite-se que a comunicação da decisão seja feita por meio de edital, devidamente publicado nos órgãos oficiais.

Outra importante mudança trazida pela recente reforma da *KapMuG*, destacada por Marcos de Araújo Cavalcanti,³²⁶ diz respeito à forma de celebração de acordo entre as partes. Antes de 2012, um acordo somente poderia ser firmado se todas as partes do procedimento-modelo (autor-principal, réu-principal e partes-interessadas) concordassem com os termos propostos, o que tornava quase impossível o cumprimento dessa exigência. Com a reforma, a formalização e a aprovação do acordo são feitas da seguinte forma: o autor-principal e os réus-principais do incidente coletivo negociam a formalização da

³²⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 274.

avença, apresentando, previamente e por escrito, uma proposta de acordo ao Tribunal. Em qualquer hipótese, as partes interessadas serão ouvidas sobre a transação sugerida.

Se a proposta inicial, por algum motivo, não for aceita, o Tribunal poderá sugerir às partes uma nova forma de acordo. Mas se a proposta for preliminarmente aprovada pelo Tribunal, este deverá proferir decisão a ser obrigatoriamente comunicada às partes-interessadas, fazendo constar da notificação a advertência da possibilidade de, no prazo de um mês, exercerem o direito de autoexclusão com o objetivo de não aderirem ao acordo transacionado, como forma de não sofrerem os efeitos da avença pactuada.

Caso mais de 30% das partes-interessadas apresentarem o aludido requerimento de autoexclusão, o acordo será tido como ineficaz. Se, por outro lado, não forem formulados requerimentos de autoexclusão por mais de 30%, o acordo pactuado será eficaz e esta decisão será irrecorrível.

Na Alemanha, assim como no Brasil e em muitos outros ordenamentos jurídicos, a regra de repartição do custo do processo decorre do princípio da causalidade, impondo-se ao vencido, por conta da sucumbência, o pagamento de todas as custas e despesas processuais, muitas vezes tendo por base de cálculo o valor da causa ou da condenação, o que, na esfera das ações coletivas, dada a dimensão dos danos e a complexidade dos processos, pode originar enorme peso econômico ao vencido.

No caso do Procedimento-Modelo, e o que constitui uma das suas grandes vantagens, é permitir uma distribuição equitativa dos custos da litigância. Com efeito, na decisão que suspende os processos que dependem do incidente coletivo, é prestada informação às partes da repartição das despesas. 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 e intervenientes. Há ainda previsão de repartição de custos de acordo com o êxito e a participação efetiva (adesão inclusive) de partes e intervenientes no procedimento recursal (§ 19 da *KapMuG*).

Por fim, existe grande controvérsia na doutrina sobre a natureza dos institutos de que se valeu o legislador para estender aos processos individuais os efeitos e a vinculação

do julgamento do *Musterverfahren*, tanto em relação às partes no incidente, como em relação aos intervenientes.³²⁷

Para alguns, por abranger questões fáticas, compreendendo também a fundamentação da decisão do incidente, os institutos adequados seriam a eficácia da intervenção ou o efeito vinculante, o que seria um indicativo de que a lei teria erroneamente mencionado o instituto da coisa julgada em sua redação (circunscrita apenas ao dispositivo).

O § 16 (1) da *KapMuG* dispõe que a decisão de mérito no Procedimento-Modelo, prolatada pelo Tribunal, vincula os juízos de origem, isto é, as cortes cujos processos dependam da definição ou do esclarecimento das questões fáticas e jurídicas proclamadas no incidente coletivo. Afirma ainda a lei, que a decisão fará coisa julgada no que for objeto do *Musterverfahren*. Em relação aos intervenientes, dispõe que a decisão será eficaz independentemente de qualquer consideração sobre se aquele sujeito alegou expressamente as questões litigiosas.

Conforme esclarece Antônio do Passo Cabral,³²⁸ no caso do *Musterverfahren*, não parece que estamos diante do efeito vinculante porque os fundamentos determinantes da decisão no Procedimento-Modelo não vinculam futuros processos, mas somente os processos ajuizados. Os autores futuros não são atingidos pela decisão coletiva, porque o § 16 (1), ao afirmar que o julgado atinge os processos que dependam das questões resolvidas no incidente coletivo, exige litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal.

Por outro lado, e sobre o efeito da eficácia da intervenção, embora a alínea (2) do § 16 estabeleça que o interveniente seja automaticamente vinculado ao julgamento, ele pode se opor à formação da coisa julgada, apresentando objeção no sentido de que a parte principal conduziu o processo de forma negligente, demonstrando que, pelo momento em que ingressou no processo-padrão, não pôde praticar atos processuais ou trazer esclarecimentos eficazmente, nem utilizar meios processuais de ataque ou defesa que

³²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, vol. 147, p. 131, maio 2007.
| *Idem, Ibidem.*

desconhecia e que a parte principal por culpa grave não utilizou. Agora, se o interveniente deliberadamente não tomou posturas ativas no incidente coletivo, embora pudesse, será ele atingido pela vinculação. Neste ponto, em relação aos terceiros intervenientes, a lei parece estabelecer algo similar ao art. 55 do CPC brasileiro, que nada mais é que a eficácia preclusiva da coisa julgada aplicada aos terceiros.

Realmente, numa primeira aproximação, pode-se concluir que a norma amplia a sistemática clássica da coisa julgada, tanto é que acabou por incluir as questões fáticas dentro do espectro da imutabilidade típica da *res iudicata*, que tradicionalmente estão fora desta imutabilidade.

Mas talvez não seja de todo correto afirmar que o legislador não disciplinou a *res iudicata*, sendo mais plausível acreditar ter reputado insuficiente a disciplina clássica da coisa julgada, desejando ampliar seus limites.

Para as partes, o modelo seria semelhante à coisa julgada formal: a decisão das questões no incidente coletivo torna-se imutável no processo, devendo ser tomada como vinculante para a solução subsequente das pretensões individuais em cada processo.

Quanto aos intervenientes, tenham ou não participado efetivamente, a lei teria trazido extensão da coisa julgada. Com efeito, no procedimento-padrão, os interesses da parte principal e dos intervenientes são paralelos (e não contrapostos), o que mostra que o instituto adotado é a extensão da coisa julgada e não a eficácia de intervenção, esta protetiva dos terceiros em relação à parte (instituto utilizado quando os interesses de uns e outros são conflitantes). No entanto, como visto, trata-se de uma extensão da coisa julgada limitada pela litispendência individual (tramitação de processos individuais no momento da decisão coletiva), e abrangente também daqueles que não requereram a tratativa coletiva ou participaram ativamente no incidente-modelo.

Portanto, não se trata de um mecanismo de ruptura autoritária com a vontade individual, de extensão coletiva da coisa julgada que despreze a pluralidade, porquanto existe a ampla possibilidade de participação aos interessados, influenciando e condicionando a decisão judicial, da mesma forma que o fato de a extensão da coisa julgada ser apenas em relação àqueles que já ajuizaram demandas singulares no momento da decisão coletiva demonstra preocupação com o princípio dispositivo e as estratégias processuais

individuais. Essa a grande diferença para as *class actions*, as quais podem correr "pelas costas" dos membros da classe, como visto.

A experiência do *Musterverfahren* alemão demonstra que é possível ocorrer a tratativa coletiva de questões comuns a muitos processos, pacificando-as de maneira única para todas as causas.

4.5. O MODELO ITALIANO DA AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA, INTRODUZIDO PELA LEGGE FINANZIARIA 2008

Em que pese já houvesse algumas obras publicadas sobre ações coletivas na primeira metade do século 20, a legislação da época na Itália não permitia que um indivíduo pudesse ingressar em juízo para a defesa de direitos coletivos.³²⁹

Não obstante o caráter vanguardista das obras supramencionadas, o estudo dos interesses coletivos ou difusos aparece na Itália, com vigor, nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, e Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos repetitivos, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.³³⁰

Não se pode deixar de mencionar que o tema foi, em certa parte, impulsionado por relevante precedente, que através de uma decisão proferida pelo Conselho de Estado no dia 9 de março de 1973, reconheceu a legitimação de uma associação ambientalista, a

³²⁹ A respeito das primeiras obras sobre o tema na Itália ver TARZIA, Giuseppe. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria al processi civili con rilevanza collettiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.52.

³³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.97, p. 9-15, jan.2000.

Italia Nostra, para impugnar um ato da província de Trento, que havia autorizado a construção de uma autoestrada nos arredores do lago de Tovel. Essa decisão foi contrária à jurisprudência da época, a qual negava a possibilidade de defesa de interesses que não fossem individuais.³³¹

A intervenção de Mauro Cappelletti no congresso de 1974, é destacada como de grande importância para a defesa dos direitos supraindividuais, tendo resultado em um trabalho catedrático denominado *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, o qual reuniu a coletânea de participações, sendo publicada em 1976 pela Universidade de Pavia.³³² Tais ideias correram o mundo, influenciando gerações de processualistas e informando a atividade de legisladores.

Segundo o mestre italiano, o processo civil oscilaria entre duas concepções: a tradicional, que enxerga a relação processual, tão-somente com a resolução do conflito entre “Caio e Tício” e a nova, que procura construir um novo tipo de justiça, capaz de tutelar os direitos, mas, também, os novos interesses legítimos, que dizem respeito a setores, grupos, classes e coletividade inteiras.

Para ele, as maiores dificuldades jurídicas para a realização do acesso à justiça dos interesses coletivos estariam relacionadas a: (a) legitimação, (b) garantias processuais dos membros ausentes, (c) limites subjetivos e objetivos da coisa julgada; e (d) necessidade de provimentos adequados para a tutela de interesses coletivos.

A primeira delas, a legitimação, diz respeito ao processo não estar aberto a quem não possua algum nexos com o objeto deduzido no litígio. Portanto, o autor não seria apenas o portador de interesse jurídico individual, mas do interesse coletivo, comunitário, de grupo ou de classe, embora se deva exigir que o *ideological plaintiff* (autor ideológico) esteja qualificado para o posto, porque do contrário, poderão surgir abusos. Nessa esteira, afastou a possibilidade de se recorrer a esquemas tradicionais, com a fixação de requisitos,

³³¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 97, vol. 4.

³³² CAPPELLETI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. (Pavia, 11-12-giugno 1974). Pádua: Cedam, 1976.

como o reconhecimento de personalidade jurídica pré-constituída de associação, e defendeu que o controle da legitimação fosse remetido para a larga margem de discricionariedade dos juízes, sendo esse o único modo capaz de dar resposta suficientemente realista e flexível para a imprevisível variedade de casos concretos.³³³

O segundo problema, diz respeito às garantias processuais para alcançar os membros da coletividade que não se fazem presentes em juízo, essencialmente mediante o requisito da representatividade adequada.

A terceira dificuldade estaria ligada aos efeitos da coisa julgada e o referido autor critica a posição de se recorrer à ideia dos efeitos *secundum eventum litis*, ou seja, de que a decisão, se for favorável ao grupo, produzirá efeitos junto a todos, mas, do contrário, sendo contrária à parte coletiva, não ficará vedada a possibilidade de ajuizamento de novas ações. Para ele, tal distinção não faria sentido na medida em que os interesses coletivos estão sendo defendidos adequadamente, bem como no que fiz respeito à parte adversa.

O quarto problema está relacionado com a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária para a satisfação efetiva dos novos direitos e interesses coletivos.

No entanto, a adesão de doutrinadores nos anos 70 e 80 não produziu reflexos relevantes junto à jurisdição. A decisão tomada pelo Conselho de Estado, em 1973, admitindo a legitimidade da associação *Italia Nostra* influenciou apenas alguns tribunais administrativos, mas, em geral, permaneceu substancialmente isolada durante muitos anos. Além disso, o acórdão foi anulado pela Corte de Cassação, em maio de 1978.³³⁴

³³³ Na oportunidade afirmou: “*il requisito della personalità giuridica è una mera esteriorità, mentre va tenuto presente che assai spesso questo nuovo tipo di interessi di grupo, di classe, di comunità sono interessi per i quali non è possibile avere un ente, sia pur privato ma con personalità giuridica preconstituata; assai spesso si trata di bisogni e interessi nuovi (ad esempio, l’interesse di una collettività di opporsi ala costruzione di una fabbrica che sarebbe fonte di polluzione in una certa zona), interessi che emergono in quel momento e che non sempre possono trovare il loro paladino in enti preesistenti. Guardiamo dal tornare a schemi formali e paralizzanti.*”(…)“*Ritengo che questa discrezionalità sia inevitabile, e che debba pertanto consertirsi al giudice, caso per caso, a seconda delle concrete circostanze, di esaminare se una data parte sia un champion adeguato, se lo standing sia adeguato, se la legittimazione sia adeguata*”. (CAPPELLETI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi diffusi. Le azione a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio.* (Pavia, 11-12-giugno 1974). Pádua: Cedam, 1976, p.201).

³³⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.* 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto

O art.28 da Lei n.300/1970, que instituiu o Estatuto do Trabalhador (*Statuto dei Lavoratori*), é tido como o primeiro texto normativo sobre a tutela de direitos coletivos do direito positivo italiano. As associações sindicais podem, com fulcro no dispositivo, pedir a cessação da conduta anti-sindical e a remoção dos seus efeitos³³⁵. Todavia, as providências previstas possuem caráter essencialmente inibitório.³³⁶

Em 1986, o art.18 da Lei n. 349/1986 estabeleceu a possibilidade das associações de defesa do meio ambiente intervirem em processos que envolvessem questões relacionadas à indenização por danos ambientais. Previu, também, a legitimação das associações para recorrerem de decisões proferidas em sede de jurisdição administrativa. Para isso, as associações ambientais devem ter caráter nacional ou base em, no mínimo, cinco regiões. Além disso, é obrigatório o registro no cadastro do Ministério Público do Meio Ambiente, o órgão responsável pela fiscalização programática das entidades.³³⁷

No mês de julho de 1998, foi editada a Lei n. 281, que disciplina os direitos dos consumidores de produtos e serviços. De acordo com a redação do art.1º da referida lei, a tutela coletiva em sede nacional e local será efetuada na forma coletiva e associativa. Porém, para que as associações tenham legitimação, o art. 5º da lei relacionou uma cadeia de requisitos, dificultando, mas controlando, o amplo acesso à justiça das associações para a tutela de interesses coletivos, destacando-se entre eles, o registro das associações de defesa dos consumidores no cadastro do Ministério da Indústria. A ação poderá ser

dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107, vol. 4.

³³⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107, vol. 4.

³³⁶ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “A jurisprudência tem entendido que a tutela do art.28 somente pode ser requerida quando o ilícito ainda está em ato. Porém, como dizem Rapisarda e Taruffo, o que importa para a admissibilidade da inibitória na hipótese do art.28 do Estatuto do Trabalhador é a subsistência de um efetivo perigo de repetição ou de continuação da conduta ilícita. Está correta, assim, a nosso ver a posição de Proto Pisani, que admite, preventivamente, a inibição de um comportamento antissindical análogo a outro já praticado e exaurido. Proto Pisani admite a tutela inibitória da atividade antissindical mediante ordem de inibição de uma conduta que poderá ocorrer.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória* (individual e coletiva). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 235).

³³⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 108, vol. 4.

proposta após o prazo de quinze dias contados a partir da data em que a associação tiver requerido a cessação dos efeitos do ato ilícito ao responsável por ele, mediante notificação com aviso de recebimento. Em termos processuais, a associação apenas terá o interesse de agir se, antes de propor a demanda, enviar notificação com aviso de recebimento ao responsável pelo dano causado aos consumidores, requerendo a cessão dos efeitos do ilícito.

Verifica-se, portanto, que apesar da doutrina italiana já tratar do tema da tutela coletiva há pelo menos quarenta anos - fim dos anos 60 e início dos anos 70- a tutela coletiva na Itália, até 2008, tinha forte caráter inibitório, com o objetivo maior de tentar impedir a concretude do ato ilícito. Por essa razão, não havia nenhuma disposição sobre os efeitos da coisa julgada.³³⁸

Somente em dezembro de 2007, o parlamento italiano aprovou o art. 140-bis no Código do Consumidor Italiano, para introduzir uma previsão legal autorizativa da tutela jurisdicional coletiva ressarcitória, preenchendo uma lacuna então existente.

Com a instituição da tutela coletiva ressarcitória, conforme bem apontado por Remo Caponi, alcançam-se dois objetivos essenciais:

Em primeiro lugar, atinge-se uma finalidade de economia e eficiência processual nas controvérsias que poderiam ser regulamentadas pela disciplina do litisconsórcio facultativo. Em segundo lugar, realiza a garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional nas controvérsias de baixo valor.³³⁹

Embora o art. 140-bis, tenha inaugurado a tutela jurisdicional ressarcitória coletiva, restringiu sua utilização ao prever apenas algumas hipóteses tipificadas no código

³³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda S. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

³³⁹ No original: “*In primo luogo, essa realizza una finalità di economia e efficienza processuale nelle controversie che altrimenti sarebbero affidate alla disciplina del litisconsorzio facoltativo. In secondo luogo, essa realizza la garanzia costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale nelle controversie di modico valore*” (CAPONI, Remo. *Litisconsorzio ‘aggregato’ L’azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*. Disponível em : <http://www.academia.edu/210648/R._Caponi_Litisconsorzio_aggregato_Lazione_risarcitoria_in_forma_collettiva_dei_consumatori_2008>. Acesso em 18.10.2014, p.6).

como autorizadas do ajuizamento da demanda, quais sejam: a) os direitos contratuais de uma pluralidade de consumidores e usuários que versem em relação a uma mesma empresa na mesma situação, incluindo os direitos relativos aos contratos celebrados ao abrigo dos artigos 1341 e 1342 do Código Civil; b) os direitos idênticos devidos ao consumidor final de um produto em confronto com o seu produtor, ainda que prescindida de uma relação contratual direta; e c) os direitos idênticos a restauração de prejuízos resultantes para os consumidores e usuários de práticas de comércio desleais ou de comportamento anticoncorrencial.

Percebe-se, claramente, a timidez do avanço italiano na implementação da tutela coletiva ressarcitória ao não prever uma hipótese genérica, mas apenas situações tipificadas no Código de Consumo.

Além disso, o legislador peninsular preferiu, para não fugir do modelo tradicional da *Civil Law*, adotar o critério do *opt-in*, ou seja, para poder se valer da decisão proferida na demanda coletiva, o indivíduo deve aderir formalmente ao processo coletivo.

Segundo o inciso 3 do art. 140-bis, para ingressar na demanda coletiva, há a renúncia ao direito de se buscar através de ação individual o ressarcimento. Portanto, a sentença proferida faz coisa julgada e alcança tão somente os que resolverem aderir ao processo (*opt-in*).

Sobre esse ponto, Remo Caponi faz interessante observação, sustentando tratar-se de uma nova forma de litisconsórcio facultativo no direito italiano.³⁴⁰

³⁴⁰ No original: “*L’azione risarcitoria in forma collettiva crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che si può definire ‘aggregato’, poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le ‘adesioni’) tese a far valere crediti risarcitori o restitutori nei confronti del professionista. L’azione risarcitoria in forma collettiva si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un attore formale (associazione o comitato).*” (CAPONI, Remo. *Litisconsorzio ‘aggregato’ L’azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*. Disponível em : <http://www.academia.edu/210648/R._Caponi_Litisconsorzio_aggregato_Lazione_risarcitoria_in_forma_collettiva_dei_consumatori_2008>. Acesso em 18.10.2014, p.7).

Com efeito, uma vez proposta a ação coletiva nos casos tipificados na lei e admitidos pelo Tribunal competente, fixa-se prazo não superior a 120 dias para os indivíduos aderirem formalmente ao processo coletivo, formando-se um “grupo” (litisconsórcio agregado), e com isso, delimitando-se os limites subjetivos da causa. Julgada a demanda, qualquer que seja o resultado, os efeitos da decisão atingem somente as “partes” que participaram formalmente do processo, permanecendo, pois, imunes terceiros.

O consumidor individual lesado que não aderir ou intervir, não poderá se valer da sentença de provimento da tutela. Permanece, todavia, ainda com o ônus, de na ação individual, comprovar os fatos constitutivos de seu direito não podendo invocar a demanda coletiva para o seu apoio.

4.6. O MODELO PORTUGUÊS DA “AGREGAÇÃO DE CAUSAS” INTRODUZIDO PELO REGIME PROCESSUAL EXPERIMENTAL

A Constituição da República Portuguesa (1976), inspirada na ideia de participação democrática, positivou a seguinte prescrição, em seu artigo 52º, n.º 1:

Os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral.

Com esse dispositivo, o legislador constitucional previu – e prescreveu – a existência de tratamento processual específico para a tutela de direitos coletivos.

Mas, apesar de seu aparecimento em 1976, somente através da Lei n.º 83/95 foi regulamentado e solidificado o acesso transindividual à justiça, com a edição da ação popular.

Com a entrada em vigor desse diploma legal, superou-se uma angustiante inconstitucionalidade por omissão – que perdurou quase 20 anos - uma vez que a norma prevista no artigo 52, n. 3 da Constituição da República Portuguesa era, por muitos,

considerada inexecuível por si mesma.³⁴¹

Nos termos do art. 52, n. 3, da Constituição portuguesa, combinado com o art. 1º, n. 2, da Lei 83/95, a ação popular pode ser utilizada para a persecução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se presta, portanto, para a persecução de direitos estritamente individuais. Dentre outros bens jurídicos, poderá ser empregada para a defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores de bens e serviços, do patrimônio cultural e do domínio público.

Nada obstante, os artigos 22 e 23 da Lei de Ação Popular portuguesa, impõem o dever de indenizar o(s) lesado(s) pelos danos decorrentes da violação dolosa ou culposa aos interesses supracitados, sem esclarecer, contudo, se na ação popular pode ser deduzido o respectivo pedido.

Outro aspecto curioso em relação à Lei de Ação Popular aparece na hipótese em que não seja possível identificar os titulares do direito à indenização (art.22, 2º), caso em que o valor da indenização deverá ser arbitrado globalmente. Há aqui, duas omissões relevantes: a) o legislador não estabeleceu se essa indenização global só pode ser requerida pelo autor ou se é permitido ao juiz fixá-la *ex officio*; e ainda, b) não estabelece o destino da indenização fixada.

A decisão na ação popular portuguesa faz coisa julgada erga omnes, tanto no caso de procedência, como no caso de improcedência do pedido. Ressalva-se porém, as hipóteses de julgamento de improcedência por insuficiência de provas dos indivíduos que tenham exercido o direito de exclusão, ou ainda aquela em que o julgador deve decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto (art.19 da lei 83/1995)³⁴²

Com efeito, e paralelamente a ação popular, a partir de 2006, o ordenamento jurídico português passou a contar com um regime processual experimental, aprovado pelo

³⁴¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/265/tutela%20coletiva%20portugal_Mazzei.pdf?sequence=1>. Acesso em 25.10.2014, p. 53.

³⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.114.

Dec.-lei 108/2006, cuja finalidade consiste em “testar e aperfeiçoar mecanismos de aceleração e simplificação processual, com vista a um possível alargamento do âmbito da sua aplicação.”³⁴³

Inicialmente instituído para vigorar até 16.10.2008, o regime processual experimental foi prorrogado pelo Dec.-lei 187/2008. Todavia, como se revogou o art. 20, 2, do Decreto Legislativo 108/2006, não se estabeleceu até quando tal regime se manterá em vigor.

Trata-se de regime aplicável apenas a algumas regiões do país, não se estendendo a todo o território português, mas somente às localidades onde se verifica uma obstrução dos tribunais com grande quantidade de causas,³⁴⁴ tem por finalidade instituir um tratamento especial aos chamados litigantes de massa, com a previsão de decisões judiciais que resolvam, a um só tempo, vários processos.

A técnica autoriza, quando estiverem presentes os requisitos para o litisconsórcio, a coligação, a oposição ou a reconvenção”, mas se não for conveniente a reunião de ações, que o magistrado determine a realização conjunta, ao menos, de alguns atos processuais³⁴⁵.

Tal regime, segundo Nuno de Lemos Jorge, assenta-se em duas ideias principais: por um lado, o aprofundamento do princípio da adequação formal, permitindo ao juiz, como detentor do poder de direção do processo, flexibilizar o procedimento para ajustá-lo às peculiaridades do caso concreto; por outro lado, a possibilidade de praticar atos processuais únicos destinados a produzir efeitos em vários processos.³⁴⁶

³⁴³ RICARDO, Luís Carvalho. *Regime processual civil experimental anotado e comentado*. Braga: Cejur, 2007, p. 5.

³⁴⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, p. 146, jan.2010.

³⁴⁵ Art. 6º, n.1, do Dec.-lei 108/2006: “quando forem propostas separadamente no mesmo tribunal ações que, por se verificar os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, pode ser determinada, a requerimento de qualquer das partes e em alternativa à apensação, a sua associação transitória para a prática conjunta de um ou mais actos processuais, nomeadamente actos de secretaria, audiência preliminar, audiência final, despachos interlocutórios e sentenças”. (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.115).

³⁴⁶ JORGE, Nuno de Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 177.

Realmente, as regras pertinentes ao regime processual experimental conferem ao juiz o poder de gerir o processo, flexibilizando o procedimento, de forma a permitir uma melhor adequação ao caso concreto. Há, ademais, uma simplificação procedimental, destacando-se a regra contida no art. 6.º do Decreto Legislativo 108/2006, que prevê a denominada agregação de ações, que consiste numa associação ou junção transitória de várias ações, permitindo a prática conjunta de vários atos processuais.

Com a agregação, possibilita-se a realização concomitante de atos processuais ou, até mesmo, a resolução simultânea de vários casos repetitivos.

A agregação não se confunde com o apensamento ou a reunião de causas decorrente de uma conexão. Pela agregação, os processos serão, transitoriamente, reunidos para que um ou alguns atos sejam praticados conjuntamente, com ganho de tempo e com a finalidade de evitar decisões conflitantes sobre casos que se baseiam na mesma argumentação de fato e de direito.

Essa regra, conforme esclarece Mariana França Gouveia, buscou inspiração na figura norte-americana da *consolidation*, que permite a junção de ações que envolvam pelo menos uma questão comum de fato ou de direito³⁴⁷. Em razão dessa regra, “o tribunal pode ordenar a junção de duas ou mais ações, mas também pode limitar-se a ordenar uma audiência preliminar ou final comum para certos pontos da matéria em exame”³⁴⁸.

Com efeito, e ao permitir que o julgador possa “agregar” os processos, quando estiver diante da propositura de várias ações com o mesmo objeto, e que poderiam formar um litisconsórcio facultativo ativo, não se pode negar que se estabelece aos conflitos de massa uma regra de julgamento e trâmite conjuntos.

Evidentemente, tal dispositivo vai ao encontro da economia processual e serve de mecanismo hábil a evitar decisões díspares quanto a assuntos correlatos, quando, racionalmente, habilita a agregação de inúmeros feitos, constantemente motivados por

³⁴⁷ GOUVEIA, Mariana França. *A ação especial de litigância de massas. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, p. 143.

³⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 143.

causas comuns, que se multiplicam no dia a dia forense.

A regra da agregação consiste, em verdade, numa associação transitória de várias ações, permitindo a prática conjunta de vários atos processuais, com o nítido intuito de evitar a multiplicação desses atos em cada uma das causas, fundindo-os num só ato que para todas elas poderá produzir seus efeitos.

Tal regra está, como visto, prevista no diploma legal que instituiu o regime processual experimental, alcançando as demandas propostas entre particulares. Mas como tratou de destacar Leonardo José Carneiro da Cunha,³⁴⁹ no direito português, há dualidade de jurisdição, de maneira que as demandas intentadas em face do Poder Público não são submetidas aos órgãos do Poder Judiciário, sendo processadas e julgadas no âmbito do chamado Contencioso Administrativo.

Os processos que tramitam no Contencioso Administrativo não são regulados pelo Código de Processo Civil, nem pela legislação processual em geral, mas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA, que em seu art. 48.º, sob a epígrafe "processos de massa", assim dispõe em seu n. 1:

Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são pensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

De acordo com o art. 93.º do CPTA, suscitada, num processo, uma questão especialmente complexa que possa vir a repetir-se em outras causas, o tribunal pode proceder ao reenvio prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo, a fim de que este emita, no prazo de três meses, pronúncia vinculativa. Este último dispositivo não se aplica aos processos urgentes (n. 3 do art. 93.º), não se aplicando, conseqüentemente, aos processos de massa, exatamente porque a estes aplicam-se, segundo o n. 4 do art. 48.º do

³⁴⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, p. 147, jan.2010.

CPTA, as regras instituídas para os processos urgentes, intervindo, no seu julgamento, todos os juízes do tribunal ou da seção. Pode-se dizer, em razão disso, que os processos de massa, no Contencioso Administrativo, têm tratamento prioritário, recebendo o influxo das regras pertinentes aos casos de urgência.

Como se vê, há, no ordenamento jurídico português, mecanismos de racionalização de julgamento para demandas de massa ou causas repetitivas. De um lado, avulta a agregação, aplicável às causas entre particulares que tramitam no Judiciário, sobressaindo, de outro lado, a regra contida no art. 48.º do CPTA, que se destina a regular os processos de massa no âmbito do Contencioso Administrativo.

V. NOVA PROPOSTA DE SOLUÇÃO: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

5.1. INTRODUÇÃO

Para tentar conter o novo panorama que se apresentou com a explosão da litigiosidade repetitiva, e conforme já destacamos no Capítulo II, o Poder Judiciário buscou, inicialmente, a adequação do serviço “justiça” através da normatização da tutela coletiva por meio do sistema formado pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Destacando a previsão contida no art.83 do CDC, que autoriza para a tutela dos direitos e interesses ali previstos “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, reforçada pelo art. 84 do mesmo diploma, que cria sofisticado sistema de meios de indução e sub-rogação, com os quais o magistrado poderá trabalhar para a consecução da tutela específica ou do resultado prático equivalente, Sérgio Cruz Arenhart, observou que, especialmente pelo caráter aberto das regras, em termos de direito positivo, os instrumentos existentes aparentemente já seriam “suficientemente abundantes para permitir a tutela adequada dos interesses metaindividuais e individuais de massa.”³⁵⁰

Todavia, essa perspectiva acaba por assumir outra dimensão ao considerar que a legislação atual também favorece a propositura da ação individual – e não a coletiva – potencializando a replicação de demandas individuais idênticas que abarrotam o Poder Judiciário com demandas paralelas e facilitam o tratamento anti-isonômico da questão.³⁵¹

Ciente de tais consequências indesejadas e violadoras dos princípios derivados do devido processo legal, e como alternativa à pulverização³⁵² dos processos, o legislador

³⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 46-47.

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 47.

³⁵² As terminologias “pulverização” e “coletivização” são utilizadas por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Gustavo Osna e Sérgio Cruz Arenhart para diferenciar os conflitos ajuizados por meio de ações individuais e ações coletivas, respectivamente. (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 222, ago. 2013, p.43-44).

brasileiro vem instituindo, progressivamente, técnicas de processamento e julgamento de demandas repetitivas, as quais foram objeto de análise no Capítulo III.

Portanto, ao lado das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, a coletivização de questões homogêneas pode ser também efetivada por meio de diversas técnicas processuais e em diferentes instâncias. Essas técnicas possuem, como características, permitir que questões comuns sejam examinadas em conjunto, aglutinadas em um mesmo processo, para evitar a dispersão de julgados e a colidência de entendimentos, o que, em última análise, atrita com o princípio da isonomia, e mais amplamente, com o da segurança jurídica.

Nessa esteira, destacamos a repercussão geral, que passou a impedir a admissão de grande parte dos recursos extraordinários em que não resta demonstrada a transcendência da matéria constitucional, permitindo-se ainda, a reprodução de tese jurídica definida pela Suprema Corte noutros recursos assemelhados. Trata-se, claramente, de medida de economia processual, com repercussão direta e imediata na celeridade do processo e no desafogamento do Supremo Tribunal, fortalecendo ainda as decisões da Corte.³⁵³

No âmbito da jurisdição infraconstitucional, a Lei n. 11.672/08 também introduziu no ordenamento significativo instrumento de retenção de recursos destinados ao Superior Tribunal de Justiça, com a técnica dos recursos repetitivos. Por meio de tal técnica, evita-se a subida ao STJ de recursos especiais que atacam decisões de segundo grau coincidentes com a orientação do Tribunal Superior, prestando-se, pois, como mecanismo de prestígio das decisões do órgão máximo em matéria infraconstitucional.

³⁵³ Nesse sentido, José Henrique Mouta Araújo: “A possibilidade de ampliação da decisão do Recurso Extraordinário para casos similares pode ser indicada como claro instrumento de objetivação do recurso extraordinário, tendo em vista que o recurso tende a controlar a ordem constitucional objetiva e não somente o caso concreto que está em julgamento. Portanto, nessa reengenharia, está sendo remodelado o papel do recurso extraordinário como instrumento de controle da ordem constitucional objetiva” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, out.2008, p. 345).

Evidente é a similaridade das técnicas de julgamento das demandas que versam sobre mesma questão de direito (constitucional ou infraconstitucional) tanto pelo STF quanto pelo STJ, os quais, como visto, selecionam um determinado recurso representativo da controvérsia que será examinado e julgado de forma objetiva pela Corte, a fim de permitir a replicação do *decisum* aos demais casos semelhantes.

Com efeito, verifica-se que a tendência é da objetivação não apenas do recurso extraordinário, como também do recurso especial. Procura-se, quando do julgamento de um recurso, não apenas resolver os problemas subjetivos das partes integrantes daquela demanda, mas sim definir a tese jurídica a ser aplicada tanto no caso levado a julgamento como também em todas as demais hipóteses equivalentes.³⁵⁴

Neste contexto, e conforme constou da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o problema da litigiosidade repetitiva continuaria a ser enfrentado com o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, mas passou a contar também, com um novo mecanismo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).³⁵⁵

Portanto, o IRDR surge como uma nova aposta para enfrentar as demandas repetitivas e terá cabimento quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art.973, incisos I e II da versão aprovada pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

Verifica-se no IRDR o mesmo propósito de objetivação para definir uma tese jurídica a ser aplicada a: (i) todos os processos individuais ou coletivos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados

³⁵⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

³⁵⁵ Conforme se depreende do art. 522 do Anteprojeto do novo CPC mantido em sua íntegra pelo art.926 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014: “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.”

especiais do respectivo estado ou região; e (ii) aos casos futuros que venham a tramitar no território de competência do tribunal.³⁵⁶

Com efeito, embora tais medidas possam desafogar o Poder Judiciário, não foram, a toda evidência, pensadas para racionalizar o volume de causas com que a máquina judiciária como um todo deve lidar.

Ao contrário,

se por um lado a fixação do entendimento sobre o descabimento de uma determinada pretensão individual repetitiva desestimulará novos litigantes a se aventurar em juízo para pedir a mesma tutela, por outro lado a cristalização do entendimento favorável a uma massa de sujeitos retroalimentará a enxurrada de demandas individuais.³⁵⁷

Assim como os demais mecanismos processuais, o IRDR pressupõe que o interessado se apresente em juízo, de modo a impor, sempre, a propositura de novas

³⁵⁶ Neste ponto, vale destacar que a discussão sobre eventual efeito rescindente do IRDR foi deflagrada essencialmente pela redação do art. 476, inciso II, do PL 166/2010, que dispôs sobre a possibilidade de o juiz modificar a sentença após a sua publicação, dentre outros casos, “para aplicar tese fixada em julgamento de casos repetitivos”. O referido artigo tratava portanto, da sentença, e da possibilidade de que viesse a ser alterada em razão de ter sobrevindo à sua publicação, decisão do Tribunal, tomada em sede de julgamento de casos repetitivos, em sentido contrário ao que por ela havia sido adotado como razão de decidir. A primeira hipótese em que esta situação poderia se verificar é o momento processual que intermedeia a interposição do recurso e a sua subida até o tribunal, quando, então, sobrevindo a decisão do IRDR em sentido contrário àquele adotado pela sentença, o mesmo juiz que a proferiu, e que já havia encerrado sua atuação cognitiva no processo, volta atrás e a reforma ele mesmo, para conformá-la à tese fixada pelo IRDR. Em sequência, ainda nega seguimento ao recurso interposto por perda superveniente de objeto, ou melhor, de interesse recursal, evidentemente, se o recurso não versar nenhuma outra questão a ser debatida pelo Tribunal. A segunda hipótese, seria a de permitir a alteração, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença, quando fixado no IRDR, para àquela mesma situação jurídica, entendimento contrário ao manifestado pelo órgão prolator. Cite-se como exemplo, um processo em fase de cumprimento definitivo de sentença, se estaria o juiz autorizado a tornar sem efeito a atividade executiva (nos limites do impacto causado pela nova interpretação judicial para a questão), em virtude da adoção impositiva do entendimento fixado no IRDR. Em suma, o problema do referido dispositivo é que não mencionava até quando seria lícita a alteração, ou seja, se poderia retroagir, a ponto de desconstituir decisão judicial transitada em julgado, que houvesse sido prolatada em contrariedade ao entendimento fixado no IRDR ou ainda, alcançar decisões já imunizadas pela coisa julgada (BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.517 a 521). Todavia, essa discussão perdeu por completo o sentido, ao ser sumariamente excluída das hipóteses previstas no art. 505 do PL 8.046/2010 e também pelo art. 491 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014. A prevalecer esta nova versão do dispositivo legal, não há mais que se falar em possibilidade de alterar a sentença publicada, quando ocorrer a superveniência de tese fixada em julgamento de casos repetitivos.

³⁵⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 236, out. 2014, p. 19.

demandas, o que, em vez de contribuir para diminuir o volume extraordinário de demandas, pode acabar por favorecer o seu aumento exponencial.

Apenas por esta percepção, já nos parece ser possível acreditar que o sistema processual do IRDR poderá ser encarado como mais um instrumento de gestão dos processos nos tribunais do que um mecanismo para privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento.

5.2. PROCEDIMENTO

De acordo com o texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, o pedido de instauração do IRDR é dirigido ao Presidente do Tribunal e o juiz voltou a integrar o rol dos legitimados, limitando-se a legitimidade a: a) de ofício, pelo juiz ou relator; e (ii) por petição, pelas partes, Ministério Público, Defensoria Pública³⁵⁸ (art.974, incisos I e II). Verifica-se, portanto, que nesta última versão, foi excluída a legitimidade das pessoas jurídicas de direito público ou associações civis.

Caso o Ministério Público não tenha sido o proponente do IRDR, intervirá obrigatoriamente em caso de abandono ou desistência pela parte, devendo assumir a sua titularidade (art. 973, §2º).

Após a instauração do IRDR, e para obter a divulgação necessária sobre a instauração e julgamento, criou o legislador, um registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, no qual deverá ser feito o cadastro de todos os incidentes. Além disso, criou-se um segundo cadastro, a ser mantido pelos tribunais estaduais e federais, para que haja a mais ampla divulgação e publicidade sobre as questões de direito submetidas ao incidente, nos termos do art. 976, §1º. Para possibilitar a identificação das causas abrangidas pela

³⁵⁸ Com relação ao Ministério Público e a Defensoria Pública, poderia ser suscitada discussão doutrinária e jurisprudencial relacionada à legitimidade para defesa dos interesses individuais homogêneos, se necessária a perquirição da pertinência temática e da representatividade adequada. Comenta Leonardo Carneiro da Cunha, que prevalece o entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos, se presente relevante interesse social a ser analisado no caso concreto. Esse aliás é o entendimento pacífico do STJ a respeito do tema. E, quando à Defensoria Pública, haverá legitimidade se o caso envolver interesses de necessitados ou versar sobre tema a que eles esteja relacionado (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, mar.2011, p. 265-266).

decisão do IRDR, os registros deverão conter os fundamentos determinantes da decisão relacionada à tese jurídica e os dispositivos normativos a ela aplicados (art. 976, §2º).

Negado prosseguimento ao incidente, prosseguirão normalmente as demandas individuais; e de acordo com o art. 973, § 3º, se a inadmissão decorrer da ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, “nada impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado”.

Admitido o incidente, o relator, na sequência, tomará as seguintes providências previstas no art.979, incisos I, II e III: (i) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso, comunicando, de ofício, tal suspensão aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária; (ii) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias; (iii) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias; (iv) ouvirá as partes e os demais interessados no exame da questão, tais como pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, inclusive mediante audiência pública, e (v) pedirá dia para o julgamento do incidente após a instrução do mesmo.

Os eventuais pedidos de tutela de urgência deverão ser dirigidos ao juízo onde tramita o processo suspenso (art.979, §2º).

Mencione-se a ampla participação de autor e réu do processo originário formador do incidente, assim como do Ministério Público, no dia do julgamento, cabendo a cada um deles o prazo de 30 minutos durante o julgamento e após a leitura do relatório, para sustentar suas respectivas razões. Os demais interessados também poderão sustentar suas razões, no prazo de trinta minutos divididos entre todos aqueles que manifestarem interesse nesse sentido, sendo exigida a inscrição com dois dias de antecedência (art. 981, II, alíneas “a” e “b”).

A atual redação do art.979, inciso I, ao tratar da eficácia suspensiva, determina que seja obrigatória a todos os processos pendentes que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Verifica-se que foi excluída desta versão do texto aprovada pela Comissão Especial do Senado Federal, a possibilidade do interessado

requerer o prosseguimento do seu processo individual, desde que restasse demonstrada a distinção do caso, tal como havia sido autorizada pela redação do art. 990, §4º do texto substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados.³⁵⁹

Assim, e embora o art. 977, *caput*, determine que tal suspensão não poderá ultrapassar o prazo máximo de um ano, prazo em que o IRDR deverá ser julgado, verifica-se que a lei não estabelece desde quando tal prazo começará a fluir: (i) se da data em que for feito o requerimento para a instauração do IRDR; (ii) se da data em que o relator admitir a instauração do incidente; ou ainda, (iii) se da data da publicação da decisão quanto ao juízo de admissibilidade do incidente, o que nos parece fazer mais sentido. Se for superado o prazo de um ano, os processos suspensos automaticamente deverão ter o procedimento individual ou coletivo retomado, exceto se houver expressa e fundamentada decisão do relator em sentido contrário (art. 977, parágrafo único).

Assim, se o IRDR não vier a ser julgado no prazo de um ano e como existe a possibilidade do relator “fundamentar sua decisão”, conforme observa Heitor Sica,³⁶⁰ parece tratar-se de prazo impróprio, que não acarretará com a não prática do ato que neste espaço de tempo deveria ser praticado, uma consequência processual.

Além disso, o art. 979, §4º parece dizer o óbvio, ao estabelecer que a suspensão dos processos individuais ou coletivos cessará, caso não seja interposto recurso especial ou extraordinário da decisão proferida no incidente, considerando que o art. 984, §1º já confere o efeito suspensivo aos recursos excepcionais interpostos.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos, coletivos ou individuais, que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive juizados especiais do respectivo estado ou região (art. 982, I).

³⁵⁹ “Art. 990, §4º: O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 6º do art. 521. O requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento”.

³⁶⁰ Nesse sentido, destaca que a preclusão não emerge de motivos teóricos, mas sim da própria necessidade do processo em movimento; de fato, não se concebendo como um processo, mesmo em épocas mais remotas, possa existir sem que haja impulso de algum dos seus sujeitos, ou sem que se estabeleçam alguns limites à atividade das partes, ou ainda, sem que exista momento para que as decisões tomadas pelo órgão julgador se tornem definitivas, a salvo de ulteriores impugnações (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7).

O acórdão resultante do julgamento do IRDR deverá fazer expressa referência à análise de todos os fundamentos suscitados, concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (art.981,§2º), a fim de que se tenha um amplo conhecimento de todos os argumentos levantados para acolher ou rejeitar determinado fundamento jurídico, inclusive para fins de eventual impugnação por meio dos recursos excepcionais.

5.3. NATUREZA JURÍDICA

Embora o próprio nome nos possa levar a afirmar que outra não poderia ser a natureza jurídica do IRDR, a não ser a de incidente processual, é certo que o Código de Processo Civil já utilizou essa nomenclatura de forma equivocada, quando tratou de outros institutos.³⁶¹

Agregue-se a tal observação, o fato da regulamentação do IRDR vir tratada na mesma parte em que constam os recursos, no Livro III do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014 (“Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação de Decisões Judiciais”).

A importância da correta identificação da natureza jurídica dos institutos processuais reside, então, no fato de que a solução a ser conferida por eles aos problemas teóricos e práticos há de ser a realizada à luz dos princípios e regras que os regem.

O recurso pode ser concebido como uma espécie do gênero meios de impugnação dos pronunciamentos judiciais, entre os quais se insere a ação rescisória, o

³⁶¹ Nesse sentido, Heitor Sica lembra as discussões da doutrina existente em torno do incidente de falsidade documental previsto nos arts. 390 e ss.do CPC (SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, v.1. item 9.4.2). Ainda nesse sentido, Fabio Guidi Tabosa Pessoa destaca que o entendimento que parece ter prevalecido na doutrina é que a autenticidade ou falsidade de documento em si considerada é, ao lado da existência ou inexistência de relação jurídica, uma das hipóteses em que, à luz do art. 4º do CPC, prevê o legislador a formulação de pedido meramente declaratório. Assim, não se estaria diante de um singelo incidente processual ainda se, anterior ao encerramento da instrução, venha a se dar o processamento da arguição de falsidade nos mesmos autos e como parte da mesma relação processual inerente ao feito principal, mas de ação declaratória incidental. Corroborando tal entendimento, o fato do art. 395 do CPC deixar claro que a decisão que resolve o incidente é sentença (In MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*.. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.187).

mandado de segurança e a ação declaratória de inexistência ou nulidade da sentença (*querela nulitatis insanabilis*)³⁶².

A diferença específica entre os recursos e as ações autônomas está, basicamente, em dois aspectos: (i) o recurso não se aplica às hipóteses de decisões sobre as quais já se tenha operado a coisa julgada (um dos seus efeitos é justamente evitar o trânsito em julgado); e (ii) o recurso não enseja a instauração de um novo processo, diverso daquele onde foi proferido o ato impugnado.³⁶³

Na autorizada lição de Barbosa Moreira, o recurso deve ser entendido “no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”³⁶⁴

Assim, e dissecando o respectivo conceito, podemos apontar como as principais características dos recursos, em geral: (i) remédio, porque se trata de um “instrumento processual destinado a corrigir um desvio jurídico, em vez de apenas constatá-lo e tirar as suas consequências”³⁶⁵; (ii) voluntário, não há recurso “de ofício”, obrigatório, faz-se mister sua interposição por um dos legitimados do art.499 do CPC³⁶⁶; (iii) dentro do mesmo processo, a interposição do recurso não enseja a formação de outro processo, mas tão-somente provoca a extensão do processo em curso, no qual foi proferida a decisão impugnada (essa característica é importante não só para a distinção entre recurso e outros meios de impugnação dos atos judiciais, como já destacamos, mas também para a

³⁶² MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil: recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 20-21.

³⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 281.

³⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.231, v.5.

³⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936, p. 487, v.2.

³⁶⁶ Embora exista controvérsia na doutrina, concordamos com aqueles que entendem que o reexame obrigatório e a remessa *ex officio* não tem natureza jurídica de recurso, mas de condição de eficácia da sentença (a sentença é válida e existente, mas não eficaz). Em outras palavras, a sentença proferida nas hipóteses previstas no art. 475 do CPC somente produz os efeitos a que se destina após a sua confirmação pelo tribunal. Nesse sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.928. Em sentido contrário: SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.98-100, v.3. (recurso de ofício); MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, p. 26-28 (quase recurso).

definição da natureza jurídica do recurso como extensão do direito de ação);³⁶⁷ (iv) reforma – *error in iudicando*, (cassação + substituição – art.512 do CPC); (v) invalidade – *error in procedendo* (cassação do ato recorrido a fim de que outro seja proferido pelo mesmo órgão do qual emanou, não há substituição pois implicaria a supressão de um grau de jurisdição)³⁶⁸; (vi) esclarecimento ou integração – embargos de declaração; e (vii) decisão judicial, pronunciamentos que apresentam caráter decisório (sentenças e decisões interlocutórias).

Por sua vez, e retomando os ensinamentos de Antônio Scarance Fernandes, o *incidente processual* seria “aquilo que se insere no processo, podendo interromper seu movimento, podendo obstaculizar o seu caminhar”³⁶⁹.

Como conclui Marcelo Abelha, o incidente “pode ser definido como algo que cai (ponto, questão ou ação) sobre algo que preexiste (processo), com a formação de um procedimento lateral e autônomo ao principal destinado à sua resolução (do incidente).”³⁷⁰

Assim, entre as principais características do incidente processual destacam-se: (i) a incidentalidade, uma vez que “cai”, “incide”, “surge” sobre um processo preexistente; (ii) o procedimento incidental, posto que exige a instauração de um procedimento específico para o exame das questões incidentais³⁷¹; e (iii) a acidentalidade, posto que representa um desvio ao desenvolvimento normal do processo.

³⁶⁷ A doutrina diverge sobre a natureza jurídica do recurso enquanto ação autônoma de natureza constitutiva “por tender, pelo menos no comum dos casos, à remoção de um pronunciamento” (posição minoritária) e a extensão do direito de ação (posição majoritária). No primeiro caso, encontra-se BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2ª ed. Roma, 1936, p.638, *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.233, v.5. Destacam-se entre os que defendem a natureza jurídica do recurso como *extensão do direito de ação*: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1981, p. 257, v.2; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997, p. 143-144, v.3; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.234, v.5.

³⁶⁸ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil: recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 18.

³⁶⁹ Sobre incidente processual, ver, entre todos, FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual: questão incidental e procedimento incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 29 e p. 66.

³⁷⁰ ABELHA, Marcelo. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia da decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.39.

³⁷¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual: questão incidental e procedimento incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.66.

O art. 991 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, ao destacar os recursos cabíveis (apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência) sequer menciona o IRDR. Mas além disso, outras duas características marcantes permitem dissociá-lo da natureza jurídica de recurso.

A primeira refere-se à voluntariedade, pois enquanto a interposição do recurso não pode se dar de ofício e tem estreita ligação com o princípio dispositivo,³⁷² de sorte que é preciso haver um ato de vontade do legitimado interpondo recurso, o IRDR pode ser dirigido ao presidente do tribunal por qualquer das partes, mas também pelo juiz ou relator, independente da existência de qualquer requerimento das partes nesse sentido.

A segunda é que, enquanto no recurso o reexame da decisão judicial ocorre dentro de uma mesma relação jurídica processual e apenas prolonga o processo em que foi pronunciada a decisão impugnada; no IRDR verifica-se um pronunciamento prévio do tribunal competente acerca de questões comuns de direito tratadas nos processos suspensos.

Por essas razões, é possível afastar a natureza jurídica de recurso e afirmar que o IRDR é processo de competência originária dos tribunais com natureza jurídica de incidente processual coletivo.³⁷³

De um lado, estaria adequada a localização do IRDR no Livro III, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, que além de tratar dos “Meios de Impugnação de Decisões Judiciais”, trata também “dos Processos nos Tribunais”.

³⁷² Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que: “entre o interesse de agir e o interesse em recorrer, existe um núcleo comum, que é a afirmação de uma situação de prejuízo, já ocorrente ou ainda temido; e uma diferença específica que repousa na causa dessa situação desvantajosa, a saber: enquanto no interesse de agir o prejuízo reporta-se a uma situação pré-processual, originária da vida em sociedade, a saber, a recusa da submissão de interesse alheio ao próprio (=conflito, lide), já no campo recursal o afirmado prejuízo tem origem num ato jurisdicional, deflagrador de uma situação de sucumbência.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.282).

³⁷³ Nesse sentido CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 396.

E de outro, aplicam-se ao IRDR as principais características de um incidente processual, quais sejam: (i) a accidentalidade, posto que representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, os quais serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre questões comuns de direito, a qual, em seguida, deverá ser aplicada a cada um desses processos repetitivos; (ii) a incidentalidade, uma vez que o IRDR “cai”, “incide”, “surge” sobre os processos repetitivos preexistentes e também sobre causas futuras; e o (iii) procedimento incidental, considerando que o exame das questões de direito observará ao procedimento específico previsto nos arts. 973 e seguintes do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

5.4. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Da leitura do art. 973 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, verifica-se a consolidação dos requisitos de admissibilidade para a instauração do IRDR como: (a) “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e (b) “risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica”.

5.4.1. Efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

O IRDR na forma proposta pelo Anteprojeto da Comissão de Juristas possuía caráter marcadamente preventivo. Antes mesmo do efetivo ajuizamento massificado de demandas repetitivas, o juiz ou o relator, verificando a “potencialidade” de a controvérsia gerar relevante multiplicação de processos, deveria suscitar a instauração do IRDR.³⁷⁴

Ao receber uma das primeiras demandas ou recursos, o juiz ou o relator, a depender do caso, já poderia afetá-lo como repetitivo e o julgaria com parcos argumentos, antes mesmo da ocorrência de salutar dissenso argumentativo.³⁷⁵

³⁷⁴ “Art. 895 do Anteprojeto: 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”.

³⁷⁵ Nesse sentido, Dierle Nunes: “No entanto, a atual sistemática do código reformado e do Projeto de novo CPC viabilizam a utilização de julgados com a finalidade preventiva toda vez que se perceber a possibilidade de profusão de demandas” (NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização –

Ocorre que o caráter marcadamente preventivo do IRDR sofreu diversas críticas entre os doutrinadores e audiências públicas realizadas na fase de discussão do projeto de lei do novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Entre os argumentos positivos, destacou-se o de que a instauração do IRDR já teria o condão de evitar que processos se multiplicassem com a prolação de decisões nos mais variados sentidos, já que a pronta fixação do precedente evitaria a confusão de desfechos em sentidos antagônicos para litígios homogêneos³⁷⁶.

Esse entendimento parece ter sido superado, em especial, pelo argumento de que a fixação de uma tese jurídica, inclusive para fins de aplicação a casos futuros, deveria levar em consideração todos os argumentos possíveis, o que dependeria do amadurecimento das questões envolvidas por intermédio de decisões proferidas em outros casos (individuais ou coletivos), o que não se concretizaria se o IRDR fosse preventivo.³⁷⁷

Com efeito, e da leitura do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, verifica-se superado este debate, e abandonado o caráter

paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.267).

³⁷⁶ Nesse sentido: “Outra constatação acerca deste primeiro artigo que disciplina o incidente refere-se ao seu caráter preventivo. Com efeito, a expressão ‘controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos’ deixa evidente tal característica. E é altamente desejável que assim o seja, tendo em vista que um dos seus objetivos é justamente o de evitar a coexistência de decisões conflitantes, provocadora da insegurança jurídica que tanto descontenta nossa sociedade” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 211, p.195-196, set., 2012,).

³⁷⁷ Antônio Adonias Bastos firmou posição no sentido de que um caráter menos preventivo estaria mais adequado ao sistema processual brasileiro, preservando o contraditório, considerando que o processo judicial deve garantir aos órgãos judiciais a ampla oportunidade de debater com as partes a controvérsia, com a maturação das questões envolvidas nas demandas repetitivas (BASTOS, Antônio Adonias. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.) *O projeto do novo Código de processo Civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 35). No mesmo sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha: “Dever-se-ia, na verdade, estabelecer como requisito para a instauração de tal incidente a existência de prévia controvérsia sobre o mesmo assunto. Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada em casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, p. 262, mar. 2011).

inicialmente preventivo do IRDR, uma vez que restou consolidado o entendimento de que o critério que melhor se encaixaria às finalidades do instituto seria a existência da efetiva repetição de processos sobre uma mesma questão de direito, dispensando-se a mera existência de potencialidade de repetição de processos.

Porém, novas críticas surgiram em razão da ausência de critérios objetivos para a aferição do que poderia ser considerado “efetiva repetição” de demandas.

Para que os requisitos de admissibilidade não ficassem sujeitos ao exame subjetivo do magistrado, Marcos de Araújo Cavalcanti sugeriu a possibilidade da fixação de uma quantidade numérica e específica de processos judiciais.³⁷⁸ Mas a considerar este critério, como funcionaria a legitimidade das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública para também instaurar o IRDR? Parece-nos que a fixação de um critério objetivo relacionado à quantidade de processos limitaria a legitimidade dos demais - se comparados ao juiz ou ao relator - para elaborar o pedido de instauração do IRDR.

Outra alternativa para se fixar um critério, utilizando-se da experiência do *Musterverfahren*, é que o IRDR poderia ter estabelecido a necessidade dos legitimados apresentarem uma quantidade mínima de requerimentos para a sua instauração, durante um prazo fixado no Código. Para que o *Musterverfahren* seja instaurado, a lei exige que, no prazo de seis meses contados da primeira publicação e do registro das informações no cadastro eletrônico público, pelo menos outros nove requerimentos sobre a mesma matéria

³⁷⁸ “Melhor seria se o legislador tivesse fixado um critério objetivo, como, por exemplo, uma quantidade “x” de processos em tramitação sobre uma mesma questão de direito, a ser fixada periodicamente (anualmente, por exemplo) pelo CNJ. Atingindo-se a quantidade fixada e formulado o requerimento, o tribunal teria o dever de instaurar o IRDR, não havendo que se falar em discricionariedade ou faculdade do magistrado, como maleficamente vem entendendo o STJ para o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 CPC. Nesse sentido: Precedentes Pet. no REsp 731.580/MA, Rel. Min. João Otavio de Noronha, DJe 8/3/2010 (STJ, Quarta Turma, Ag Rg no AREsp 259.029/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 19.2.2013, DJe 13/3/2013); “[...]1. O incidente de uniformização de jurisprudência tem lugar apenas no caso de discrepância entre órgãos judicantes sobre interpretação de regra jurídica. 2. A suscitação de uniformização de jurisprudência não vincula o juiz, sendo faculdade dele determinar o seu processamento. 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no Ag 656.614/RJ, Quarta Turma, rel. min. Fernando Gonçalves, j.8.9.2009, DJe 21.9.2009; “[...]2. Nos termos do art.476 do CPC, a instauração de incidente de uniformização de jurisprudência é “ex-officio”, não é vinculativa, mas meramente discricionária, facultativa, não contendo, portanto, caráter obrigatório, devendo ser instaurado diante dos critérios de conveniência e oportunidade” (STJ, Primeira Turma, AgRg no REsp 465.633/MG, rel. Min. José Delgado, j.27.5.2003, DJ 18.8.2003). (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.337).

tenham sido apresentados. Não sendo atingida essa quantidade de pedidos no prazo previsto, os requerimentos já apresentados deveriam ser rejeitados, por decisão irrecurável, prosseguindo-se normalmente com as demandas individuais.³⁷⁹

Além disso, tem-se que “a efetiva repetição de processos” que autoriza a suscitação do IRDR não se refere unicamente às demandas individuais, mas também às ações coletivas, que podem integrar o conjunto de processos repetitivos capazes de colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Neste ponto, cumpre destacar que não é qualquer repetitividade de demandas coletivas que ensejaria a instauração do IRDR. Em regra, a repetição de processos coletivos que versem sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* (indivisíveis por natureza) não autorizará a instauração do IRDR, especialmente porque o provimento judicial não pode se decompor nem conviver com outro que seja inconciliável. Para estes casos, não haverá, em tese, risco à isonomia e à segurança jurídica, mas sim, litispendência ou conexão entre essas demandas coletivas, de modo que os processos deverão ficar reunidos para julgamento simultâneo.

Com efeito, a repetição que com mais facilidade dará ensejo à suscitação do IRDR será aquela relacionada aos direitos individuais homogêneos, que admitem fruição fracionada. Considerando que os litigantes não serão os mesmos, a hipótese de litispendência já estaria afastada, mas ainda assim, entre a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos e a ação individual, há um nexo ou uma margem mínima de sobreposição, já que o pedido de condenação genérica formulado pelo autor coletivo nada mais é do que a soma dos pedidos individuais, daí a possibilidade de se verificar a conexão ou continência. Como no caso da conexão, a unidade de processos e de

³⁷⁹ Aluísio Gonçalves de Castro Mendes faz importante observação quanto ao cumprimento do requisito estabelecido pelo *Musterverfahren*: “A interpretação desta exigência ensejou dúvida, no sentido de se saber se precisam ser, ao todo, dez requerimentos formulados por autores de processos diversos ou não, ou seja, se litisconsortes do mesmo processo poderiam ser contabilizados, individualmente, para o fim de totalizar o número estabelecido. O BGH decidiu no sentido da possibilidade do número ser contado por litisconsorte. Desse modo, um único requerimento subscrito por dez litisconsortes já preencheria o requisito numérico. BGH, Beschluss vom 16.06.2009, NJW 2009, 2539-2541” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev. e atual.e ampl. In MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Coleção temas atuais de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.124, vol. 4).

juízo já seria recomendável quando cabível e oportuna (art.105 do CPC), e no caso da continência, a reunião de processos é necessária para evitar julgamentos inconciliáveis, entende-se que, nessa ordem de ideias, nada impediria fosse o IRDR aqui instaurado, para resolver as questões unicamente de direito, de forma abstrata e coletiva.

5.4.2. Questão unicamente de direito

O art. 973, inciso I, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, foi incisivo ao estabelecer que o IRDR será cabível para resolver questão unicamente de direito.

Portanto, e a primeira observação que se depreende, é que não se pode confundir o objeto do IRDR com as questões a serem tratadas nos processos repetitivos.

Tecnicamente, os processos repetitivos decorrem da pulverização de demandas individuais que versam, frise-se, em larga escala, sobre questões de direito e/ou fáticas de origem comum e homogêneas.

Contudo, e por uma opção legislativa, verifica-se que o texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014 impede, no âmbito do julgamento do IRDR, que se decida acerca das questões fáticas relativas aos processos repetitivos (individuais ou coletivos), limitando-se somente ao exame das questões unicamente de direito.

Durante a tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados, chegou-se a cogitar o cabimento do IRDR também para a resolução de questão de fato controvertida. Neste momento, aproximou-se o IRDR do procedimento-modelo do *Musterverfahren* e da ordem de litígio em grupo (GLO), os quais autorizam a resolução tanto das questões de fato quanto das questões de direito.

Analisando a questão, Marcos de Araújo Cavalcanti, *de lege ferenda*, sustentou ser plenamente possível a utilização do IRDR para dirimir questões predominantemente fáticas, desde que a decisão do hipotético IRDR fosse afetada apenas para alcançar os

processos em que se discutisse a mesma questão (no caso fática) de origem comum e homogênea.³⁸⁰

Com efeito, o art. 973, inciso I, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, ao estabelecer para o IRDR que a questão de direito seja “a mesma” e que haja a “efetiva repetição de processos”, é fato que buscou aproximar o instituto às questões decorrentes de origem comum e homogêneas, exatamente como o art. 81, inciso III do CDC exige para a coletivização dos direitos individuais homogêneos.

Assim, e a segunda observação que se faz, é que, como o conceito de demandas repetitivas não se limita aos processos que buscam a tutela dos direitos individuais homogêneos, o objeto do IRDR identifica-se com as questões de direito que decorrem destes processos, mas também com as questões de direito que decorrem dos processos repetitivos (individuais ou coletivos), que no plano abstrato e em larga escala, podem discutir questões jurídicas de origem comum e homogêneas.

A “origem comum” pode ser decorrente de coincidência de fato ou de direito de situação conflituosa, ou seja, de fonte próxima ou remota.³⁸¹ Por sua vez, a noção particular de homogeneidade tem por exigência: (i) a prevalência das questões comuns (de fato ou de direito) sobre os aspectos individuais (prevalência), e (ii) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual em termos de justiça e eficácia da decisão,

³⁸⁰ O autor faz ainda um interessante paralelo com eventual decisão proferida em sede de IRDR que resolva questão comum de fato, alegando que, assim como ocorre com as ações coletivas que tutelam os direitos individuais homogêneos, cuja sentença deve ser genérica, reconhecendo apenas o dever de o autor da conduta lesiva indenizar as vítimas pelos prejuízos causados, caberia ao juiz, antes de proferir sentença no caso individual (aplicando a solução fática fixada no IRDR), dar oportunidade para as vítimas demonstrarem, nos autos dos processos repetitivos, a existência do dano individual, o nexo de causalidade do réu com o dano geral previsto na decisão genérica e a quantificação da indenização (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.341).

³⁸¹ Nesse sentido, Kazuo Watanabe destaca que a origem comum pode ser de fato ou de direito, não significando a expressão, necessariamente, uma unidade factual ou temporal (WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 724). Ada Pellegrini Grinover anota que “a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.101, p.21, jan./mar., 2011).

recomendando-se o processamento e o exame coletivo de tais questões no lugar do julgamento individualizado (superioridade).³⁸²

A configuração de ambos os conceitos “origem comum” e “homogeneidade” pode se relacionar, portanto, a questões de fato ou de direito. Todavia, no âmbito do julgamento do IRDR, somente as questões de direito que decorram de origem comum e que observem o binômio prevalência-superioridade para formar a homogeneidade, é que autorizarão o processamento e julgamento na forma prevista para o IRDR.

A terceira observação que se destaca é que pelo julgamento do IRDR, poderão ser apreciadas questões homogêneas de direito material ou processual (art.926, parágrafo único, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014). Pode ser que ocorra, portanto, o ajuizamento de diversos processos que não possuem qualquer questão de direito material em comum, mas no decorrer da tramitação judicial possam surgir questões homogêneas de direito processual, tornando admissível a instauração do IRDR.³⁸³

Ocorre que, nenhuma das observações supra mencionadas chega a enfrentar, propriamente, o sentido da expressão “mesma questão unicamente de direito”, que poderá ser abduzida e reunida no IRDR com a finalidade de se efetivar um julgamento abstrato e coletivo, fixando-se a tese jurídica que deverá ser aplicada de forma vinculante em cada processo repetitivo suspenso ou aos casos futuros que versem a mesma questão de direito.

³⁸² Para a noção particular de homogeneidade, a doutrina nacional especializada, que se encarregou da redação do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, buscou aferir a aplicabilidade, ao sistema brasileiro, do critério adotado nas *class actions* norte americanas da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, encontrando parâmetros na regra (b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966 que já mencionamos no item 4.2. do Capítulo IV do presente trabalho, que estabelecem como *threshold requirements* (requisitos preliminares) da *class action for damages* que: “*the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy*”. Disponível em http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28a/usc_sec_28a_02000023----000-.html. Acesso em 12.12.2014.

³⁸³ Cite-se como exemplo o que ocorreu no julgamento do REsp n. 1.247.150/PR, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos). A Corte Especial do STJ firmou entendimento segundo o qual, no âmbito da ação civil pública, não é cabível a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC, porque a condenação nesses casos não se reveste da liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial (STJ, Corte Especial, REsp 1.247.150/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011).

Daí a relevância de ser imprescindível conhecer as notas distintivas entre as questões de fato e as questões de direito, para que se possa conhecer o que poderá ser objeto de análise do IRDR.

Com efeito, há muito tempo a doutrina percebeu a necessidade de distinguir as questões de fato e de direito, especialmente para fins de cabimento dos recursos especial e extraordinário, que não admitem o reexame do conjunto fático-probatório conforme entendimento consagrado nos Enunciados n. 7 e 279 das súmulas de jurisprudência dominante do STJ e do STF, respectivamente.³⁸⁴

Nesse passo, merece ser repetida a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, no sentido de que, rigorosamente, pelo menos no plano ontológico, não é possível fazer a distinção entre as questões de direito e as questões de fato. Essa dificuldade acontece porque a noção de direito reside em tríplice dimensão, composta de fato, valor e norma. Para a autora, existe certa indissociabilidade entre os fatos e o direito, uma vez que “o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas.”³⁸⁵

Em outras palavras, “onde houver um fenômeno jurídico, necessariamente haverá um fato subjacente (fato econômico, social, físico, etc); um valor que confere significado a esse fato, direcionando a ação humana no sentido de atingir ou preservar certo objetivo; e, obviamente, uma norma, que reproduz a integração entre o fato e o valor.”³⁸⁶

Portanto, mesmo admitindo que somente possam existir apenas questões predominantemente de fato e questões predominantemente de direito, as quais integram o gênero questão jurídica, para buscar efetivar essa subdivisão, Teresa Arruda Alvim Wambier utiliza dois critérios: (i) o critério ontológico ou substancial, o qual examina a natureza (“o ser”) dessas questões jurídicas; e (ii) o critério técnico-processual, que analisa

³⁸⁴ STJ, Enunciado n.7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”; STF, Enunciado n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

³⁸⁵ Conferir, por todos, Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva: 1969, esp. n. 92, 93 e 95, p. 198-206. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*, v.2, n.3, p.235-236, jan./jun., 2012.

³⁸⁶ FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.84.

o momento de incidência da norma sobre o fato, com o exame do material probatório produzido nos autos.³⁸⁷

Nesse sentido, uma questão será exclusivamente ou unicamente de direito quando a autuação do magistrado estiver preponderantemente voltada à forma como o texto normativo deve ser interpretado e aplicado. Os aspectos fáticos (como, quando, onde, etc), nesses casos, já estariam devidamente resolvidos, não restando dúvidas ou controvérsias, a seu respeito. Não há necessidade de se examinarem as questões de fato, cabendo ao magistrado convergir suas atividades para a interpretação e a compreensão do texto normativo. Assim, nos casos em que versam sobre questões unicamente de direito, o aspecto problemático do raciocínio do magistrado está basicamente voltado às questões relativas ao texto normativo, estando superada a fase de subsunção da lei aos fatos.³⁸⁸

Quando a atividade jurisdicional aponta sobre o momento de incidência do direito, ontologicamente, também se está diante de uma questão de direito, mas que, todavia, não é exclusivamente ou unicamente de direito, por envolver a necessidade do exame das questões fáticas. O critério técnico processual tem a função de atuar exatamente nesses casos, em que se faz necessário o refazimento do processo de subsunção da norma aos fatos, fazendo-se necessário, destarte, o exame do material probatório produzido para que as dúvidas e controvérsias quanto às circunstâncias fáticas sejam dirimidas. Não se pode interpretar e aplicar corretamente o direito quando ainda existem dúvidas e controvérsias a respeito dos fatos.³⁸⁹

Danilo Knijnik, por sua vez, em profundo estudo sobre o tema, concluiu que não haveria como persistir na desclassificação de uma determinada questão, reconduzindo-a ou ao direito ou ao fato, pura e simplesmente, sugerindo então, que o mais correto seria trabalhar com uma categoria própria, que encerrasse em si, uma realidade e um regime jurídico unitário, as questões mistas (de fato e de direito).³⁹⁰

³⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*, v.2, n.3, p.235-236, jan./jun., 2012.

³⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 236-237.

³⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 239.

³⁹⁰ Em seu estudo, Danilo Knijnik destaca que a tradicional organização dos temas sujeitos a exame pelo Superior Tribunal de Justiça está assentada na separação entre o fato e o direito, de modo que, para selecionar o material sujeito à revisão, faz-se necessário, antes, efetuar aquela mesma separação no plano da decisão judicial recorrida. Todavia, três causas ao menos tornam duvidoso esse *modus procedendi*, a saber: (i) a

Basicamente, o campo de incidência das questões mistas seria aquele nos quais se controverte sobre a subsunção dos fatos a uma norma aberta qualquer.³⁹¹ Nessa ordem de ideias, primeiro o intérprete deve qualificar a questão como sendo de fato, de direito ou mista. Presente a dúvida, deve verificar se a interpretação que o tribunal *a quo* deu aos fatos encontra-se ou não dentro da margem de decisão. Se estiver fora, a questão é de direito. Se não restar convencido de que o *decisum* encontra-se dentro ou fora da margem de juízo, o tribunal de superposição tem ainda de analisar se a revisão da questão trazida permite o desenvolvimento do direito. Em caso afirmativo, a revisão da questão mista deve ser admitida; mas, se a resposta for negativa, a questão deixa de ser revista, já que não valeria a pena substituir uma decisão razoável por outra.³⁹²

Assim, embora no campo filosófico a distinção entre questão de fato e de direito em alguns casos se revele realmente muito difícil, há bastantes razões técnico-processuais que recomendam a conservação dessa dicotomia e, como destaca João Francisco Naves da Fonseca, ao menos para efeito de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, a distinção entre questão de fato e de direito é suficiente, útil e efetivamente possível. Para o referido autor,

causa hermenêutica porque “a noção de que o fato e o direito possam ser separados no contexto de uma decisão judicial, é desmentida pela ideia de ‘espiral hermenêutica’ e de ‘pré-compreensão’, em que o fato e o direito estão entrelaçados, envolvem-se mutuamente no ato de decidir e não são elementos rigorosamente heterogêneos”; (ii) a causa dogmática, porque a atual legislação tende à indeterminação e à polissemia, fazendo incerta e ainda mais duvidosa a possibilidade da separação fato-direito; e (iii) a causa processual que guarda relação com a fase instrumentalista e prospectiva do processo, no qual este “recupera o vínculo com o direito material, ao mesmo tempo em que são evidenciados os limites do conceito moderno de prova; nesse estágio, também, reconhece-se ao processo uma função transcendente ao interesse individual e privado, ganhando valor o precedente judiciário no contexto das fontes do direito” (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 268).

³⁹¹ Nesse sentido, destaca que a questão mista “radica nos conceitos jurídicos indeterminados, nas cláusulas gerais e nos conceitos elásticos de uma forma ampla, mas não apenas em casos tais, visto que não há, como examinado, normas que aprioristicamente afastem a necessidade de interpretar, podendo-se falar em maior ou menor grau de indeterminação” (*Idem, ibidem*, p.186).

³⁹² Com base nesse raciocínio, propõe que a Súmula 7 do STJ seja lida nos seguintes termos: “Não se conhecerá do Recurso Especial tendo por objeto questões preponderantemente fáticas, as questões mistas, entretanto, poderão ou não ser revisadas *in jure*, desde que certos requisitos se façam presentes, quais sejam: 1) a existência de dúvida quanto à observância da margem de decisão; e 2) a possibilidade, ao ensejo de revisá-la, de proceder-se a um desenvolvimento posterior do direito, circunscrevendo seu âmbito de aplicação. Nessa definição, poderá o intérprete servir-se de critérios indicadores alternativos – efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência e relevância”. Esses critérios indicadores não seriam cogentes nem vinculativos, mas *standards* auxiliares (e alternativos) na verificação da possibilidade de controlar tais questões em sede de recurso especial (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.239).

se a dúvida estiver ligada à reconstituição histórica de acontecimentos ou ao correto entendimento de situações passadas ou presentes, a questão é de fato. Caso, no entanto, o ponto duvidoso disser respeito à especificação ou à interpretação da norma jurídica que deve regular a base fática acertada, a questão é de direito.³⁹³

Em resumo, pode-se compreender que a questão unicamente de direito que será objeto de análise da formação de tese jurídica pelo IRDR existirá quando o foco de atenção do julgador estiver situado no texto normativo, ficando em segundo plano a questão fática, destacando-se que terá por princípio, aproveitar a atividade jurisdicional para dar tratamento homogêneo à decisão de uma única questão pelo Poder Judiciário.

Por fim, vale ainda mencionar que, ao lado dos requisitos mencionados e concernentes a: (i) efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, e (ii) questão unicamente de direito; existe também um requisito negativo a ser observado, qual seja, (iii) o IRDR não será cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para a definição de tese sobre a questão de direito material ou processual repetitiva em julgamento de recurso repetitivo, nos termos do art.973, §4º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

5.5. PONTOS CRÍTICOS NO TOCANTE À APLICAÇÃO DO IRDR

Quando da apresentação do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, não foram poucas as manifestações identificando e apontando algumas omissões e questões que foram sendo resolvidas no curso da tramitação do Projeto de Lei. Verifica-se que alguns dos problemas iniciais apontados a seguir, já tiveram, inclusive, soluções apresentadas na última versão aprovada pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

³⁹³ FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.85 e 89.

5.5.1. Critério de seleção da demanda modelo

Tanto o PL 166/2010 quanto o PL 8.064/2010 não esclareceram qual seria o critério a ser utilizado na escolha da demanda modelo.

O PL 166/2010, ao prever que o juiz ou relator, de ofício, poderiam afetar a discussão a respeito da matéria de direito repetida ao plenário ou, onde houvesse, ao órgão especial do Tribunal ao qual pertencessem, para que fosse fixada, por intermédio do julgamento de um só apelo paradigmático, a tese jurídica de adoção compulsória pelos demais órgãos judiciais, autorizou a conclusão de que não apenas o processo instaurado em primeiro grau de jurisdição poderia se transmudar em referencial de discussão, mas também, o processo já em grau de recurso.

Portanto, a única informação que se depreendia inicialmente, é que a escolha da demanda poderia ser em sede inicial ou recursal.

Além disso, não se previa um número mínimo de causas para se instaurar o IRDR, sendo absolutamente possível pensar na hipótese da parte que, entendendo que seu processo comportasse controvérsia a gerar outras demandas, já suscitasse o incidente.

Logo, em tese, seria possível que apenas um processo, fundado na mera potencialidade de sua multiplicação, servisse de base, julgamento e aplicação para o IRDR, com a aplicação da tese jurídica a todos os processos que versassem idêntica questão de direito.

É certo que o IRDR nos tribunais faz mais sentido, na medida em que já existe um certo número de recursos interpostos e admitidos, todos obviamente fundamentados na mesma questão de direito, devendo o mesmo acontecer na instância inferior, na qual o incidente só deveria ser suscitado em face de número razoável de demandas, versando a mesma questão de direito.

No entanto, esta não parecia ser a verdadeira *intentio legis*, porquanto o *caput* do art. 895 do PL 166/2010 não exigia mais do que a identificação de “controvérsia” com “potencial” de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de

direito, a permitir a interpretação de que bastaria uma única controvérsia para deflagrar esse incidente, o que, na inferior instância, exigiria dos legitimados o “dom da adivinhação” para saber que determinada demanda teria o efeito multiplicador.

A prevalecer tal raciocínio, qualquer demanda que envolvesse direito previdenciário, direito estatutário, ou direito tributário constituiria um pretexto para que algum dos legitimados, inclusive o juiz, de ofício, pudesse suscitar o IRDR.

Em resposta a estas questões, e conforme o texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, consolidam-se dois relevantes entendimentos: (i) o juiz de primeira instância tem legitimidade para instaurar o incidente, o que significa dizer que poderá afetar a questão de direito para que o Tribunal se manifeste antes mesmo da propositura de um recurso; e (ii) exigiu-se que a controvérsia passe a ser “efetiva” e não apenas “potencial”, o que faz mais sentido, ao se pensar que antes a mera possibilidade de massificação já autorizava o incidente.

Contudo, verifica-se que a nova redação do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014 continua sem oferecer qualquer critério para a escolha da demanda modelo. Deverá, portanto, seguir a ordem cronológica, devendo ser considerada a que primeiro for assim alegada para instaurar o incidente?

Ou deverá ser escolhida a demanda modelo que seja “a mais plural possível,”³⁹⁴ o que significa dizer, aquela que consiga condensar a maior quantidade de argumentos em torno do direito em debate, tal como o critério já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, para a eleição do recurso especial repetitivo, para fins de julgamento por amostragem. De acordo com o artigo 1º da Resolução n.08/08 do STJ:³⁹⁵

Art. 1º Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da

³⁹⁴ Nesse sentido, BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 507.

³⁹⁵ Disponível http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=88636. Acesso em 16.05.2013.

controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

§1º Serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial.

Em vista do caráter de objetivação do IRDR, que procura definir a tese jurídica a ser aplicada tanto no caso levado a julgamento, como também em todas as demais hipóteses equivalentes, parece-nos fazer mais sentido que prevaleça a escolha da demanda mais bem fundamentada e não a primeira na qual tenha sido suscitada a questão de direito, abandonando-se por completo, o critério cronológico.

Nesse sentido, verifica-se que há vários meios, previstos no próprio procedimento, para que se trave uma discussão em prol da adoção da melhor interpretação possível para a questão de direito controvertida.

Além de se admitir que pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia possam requerer a juntada de documentos e diligências necessárias para a elucidação da questão de direito (art. 980 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014), também se permite ao relator do IRDR que requirite informações “a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente” (art.979, inciso II). Por intermédio de tal requisição, parece ser possível exigir-se, inclusive do juízo *a quo*, que remeta cópias de peças de autos distintos daqueles de que se originou o IRDR, e que melhor reproduzam a discussão.

Através da atuação do *amicus curiae* atende-se à exigência democrática participativa no processo, pois, à vista da extensão social do litígio não seria mesmo possível que todos os interessados estivessem lado a lado no processo, em imenso litisconsórcio.³⁹⁶

³⁹⁶ Nesse sentido, BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 509.

5.5.2. Possibilidade de desistência da ação ou do recurso depois da escolha como paradigma

Outra questão suscitada, ainda quando da apresentação do PL 166/2010, se referia à análise da possibilidade de desistência da ação ou do recurso, por iniciativa do autor ou recorrente, após terem sido eleitos como representativos da controvérsia em sede de IRDR.

Essa discussão surgiu porque o PL 166/2010 era omissivo sobre a hipótese do autor do modelo eleito optar pela desistência ou abandono da causa. No entanto, e na versão apresentada pela Câmara dos Deputados, os §§ 5º e 6º do art. 988 do PL 8.046/2010, os quais foram mantidos integralmente pelos §§ 1º e 2º do art. 973³⁹⁷ do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, resolveu-se que na hipótese de desistência ou abandono do modelo eleito, ainda assim o IRDR será examinado. Além disso, e para estas hipóteses, recomendou-se a intervenção obrigatória do Ministério Público no IRDR.

Tecnicamente, nem se poderia desistir da ação, mas sim, do prosseguimento do processo.³⁹⁸

Isso porque, se já houver resposta, a desistência da ação dependerá do consentimento do réu. Como a sentença terminativa não ficaria imunizada pela coisa julgada material, poderia sujeitar o réu, novamente, ao ônus de participar de um processo e defender-se, caso o autor decida provocar novamente o exercício da jurisdição sobre a mesma pretensão, daí a necessidade de sua aquiescência sobre a desistência pretendida pelo autor, se já tiver reagido à sua postulação inicial.

³⁹⁷ “Art. 973. (...)”

§1º A desistência ou o abandono da causa não impede o exame do mérito do incidente.

§2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono”.

³⁹⁸ Nesse sentido: “A desistência é do prosseguimento do processo. O processo se instaura como decorrência do exercício da ação. Sendo o processo o instrumento por meio do qual se exerce a jurisdição, o direito de ação é o direito ao exercício da jurisdição sobre determinada pretensão de direito material, através de processo perpassado pela constelação de princípios do devido processo.” (BARBOSA, Andrea Carla et al.; FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.515).

Se já houver uma sentença, e ainda que não tenha sido publicada, também não seria mais possível desistir do prosseguimento do processo, pois não haveria mais sobre o que desistir: a prestação jurisdicional já teria sido entregue. O que poderia o autor fazer é apenas abrir mão de executar a decisão, se vencedor, ou no caso de ter sido vencido, renunciar ao recurso ainda não interposto (renúncia) ou desistir daquele que já foi apresentado (desistência).

O IRDR, e conforme já destacamos no item 5.3, por sua natureza, não instaura um processo novo, mas apenas um procedimento incidental, que é extraído de um processo base, originário. Uma vez suscitado, ocorrerá uma espécie de partição ritual, muito mais ideológica que física: ao lado do procedimento instaurado por força do ajuizamento da ação ou da interposição do recurso, surgirá um procedimento voltado especificamente ao assentamento de interpretação uniforme quanto a certa norma jurídica.³⁹⁹

Com efeito, o art. 973, §1º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014 buscou, a nosso ver acertadamente, impedir que as demandas representativas da controvérsia pudessem ser abandonadas ou que sobre elas se pretendesse desistir, justamente em razão da existência do interesse público na fixação da tese jurídica a ser aplicada para os demais casos repetitivos.

³⁹⁹ Verifica-se exatamente a mesma técnica de partição no procedimento do julgamento dos recursos repetitivos: “Quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Esse procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal, instaurado por provocação do recorrente. Passa, então, a haver, ao lado do recurso, um procedimento específico para julgamento e fixação da tese que irá repercutir relativamente a vários outros casos repetitivos. Quer isso dizer que surgem, paralelamente, dois procedimentos: a) o procedimento recursal, principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente; e, b) o procedimento incidental de definição do precedente ou da tese a ser adotada pelo tribunal superior, que haverá de ser seguida pelos demais tribunais e que repercutirá na análise dos demais recursos que estão sobrestados para julgamento. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência (...). Quando o recorrente, num caso como esse, desiste do recurso, a desistência deve atingir, apenas, o procedimento recursal, não havendo como negar tal desistência, já que, como visto, ela produz efeitos imediatos, não dependendo da concordância da outra parte, nem de autorização ou homologação judicial. Ademais, a parte pode, realmente, precisar da desistência para que se realize um acordo, ou se celebre um negócio jurídico, ou por qualquer outro motivo legítimo, que não necessita ser declinado ou justificado. Demais disso, o procedimento recursal é, como se sabe, orientado pelo princípio dispositivo”. (CARNEIRO DA CUNHA, José Leonardo e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.323-324, vol.3).

Verifica-se que a mesma problemática já foi enfrentada pelo STJ em dois recursos especiais que foram submetidos como representativos de controvérsia, conferindo-se para cada um deles, resultados opostos.

No primeiro caso, o REsp 1.063.343/RS, após eleito como recurso *standard*, o STJ fixou o entendimento pela impossibilidade de desistência pelo recorrente, ao argumento de que se constituiu em segmento de todos os demais processos em que se discutia a mesma questão jurídica. Seria, portanto, “inviável” o acolhimento do pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC, c/c Res. N.º08/08 do STJ. Indeferiu-se o pedido de desistência do recurso especial e, após a fixação da tese jurídica, o resultado do julgamento foi aplicado, inclusive, ao processo no qual se realizou tal pedido de desistência recursal.⁴⁰⁰

Conforme destacou a ilustre relatora do caso, a Min. Nancy Andriahi:

entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça.

E concluiu: “A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo”.

Assim, e porque adquire feição coletiva, não se admitiu a desistência de um recurso especial repetitivo eleito como paradigma, porque o interesse no julgamento do recurso passaria a ser de todos e não só daqueles que são partes no procedimento recursal, até porque, a resolução que ali se desse à questão jurídica, extravasaria os lindes subjetivos da relação processual, afetando outros sujeitos.

⁴⁰⁰ Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.- É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ (QO no REsp. n. 1.063.343-RS, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andriahi, julgado em 17.12.2008).

Com efeito, e porque a relevância das questões em debate impede solução tão drástica e ineficiente, é que não se admite também a desistência das ações de controle abstrato de constitucionalidade (artigo 5º da Lei n. 9.868/99⁴⁰¹) e recomenda-se o aproveitamento do processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte que se reputa inadequada para a condução da demanda⁴⁰², no tocante a ação civil pública (art.5º, §3º, da Lei n. 7.347/85⁴⁰³) e a ação popular (art. 9º, da Lei Federal n. 4.717/65⁴⁰⁴).

No entanto, em outro caso, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.067.237-SP, a Segunda Seção do STJ entendeu ser possível acatar o pedido de desistência do recurso, não antes, porém, da fixação da tese jurídica a ser aplicada aos demais processos repetitivos. Na hipótese, a Segunda Seção do STJ fixou a tese jurídica na sistemática do art. 543-C do CPC, sem contudo, aplicar seus efeitos para o caso concreto do recurso representativo, que foi julgado prejudicado, tendo em vista o pedido de desistência formulado pela parte recorrente. A tese jurídica foi aplicada a todos os demais processos repetitivos pendentes.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ “Art. 5º. Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

⁴⁰² GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.108, p. 68, 2003.

⁴⁰³ Muito embora o dispositivo se refira à desistência por parte das associações, a melhor interpretação é a que estende a possibilidade de haver sucessão processual independentemente de quem tenha dado causa à desistência. A esse respeito, confira-se DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p.205-306, Vol.4.

“Art. 5º. (...):

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

⁴⁰⁴ “Art. 9º. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”. Como destacou Fredie Didier Jr., ainda que se possa admitir a desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, a consequência da falta de legitimação coletiva não poderá implicar na extinção do processo coletivo, sem exame do mérito. É o que acontece, por exemplo, nos casos de desistência ou abandono do processo pelo autor da ação popular ou da ação civil pública, em que se determina a sua sucessão processual, com a assunção do Ministério Público ou de outro legitimado da posição de condutor do processo coletivo (DIDIER JR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.99).

⁴⁰⁵ “Em questão de ordem, a Seção, por unanimidade, rejeitou os dois requerimentos da Caixa Econômica Federal, a saber: (1) de afetação do recurso à Corte Especial e (2) de extinção do processo sem exame de mérito, diante de alegada perda do objeto do recurso especial pela desistência do autor da ação, depois de afetado o recurso como repetitivo. Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, decidiu as duas teses afetadas pelo Sr. Ministro Relator na sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, sem efeitos para o caso concreto, que foi julgado prejudicado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” (REsp nº. 1.067.237-SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em.24.06.2009).

Neste caso, e conforme destacou o ilustre relator, o Min. Luis Felipe Salomão, não adiantaria vedar a desistência ao recurso, se as partes poderiam desistir da ação principal ou ainda, celebrar um acordo extrajudicial

ora, não teria qualquer efeito prático obstar a desistência recursal (como na Questão de Ordem decidida pela Corte Especial) e abriremos a possibilidade da desistência da ação principal, ou a do acordo extrajudicial - o que se afigura mais provável no caso em exame -, porquanto isso poderia consubstanciar apenas um subterfúgio à vedação reconhecida na Q.O. no REsp. nº 1.063.343/RS. Ou seja, para burlar a vedação de desistência, bastaria ocorrer um acordo extrajudicial, com a comunicação de perda do objeto.

A mesma matéria teve sua repercussão geral reconhecida no STF, através do RE nº 669.367, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com julgamento do mérito em 02.05.2013. Na assentada, o Tribunal reafirmou a jurisprudência da Corte de que é possível desistir-se do mandado de segurança após a sentença de mérito, ainda que seja favorável ao impetrante, sem anuência do impetrado.⁴⁰⁶

Nessa esteira, o IRDR parece seguir a mesma lógica que foi observada para o julgamento de recursos especiais repetitivos, sob a égide do art. 543-C do CPC, a de possuir nítido escopo de imprimir relevância para além do caso concreto, à tutela jurisdicional que será entregue, na esteira do que ocorreu no Supremo Tribunal Federal após o advento da repercussão geral.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DEDUZIDO APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ADMISSIBILIDADE. “É lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários” (MS 26.890-AgR/DF, Pleno, Ministro Celso de Mello, DJe de 23.10.2009), “a qualquer momento antes do término do julgamento” (MS 24.584-AgR/DF, Pleno, Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 20.6.2008), “mesmo após eventual sentença concessiva do ‘writ’ constitucional, (...) não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC” (RE 255.837-AgR/PR, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJe de 27.11.2009). Jurisprudência desta Suprema Corte reiterada em repercussão geral (Tema 530 - Desistência em mandado de segurança, sem aquiescência da parte contrária, após prolação de sentença de mérito, ainda que favorável ao impetrante). Recurso extraordinário provido. (RE 669367, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29.10.2014 PUBLIC 30.10.2014).

⁴⁰⁷ “É dizer, o incidente carrega consigo questão que, por ser do interesse de muitos, haverá de ser resolvida independentemente do que venha a ocorrer com o procedimento primitivo. O incidente desprende-se do processo de que deriva e ganha autonomia. Vida própria. Logo, sobreviverá ainda que não mais se deseje prosseguir com o processo, a fim de que seja estabelecida a tese jurídica de aplicação geral e vinculante. Especificamente para aqueles que manifestaram desistência. A decisão do incidente será indiferente. Assim, nada obstará a que haja desistência do recurso ou da “ação”. O que não poderá ocorrer é a desistência do incidente em si, por tratar ele de questão que está fora do campo de disposição das partes.” (BARBOSA,

Portanto, e se por conta de expressa previsão legal (art.973, §1º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014), o abandono ou a desistência da causa não impedirão o exame do mérito do IRDR, que será julgado para que o tribunal decida e pacifique a questão jurídica controvertida, parece-nos que, para estes casos, o julgamento não produzirá efeitos relativamente àqueles que expressamente desistiram do prosseguimento da ação ou do recurso.

E não bastaria apenas dizer o óbvio de que tal medida se justifica porquanto o julgamento da lide ou do recurso em si mesmo considerados interessam apenas às partes (relevância *inter partes*), enquanto o IRDR apresenta dimensão supraindividual (relevância *erga omnes*), norteador o julgamento de múltiplas ações ou recursos que discutam idêntica questão de direito.

Deve-se levar em consideração que: (i) o direito individual à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em processos repetitivos com idêntica questão de direito será lesado, porque a suspensão terá gerado mais um prazo morto, adiando a decisão de mérito da lide; (ii) o deferimento de pedido de desistência puro e simples resultaria na inevitável necessidade de selecionar novo processo que apresente a mesma questão de direito, bem como de ouvir novamente eventuais *amici curiae*, partes interessadas e o Ministério Público; e (iii) a necessidade de oficiar novamente os juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária e determinar nova suspensão, sendo certo que a repetição deste complexo procedimento pode vir a ser infinitamente frustrado em face de sucessivos e incontáveis pedidos de desistência.

Assim, e como ocorrerá um “desprendimento” da questão de direito controvertida no IRDR, a ser abstratamente analisada, dos direitos subjetivos controvertidos no caso concreto, deverá o incidente processual ser julgado, mesmo que as partes desistam da ação ou do recurso.

5.5.3. Equiparação a um precedente judicial vinculante

Os últimos mecanismos de padronização das questões jurídicas (o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos e a súmula vinculante) e agora, o IRDR, apontam claramente que, com o intuito de reforçar a vinculação das decisões judiciais, mormente àquelas proferidas pelos Tribunais Superiores, vem se intensificando no Brasil uma aproximação com a doutrina da *stare decisis* (e, com isso, a força obrigatória dos precedentes) do *common law*.

Somos historicamente diferentes dos países do *common law*, e a despeito de todas as distinções que poderiam ser apresentadas, limitaremos a nota distintiva ao fato de que o precedente no *common law* aproxima-se sobremaneira da lei escrita no sistema do *civil law*⁴⁰⁸.

Assim, justifica-se que no ambiente do *common law*, considera-se precedente judicial a decisão com eficácia vinculante para solução de casos posteriores e, dessa perspectiva, teria eficácia semelhante à de norma jurídica. A decisão que não tenha essa eficácia não poderia ser considerada como precedente judicial. Também se sugere que o precedente, na sua acepção restrita, não poderia nem ser identificado com a decisão na sua integralidade, mas, sim, apenas com a parcela dela da qual se extrairia a regra de julgamento para o caso sucessivo (vale dizer a *ratio decidendi* anglo-saxã).⁴⁰⁹

Em nosso ordenamento, o precedente judicial (leia-se, a decisão judicial) conta com a natureza eminentemente interpretativa. Isto é, representa como regra, a interpretação e a aplicação da lei por parte de determinado órgão judicial. É comum que determinado juízo ou tribunal tenha vários “precedentes”, ainda que no mesmo sentido, a respeito de determinado tema. Nossa realidade é a da produção copiosa de jurisprudência.

⁴⁰⁸ Nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier, “nos países do *common law*, os precedentes desempenham o papel de principal pauta de conduta dos cidadãos. Correlatamente, a lei desempenha, nos países de *civil law*, exatamente este papel” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.893, p. 34, mar.2010).

⁴⁰⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.145-146.

Neste cenário, emerge a questão de identificar qual dessas manifestações deveria ser, eventualmente, adotada como paradigma para a decisão de casos futuros. E além disso, o que tornaria aquela específica decisão diferente das demais para a elevar à condição de precedente judicial, com a expectativa de que venha a ser adotada como padrão de decisão em casos análogos.

A resposta à primeira questão decorre de mecanismos processuais de padronização da jurisprudência. Portanto, o que torna a identificação do precedente em nosso sistema depende da criação legislativa de mecanismos de padronização da jurisprudência. Ou seja, continuamos dependendo do legislador em um campo que não seria necessário, que acaba por reputar obrigatórios apenas os precedentes direta ou indiretamente indicados pelo legislador como tais e não aqueles que, pela sua consistência, tenham conseguido alcançar tal *status*. Além disso, acabamos aguardando em um cenário absolutamente confortável, que em meio ao caos jurisprudencial de tribunais intermediários, a padronização do tema parta de um dos tribunais superiores.

Relativamente à segunda questão, ou seja, o que tornaria aquela decisão específica diferente das demais para a legitimar como “o” precedente, e quais os predicados, encontramos na doutrina referências ao seu “núcleo essencial”⁴¹⁰ ou “que verse sobre matéria de direito com o enfrentamento de todos os argumentos,”⁴¹¹ ou ainda, “que tenha autoridade e consistência”⁴¹² para que possa ser então utilizada como padrão na resolução de casos análogos.

Com efeito, os “conteúdos” que se revelam como precedentes, acabam por constituir direito, pois aperfeiçoam o produto do legislativo, dando-lhe plena capacidade de

⁴¹⁰ Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, por exemplo, o precedente judicial corresponderia à decisão cujo núcleo essencial poderia servir de diretriz para solução de casos posteriores análogos (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p.381, vol.2, cap.X, n.1).

⁴¹¹ Para Luiz Guilherme Marinoni, precedente judicial é a decisão “que tenha potencialidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e magistrados, mas que verse sobre matéria de direito e em relação a esta tenha enfrentado todos os principais argumentos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 215-216, cap.III).

⁴¹² Para Evaristo Aragão Santos, na prática, pelo termo precedente, busca-se “designar um pronunciamento judicial que, por uma autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.145).

operar com imperatividade e eficiência social.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “esses conteúdos, a partir de valorizações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei diante das circunstâncias concretas do caso. Só isso é suficiente para ver que os precedentes são, em razão apenas da sua substância, dotados de força obrigatória. Afinal, nessas condições os precedentes integram a ordem jurídica, naturalmente vinculante.”⁴¹³

Não se pode negar que o procedimento do julgamento do IRDR reconhece então, a dinâmica do sistema na formação do precedente judicial com eficácia vinculante:⁴¹⁴ a decisão é formada no IRDR (ao menos como regra) no âmbito regional, sendo que o precedente ali estabelecido será dali em diante aplicado a “todos os processos individuais ou coletivos”, incluindo-se os casos futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região (art.982, I do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

Caso contra essa decisão, pronunciada no IRDR, se interponha recurso especial ou extraordinário, o pronunciamento de mérito de um dos tribunais superiores será então “aplicado a todos os processos individuais ou coletivos que versem idêntica questão de direito” (art.984, §2º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

O problema é que a admissão do IRDR suspenderá, automaticamente, todos os processos pendentes, envolvendo aquela mesma questão jurídica, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

⁴¹⁴ “Poder-se-ia inclusive dizer que este novo instrumento processual tem natureza de um incidente de formação de precedentes vinculantes, tendo em vista que seu rito de funcionamento preconiza a suspensão (imprópria) de todos os processos em curso com vistas à produção de uma única decisão judicial passível de ter a sua *‘ratio decidendi’* estendida aos demais casos análogos. Vale dizer, ao invés de se prolongar por anos a indefinição a respeito do melhor entendimento a ser adotado para resolução de certos conflitos, precipuamente aqueles que são reiteradamente deduzidos em juízo, abre-se caminho à obtenção de uma solução célere, equânime, e razoavelmente aceita pela sociedade. Catalisa-se, então, a sedimentação da jurisprudência.” (BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.484).

Mais do que isso, a suspensão, ao que tudo indica, poderá ser facilmente estendida para todo o território nacional, conforme se depreende da redação do art.979, §3º, o qual estabelece que

visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art.974, inciso II, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão do objeto do incidente já instaurado.

Ainda, a legitimidade para esse requerimento é estendida pelo §5º do art. 979, para todo aquele que seja parte em processo no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente “independentemente dos limites da competência territorial”. Assim, ao que parece, em qualquer recurso excepcional dirigido aos tribunais superiores, uma única pessoa, proveniente de qualquer ponto do território nacional, poderia postular a suspensão de todos os processos no país, quando o seu recurso específico tiver por objeto a mesma questão de direito afetada em IRDR, em algum outro tribunal intermediário.

Diante de tais dispositivos, verifica-se que toda a discussão sobre o tema e a eventual diversidade que poderiam surgir como forma de amadurecer o entendimento em torno daquela questão de direito, é interrompida mediante o deferimento de um simples requerimento, em qualquer recurso de sentido estrito que venha a ser conhecido, proveniente de qualquer tribunal intermediário e por meio de qualquer pessoa que naquele figure como parte.

Com efeito, a suspensão de todos os processos em nível nacional parece medida pouco recomendável.⁴¹⁵ Isso porque, a decisão de mérito do tribunal local já teria seus efeitos automaticamente suspensos, caso contra ela fosse interposto recurso de sentido estrito, o qual independeria até de juízo de admissibilidade na origem. Ou seja, se a simples interposição de recurso especial ou extraordinário já autorizaria a suspensão dos efeitos da decisão no âmbito regional, e se o pronunciamento de mérito dos tribunais superiores definirá a interpretação da questão para todo o país, vinculando os órgãos judiciais a adotá-la a partir de então, a diversidade de entendimentos, nesse período, parece

⁴¹⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.176-178.

ser mais salutar do que maléfica.

A ampla divulgação pelo Conselho Nacional de Justiça (art.976) deveria deflagrar nos demais tribunais intermediários a fixação de seus respectivos entendimentos a respeito do tema, os quais, num momento posterior, serviriam de subsídio obrigatório para os tribunais superiores, quando da pacificação do tema para todo o território nacional.

A perspectiva concreta de padronização deveria fomentar o debate no âmbito nacional e não suspendê-lo, pois “por mais autoridade e preparo técnico que tenham os integrantes das nossas Cortes superiores, a busca da melhor decisão, num regime de Estado de Direito democrático, exige a participação da maioria.”⁴¹⁶

De fato, qualquer mecanismo que se proponha a servir de instrumento para pacificar a interpretação jurídica num ambiente tão extenso e controverso como o nosso país, deveria considerar, na sua essência, um instrumento de exteriorização da orientação do sistema jurídico na sua plenitude, já que, a rigor, toda a sociedade passa a ter interesse no deslinde daquela controvérsia. Por mais que nem todos possam ser afetados diretamente pelo resultado do julgamento em um primeiro momento, passam a ficar inexoravelmente a ela submetidos a partir da pacificação pelos tribunais superiores.

Nessa ordem de ideias, parece fazer total sentido a proposição de Evaristo Aragão dos Santos para que cada um dos tribunais intermediários do país fosse convocado a apresentar, ao tribunal superior, o seu respectivo entendimento sobre o tema em debate, se possível mediante a apresentação de um precedente com caráter regional.⁴¹⁷

Com efeito, formar precedente judicial significa formar uma decisão que surtirá efeitos no presente, entre as partes envolvidas na relação processual que ensejou a decisão,

⁴¹⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.177.

⁴¹⁷ “Do contrário, admitir que o Tribunal “A” decida a questão no seu âmbito regional e que, num momento posterior, mediante julgamento por uma das Turmas do STJ, esse entendimento torne-se obrigatório para todo o território nacional, seria como admitir-se que, no âmbito do Legislativo, algum segmento do Congresso nacional (uma bancada como a paulista, a gaúcha, a dos ruralistas ou qualquer outra)m pudesse aprovar algum projeto de lei, desde que contasse com a apreciação da Mesa Diretora da Casa. Isto é, sem a participação da maioria” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.178).

e também, no futuro, para um contingente indeterminado de destinatários. Daí o cuidado com a consistência técnica da decisão, pois o seu texto, a exposição de raciocínio, a maneira como a questão de direito é apresentada, fundamentada e decidida, são elementos que terão implicações positivas ou negativas na caracterização desse pronunciamento como precedente.

A despeito da tendência moderna das Cortes Superiores assumirem o papel de atuar como “Corte de Precedentes,”⁴¹⁸ é necessário refletir se em nosso país, nossos Tribunais Superiores de fato constroem, aplicam e interpretam adequadamente precedentes ou se nós apenas formamos julgados (decisões isoladas) e a elas atribuímos força de padrão decisório para resolver um problema quantitativo de nosso sistema.⁴¹⁹

Nelson Nery Jr. e Georges Abboud sustentam, antes mesmo do IRDR entrar em vigor, que a regra decisória que será por ele estabelecida, na verdade, funcionará como se a norma viesse pronta e acabada, o que significa dizer, substituindo as alegações das partes, a fundamentação e a problematização da decisão, tornando absolutamente desnecessária a interpretação da lei ou do texto constitucional, assim como o exame das alegações das partes para a resolução dos processos repetitivos sobrestados.⁴²⁰

⁴¹⁸ Nesse sentido, ler, entre todos, Daniel Mitidiero que esclarece que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, comumente comportando-se como cortes reativas de controle, sempre tiveram a tendência de fixar-se na decisão recorrida, deixando de lado os aspectos gerais que envolvem a interpretação do direito e tudo aquilo que avança para além do caso examinado. A jurisprudência, neste caso, é um repertório onde se pode encontrar qualquer peça de apoio à tese que se queria sustentar. E é justamente para evitar essa inconstância que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes proativas e de adequada interpretação da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional. “Uma teoria jurídica que pressupõe que a norma é a interpretação da norma, que todos devem ser tratados de forma isonômica perante o Direito e que é preciso promover a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das normas como condição para que possa existir liberdade de autodeterminação não pode sustentar a inexistência de precedentes vinculantes. Isso porque, sendo o Direito potencialmente indeterminado e paulatinamente precisado pela atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica. Portanto, do ponto de vista institucional, que é justamente aquele que deve ser levado em consideração pelo sistema encarregado de tutelar judicialmente os direitos, o Direito encontra sua expressão na interpretação que é dada à Constituição e à legislação pelas Cortes Supremas a partir de casos concretos”. (MITIDIERO, Daniel, *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.102-107).

⁴¹⁹ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 267.

⁴²⁰ “A atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores bem como o incidente de demandas repetitivas previsto no novo CPC não pretendem constituir parâmetro argumentativo para as partes apresentarem suas razões jurídicas, muito menos como fundamentos normativos para o magistrado problematizar e alcançar sua legislação, mediante uma ponderação dos fundamentos jurídicos postos no caso

A funcionar desta forma, corre-se um grande risco da decisão perder a sua autoridade e não ser respeitada pelos órgãos hierarquicamente inferiores, quer pela fragilidade dos seus fundamentos, quer pela análise menos atenta da questão jurídica posta em debate. E ao se rebelarem contra a sua aplicação, poderão dela discordar deliberadamente ou, menos explicitamente, forçando a distinção entre o caso presente e a orientação precedente.

5.5.4. IRDR vs. ações coletivas

Não se pode negar que o IRDR produz efeitos coletivos; a uma, porque afeta a uma constelação de pessoas que se encontram envolvidas em litígios que giram em torno da mesma questão jurídica, inclusive com a suspensão obrigatória dos respectivos processos individuais; e a duas, porque como a decisão do Tribunal será dotada de eficácia externa no tocante à razão de decidir da questão de direito controvertida, pode-se vislumbrar para o IRDR verdadeira força de precedente vinculante.

Assim, a importância do IRDR frente às ações coletivas parece emergir na medida em que delinea parcialmente os limites de eficácia das demandas supraindividuais e apresenta soluções alternativas de conflitos coletivos⁴²¹.

Com efeito, são institutos que conviverão, e a primeira distinção importante que se pode destacar entre as ações coletivas e o IRDR, é que enquanto as primeiras não necessariamente produzem efeitos externos, no IRDR é diferente.

concreto. Pelo contrário, a decisão dotada de efeito vinculante almeja constituir-se como regra decisória de uma multiplicidade de casos concretos, ou seja, como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional, de modo que se tornaria despicando que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer-se à interpretação da lei e à Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas. Vale dizer, o *stare decisis* à brasileira é encarado muito mais como um instrumento para a gestão de processos nos Tribunais Superiores do que um mecanismo apto a privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento". (NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis* vs. direito jurisprudencial. In FREIRE, Alexandre [et.al] (coords.) *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.507).

⁴²¹ FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.11.

Conforme já destacamos nos itens 2.3.2. e 2.3.4, o modelo nacional de ações coletivas não retira do titular de direito material a legitimação para propor a sua própria ação individual, tenha ou não sido instaurado um processo coletivo. Além disso, não necessariamente os efeitos da decisão proferida na ação coletiva se projetarão para fora do processo, alcançado os titulares do direito material, a depender tal extensão dos seguintes fatores: (i) que o autor individual, acaso esteja em curso processo individual, requeira a sua suspensão; e (ii) que a decisão coletiva seja favorável.⁴²²

Portanto, com relação às ações coletivas que buscam a tutela de direitos individuais homogêneos, o microsistema processual coletivo apenas prevê a eficácia *erga omnes* às decisões de procedência do pedido.

Para estes casos, a coisa julgada *erga omnes* torna imutável o dispositivo da decisão de procedência, favorecendo todos aqueles interessados abrangidos pela substituição processual do legitimado extraordinário. Sequer é possível ao juízo de eventual processo individual decidir de forma diferente daquela consignada na decisão transitada em julgado, sob pena de violação à coisa julgada material. Por tal motivo é recomendado o transporte in *utilibus* da decisão para os processos individuais já ajuizados.

Assim, verifica-se que a eficácia vinculante da decisão oriunda do julgamento do IRDR é bem mais intensa do que a coisa julgada formada nas ações coletivas que julgam direitos individuais homogêneos. A tese jurídica fixada no IRDR, na verdade, configura um precedente judicial com eficácia *pro et contra*, isto é, atinge os processos repetitivos (individuais, coletivos, pendentes e futuros) qualquer que seja seu resultado, favorável ou desfavorável.

Portanto, e ao contrário das ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, na qual a legislação processual brasileira atribui eficácia *erga omnes* apenas

⁴²² Sendo desfavorável o resultado da ação coletiva, os autores individuais que requereram a suspensão dos seus processos, para aguardar o desfecho daquela, prosseguem com suas ações próprias e aqueles que não haviam ajuizado ação poderão fazê-lo, já que não há o obstáculo da coisa julgada. Sendo favorável a decisão, ela servirá como título para a liquidação dos prejuízos individuais e posterior execução. (BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.491.

às decisões de procedência e das ações coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos, em que se oferece, respectivamente, coisa julgada com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes pro et contra*, salvo quando for de causa de improcedência por insuficiência de provas, verifica-se que no IRDR não somente a decisão favorável, mas também a desfavorável, alcançará com força vinculante todos os processos repetitivos.

Justamente porque a decisão de mérito desfavorável proveniente do IRDR será aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é que seria recomendável que o sistema assegurasse o devido processo legal, em especial, o princípio do contraditório aos litigantes que certamente serão abrangidos pela decisão do IRDR. Nesse ponto, e a crítica que se faz, é que se poderia garantir a observância desses princípios constitucionais, por meio do controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo.⁴²³

Mas não só isso, existe uma violação também ao direito fundamental de ação, já que o texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, ao tratar do procedimento do IRDR, não contemplou os sistemas de *opt-in* e *opt-out*.

Se a ideia era vincular todos os processos à decisão do IRDR, inclusive em caso de decisão desfavorável, e mesmo sem qualquer requerimento dos litigantes nesse sentido, era recomendável que tivesse sido ao menos concedido expressamente aos litigantes, o direito de autoexclusão (*opt-out*).

Além disso, e outra relevante distinção a ser apontada entre o IRDR e as ações coletivas, refere-se à limitação territorial da eficácia *erga omnes* da coisa julgada proveniente das ações coletivas que tutelam os direitos individuais homogêneos e o efeito vinculante da decisão proferida no IRDR.

Conforme já destacamos, a despeito do art. 16 da LACP estabelecer que a decisão fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, tal dispositivo é considerado inconstitucional e ineficaz, de modo que deve

⁴²³ Sobre o controle da representatividade adequada, ler, entre todos, GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Rio de Janeiro: GZ. Ed., 2012.

prevalecer a interpretação de que não haverá limitação territorial para a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em ação civil pública.⁴²⁴

Por sua vez, o art.982, I do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, estabelece limites territoriais ao efeito vinculante da tese jurídica a ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito no IRDR. De acordo com o dispositivo, o efeito vinculante fica restrito aos processos repetitivos que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive juizados especiais do respectivo estado ou região.

Neste caso, não há que se falar em ineficácia ou inconstitucionalidade da limitação imposta ao efeito vinculante da decisão, pois em se tratando de IRDR não existem efeitos *erga omnes*, uma vez que sequer incide a coisa julgada material sobre a decisão do aludido incidente processual e mais, tal decisão poderá ser revista, desde que tomados os cuidados enunciados pelo art.925, §§2º e 4º, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.⁴²⁵

A decisão que emanar do IRDR será, portanto, ineficaz em relação aos processos repetitivos em tramitação fora do âmbito de competência do tribunal prolator da decisão. Somente se interpostos recursos excepcionais contra a decisão que julga o IRDR é que a tese jurídica, se apreciada pelo STF ou STJ, poderá ser aplicada a todos os processos repetitivos que versem questão jurídica idêntica em todo o território nacional.

Um terceiro aspecto a ser destacado, é que não se poderá alegar existência de litispendência entre as ações coletivas e o IRDR. O IRDR tem natureza jurídica de

⁴²⁴ Conforme já destacamos no item 2.4.4., o referido dispositivo é inconstitucional por ferir o direito de ação, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da limitação ter sido criada por meio de Medida Provisória n. 1.570-5/7, sem que o Congresso Nacional examinasse a presença dos pressupostos constitucionais (relevância e urgência) previstos no art.62 da CF. Além disso, é também considerado ineficaz, uma vez que não se alterou o art.103 do CDC, que integra o microssistema processual coletivo e continua aplicável às ações coletivas por força do art. 21 da LACP.

⁴²⁵ “ Art.925 (...)

§2º. A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

(...)

§4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

incidente processual, e as ações coletivas que buscam tutelar direitos individuais homogêneos ficam sujeitas ao regime jurídico do IRDR. Assim, nos termos do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014: (i) as questões de direito discutidas nos processos coletivos repetitivos podem ser, igualmente, examinadas coletivamente no âmbito do IRDR (art.982, I); (ii) os processos coletivos repetitivos ficarão sobrestados até que o tribunal fixe a tese jurídica (art.979, inciso I); e (iii) a tese jurídica será aplicada vinculativamente às ações coletivas futuras (art.982, II).

Por fim, enquanto as decisões de mérito proferidas nos processos coletivos são alcançadas pela coisa julgada material, e por esta razão, somente poderão ser rediscutidas nas hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 495 CPC), no IRDR, e como o instituto tem natureza de incidente processual, a decisão de mérito ali proferida tem apenas natureza de decisão interlocutória, não revestida pela autoridade da coisa julgada. Dessa forma, fixada a tese jurídica pelo tribunal competente e não ocorrendo a interposição de recursos, incide apenas a preclusão.

A decisão proferida no IRDR poderá ser objeto de revisão, nos termos do art. 983 do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

Assim, não se pode confundir a rescindibilidade da decisão transitada em julgado (ação coletiva) com a revisão da tese jurídica (IRDR). No primeiro caso, supera-se o óbice da coisa julgada para que a decisão seja anulada ou revogada pelo juízo rescindendo, sobrevivendo, na maioria das vezes, um novo julgamento do caso concreto pelo juízo rescisório. No caso do IRDR, ao ser revista, a decisão proferida não é anulada ou revogada, mas apenas superada por uma nova decisão que passa o entendimento aplicável aos processos repetitivos pendentes ou futuros, isto é, aqueles não julgados definitivamente. Frise-se que a nova decisão não tem o condão de atingir os processos repetitivos já resolvidos por decisões transitadas em julgado. Não interfere, portanto, nas lides já definitivamente resolvidas.

5.5.5. Controle da decisão que julga o IRDR

Contra a decisão que julgar o IRDR caberá recurso especial ou recurso extraordinário (art.984 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em

04.12.2014), conforme a matéria discutida, a ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou como fiscal da lei.

A parte que tiver o seu processo suspenso poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o IRDR na condição de terceiro prejudicado.⁴²⁶

Diferente da regra geral, tais recursos devem obrigatoriamente ser recebidos no efeito suspensivo e portanto, a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR em Tribunal de Justiça ou em Tribunal Regional Federal somente poderá ser aplicada aos casos concretos quando não houver a interposição de recursos excepcionais. Se, por outro lado, for interposto recurso, o tribunal local ou o regional devem remetê-lo para julgamento ao Tribunal Superior competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida, se for o caso de interposição de recurso extraordinário (art.984,§1º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

Com efeito, tais recursos excepcionais poderão gerar a continuidade da suspensão dos processos individuais e, ainda, estender tal suspensão a todos os processos em curso no território nacional, a pedido dos legitimados (parte, Ministério Público e Defensoria Pública), visando à garantia da segurança jurídica (art.979,§3º do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014). A suspensão dos processos na forma desses dispositivos depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um Estado ou região.⁴²⁷

Julgados no mérito, a tese jurídica firmada no STJ ou STF deverá ser aplicada a todos os processos repetitivos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional (art.984, §2º), inclusive àqueles que têm andamento nos juizados especiais.

⁴²⁶ Enunciado n.94, aprovado pela plenária do II Encontro dos Jovens Processualistas do IBDP.

⁴²⁷ Enunciado n.95, aprovado pela plenária do II Encontro dos Jovens Processualistas do IBDP.

No tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de IRDR ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão (art.975, parágrafo único do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

5.5.6. Aplicação da tese fixada no IRDR aos casos concretos – sobrestados e futuros

Com o julgamento do incidente, é fixada tese jurídica que deverá ser aplicada a todos os casos suspensos (processos individuais ou coletivos) e, também, aos casos futuros, que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, inclusive àqueles que têm andamento nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art.982, I e II do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

A aplicação da tese jurídica aos processos em tramitação nos juizados especiais do respectivo Estado ou região é inconstitucional. O STF já decidiu, diversas vezes, que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais.⁴²⁸ Ou seja, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. Por esta razão, a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais viola o texto constitucional.

Como já se destacou, no IRDR, a tese jurídica sobre as questões de direito é discutida abstratamente, para depois ser aplicada concretamente. Portanto, acredita-se que haverá aqui, um espaço para que o juiz aplique a técnica do *distinguishing*, ou seja, para fazer a distinção do caso sob julgamento em face do caso que abriu e, em tese, abre a oportunidade para aplicação do precedente, podendo rejeitar a sua aplicação mediante decisão fundamentada que aponte com clareza as distinções.

⁴²⁸ Nesse sentido, as seguintes decisões: STF, Tribunal Pleno, RE 586789/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, DJe-039, Divulg. 24.02.2012, Publi. 27.02.2012; STF, Tribunal Pleno, CC 7081/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.08.2002, DJ 27.09.2002, PP 00117.

Relativamente aos casos sobrestados, após o julgamento do IRDR, cabe aos juízos das causas repetitivas sobrestadas proferir, em cada um delas, uma nova decisão, partir da qual o entendimento fixado no incidente será aplicado ao caso concreto.

Se a demanda estiver tramitando no juízo de primeiro grau, com o réu ainda não citado, e os pedidos ali versados contrariarem o entendimento firmado na decisão de mérito do IRDR, será hipótese de improcedência liminar do pedido (art. 330, III do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014),

Se, ao contrário, o pedido estiver alinhado com a decisão de mérito firmada no IRDR, e as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente, poderá ser concedida pelo juiz a tutela da evidência (art.309, II, do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014). Concedida ou não a tutela da evidência, o réu terá de ser citado, seguindo-se normalmente o procedimento para, somente ao final, a causa ser definitivamente julgada à luz do entendimento consagrado no IRDR.

Nesta hipótese, o réu será citado e o recurso poderá ser julgado monocraticamente pelo relator, a quem se permite: (i) negar seguimento ao recurso quando fundado em argumento contrário à tese firmada no referido IRDR, ou (ii) dar provimento imediato ao recurso quando este fundar-se exatamente na tese jurídica firmada no IRDR, conforme o disposto no art. 930, incisos IV e V, ambos com a alínea “c” do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

O mesmo procedimento será aplicado às demandas ajuizadas após o julgamento do IRDR e que vierem a tramitar no território de competência do tribunal prolator da decisão (causas futuras), desde que, obviamente, as referidas demandas envolvam as mesmas questões de direito resolvidas pelo IRDR (art.983 do texto aprovado pela Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

A preocupação, portanto, é evitar que os precedentes judiciais formados a partir do IRDR simplesmente obriguem o juiz a se tornar mero reprodutor automático do

entendimento dos Tribunais Superiores,⁴²⁹ ou implique a transposição de uma decisão de forma acrítica e automática, tendo em vista que, em certos casos, as peculiaridades do conflito deduzido em juízo podem ser tais que ensejem o afastamento da jurisprudência dominante em prol de uma análise particular da demanda.

Por fim, caso o IRDR tenha por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado (por exemplo, serviços de telefone móvel), o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou à agência reguladora competente (Anatel, por exemplo) para fiscalização do efetivo cumprimento da decisão por parte dos entes sujeitos a regulação (art.982,§2º do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

5.5.7. Controle da decisão que aplica a tese fixada no IRDR aos casos concretos – sobrestados e futuros

Com o julgamento em definitivo da tutela jurídica, e assim atingido o objetivo do IRDR, todos os juízes da respectiva jurisdição prolatora da decisão devem adotá-la, estabelecendo o art. 982, sanção para o descumprimento da tese adotada, com a possibilidade de reclamação para o tribunal competente, cujo processamento será regulamentado nos termos do Capítulo XIX do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014.

Deste modo, o juízo no qual tramita o processo repetitivo deve proferir a decisão de mérito (sentença ou acórdão, a depender da localização do processo suspenso), aplicando o entendimento firmado no julgamento do IRDR.

Contra esta decisão de mérito no processo repetitivo, caberá recurso de apelação ou o recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, além de ser passível a

⁴²⁹ Com certo exagero, a opinião de J. E. Carreira Alvim, “O precedente judiciário não chega a constituir, como se afirma, o túmulo do direito, mas, do ponto de vista da dinâmica da interpretação da lei, não deixa de ser uma cova suficientemente funda onde faz jazer o direito interpretado, porque, a partir do precedente, os próprios juízes, até pela lei do menor esforço, não se mostram dispostos a repensar as decisões que geraram o precedente” (ALVIM, J. E. Carreira. *Manual do novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2012, p.12, vol.5).

reclamação, nos termos do art. 985, IV do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014). Vale destacar que os embargos de declaração serão sempre cabíveis contra qualquer decisão judicial, desde que interpostos com finalidade de esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou de questão sobre os quais devia se pronunciar o órgão jurisdicional de ofício ou a requerimento; e corrigir erro material.

A sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público; ou a que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal da Fazenda Pública, continua sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório (remessa necessária), não produzindo efeito senão depois de o tribunal confirmar a decisão (art.493, I e II, do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014).

Entretanto, o art. 493, §3º, III do texto aprovado na Comissão Especial do Senado Federal em 04.12.2014, excepciona tal regra, e estabelece que a sentença, apesar de proferida contra a Fazenda Pública, não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, quando fundada em entendimento firmado em IRDR.

A revisão da tese jurídica fixada poderá ser suscitada pelos legitimados, nos termos do art.983 do texto aprovado na Comissão Especial do Senado em 04.12.2014. Conforme já se destacou, o IRDR, enquanto incidente processual apresenta uma decisão de natureza interlocutória, não revestida pela autoridade de coisa julgada.

Assim, a modificação do entendimento sedimentado somente poderá realizar-se incidentalmente, no julgamento do recurso ou na causa de competência originária do Tribunal (art. 925, §§2º e 3º do texto aprovado na Comissão Especial do Senado em 04.12.2014).

Ocorre que, conforme já destacado, quando a demanda possuir pedido que contrarie o entendimento firmado no IRDR, o juiz, independentemente citação do réu, deve julgar liminarmente improcedente o pedido (art.330, III do texto aprovado na Comissão Especial do Senado em 04.12.2014). Portanto, e para obter a revisão da posição sedimentada no IRDR, a parte interessada deve interpor o recurso de apelação para o

tribunal. Em seguida, qualquer dos legitimados previstos no art.974, II, pode requerer ao presidente do tribunal a revisão do entendimento fixado no IRDR.

Tudo o que se disse acima não vale para a hipótese de o STF e/ou o STJ terem firmado, em sede de recurso especial e/ou extraordinário, o entendimento que se pretende revisar. Logicamente, não poderia um tribunal local e/ou regional revisar a posição fixada por um dos tribunais superiores no julgamento do recurso extremo interposto contra a decisão de mérito do IRDR. Nesse caso, a necessidade de alteração do entendimento sedimentado somente pode ser arguida, incidentalmente em fase de recurso especial e/ou extraordinário eventualmente interposto por meio de requerimento ao presidente do STJ ou STF.

Para modificar a decisão, não basta o simples requerimento, mas de acordo com o art.925, §4º a modificação da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Da mesma forma como acontece com a fase instrutória do IRDR, a decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado pode ser precedida de audiências públicas e da participação do *amicus curiae*, isto é, de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir com a rediscussão da tese (art. 925,§2º).

Caso o tribunal entenda pela alteração da decisão com eficácia vinculante, pode deliberar por modular os efeitos da decisão que vier a superar o entendimento anterior considerando como balizas o “interesse social” e a “segurança jurídica” (art.925,§3º).

NOTAS CONCLUSIVAS

1. Qualquer que seja a premissa a ser adotada, parece haver uma linha suficientemente clara, e quase consensual, no sentido de que o atual processo brasileiro é um procedimento ineficiente e moroso, em constante busca para cumprir com as expectativas da garantia constitucional da razoável duração do processo, que deve conformar sua concretização.

2. Afirma-se que o excesso de demandas teve como origem histórica o momento da conscientização da cidadania emergente da consagração de princípios fundamentais na Constituição Federal (1988), na consolidação de institutos como os Juizados de Pequenas Causas (1984) e na edição da Lei de Ação Civil Pública (1985). Paradoxalmente, desde os primeiros momentos em que se percebeu um aumento da litigiosidade, verificou-se, por outro lado, a diminuição da capacidade estatal de expandir os serviços de administração da justiça.

3. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, passa não apenas a conferir, ao lado da tutela repressiva (lesão), a tutela preventiva ou inibitória (ameaça a direito), mas principalmente a alargar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário aos novos direitos e interesses transindividuais, ampliando a compreensão clássica do processo tradicional da *legitimatío ad causam* ativa.

4. Quer se dizer que apenas por ficção jurídica o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social, assumida a natureza indivisível do objeto, ou, a rigor, a multiplicidade de objetos, que pertencem a cada um dos interessados (indeterminados em um primeiro momento), fossem tais direitos tratados de modo coletivo, ou seja, permitindo que se lhes aplicassem também todas as regras do microssistema processual coletivo (CDC e LACP), seja para dar maior efetividade ao direito material invocado evitando-se decisões contraditórias, seja por economia processual.

5. Assim, e para que fosse possível tratar dos direitos acidentalmente coletivos, a legitimação passou a ser extraordinária, na espécie de substituição processual, em razão de a parte material ser substituída, na relação jurídico processual, pelo legitimado coletivo.

6. Com isso, não se pode negar que o processo transmuda-se em importante instrumento viabilizador do acesso à Justiça, e portanto, cada uma das dimensões do direito (individual ou coletivo) deve encontrar no sistema processual a segurança da existência de mecanismos capacitados e aptos a cumprir com o seu papel de entregar a tutela jurisdicional, e também de pacificar conflitos.

7. Portanto, e se inicialmente a crise do Judiciário centrou-se em universalizar o acesso à Justiça (fortalecimento das Defensorias Públicas e a institucionalização dos Juizados de Pequenas Causas), uma nova fase de reformas se impõe, desta vez com foco em uma reforma estrutural, através da introdução de medidas que proporcionem a alteração de métodos de trabalho, uma melhor e mais eficaz gestão de recursos e uma eficiente articulação dos tribunais com os serviços complementares da justiça, tudo para dar resposta ao crescimento exponencial das demandas, especialmente, as repetitivas.

8. Destacam-se entre as causas que potencializaram o aumento da litigiosidade desenfreada: as de natureza econômica (inflação atual ou residual, que tem gerado inúmeros processos, principalmente a respeito dos índices de atualização; as crises econômicas que geram demandas ligadas à inadimplência); as de natureza política (utilização do direito como instrumento de governo, como ocorre na implementação de planos econômicos e a expansão do direito, fenômeno que vem sendo constatado pelos cientistas políticos em todo o mundo); as de natureza processual (inadequação e formalismo exagerado dos processos e procedimentos, bem como o excesso de recursos); as de natureza sociopolítica (inexistência na sociedade de sistemas eficazes de solução extrajudicial de conflitos, urbanização da população, massificação das relações de consumo, etc.); e por fim, as de natureza organizacional (insuficiência da infraestrutura pessoal e material em relação ao volume e às exigências dos serviços judiciais).

9. Percebe-se que qualquer estudo mais aprofundando que se busque fazer sobre aspectos relevantes que compõem o perfil do Poder Judiciário, esbarram na ausência de histórico e informações, considerando que não foi possível implementar, até o presente momento, uma linguagem terminológica para catalogar as classes e assuntos referentes aos processos judiciais, além de não existir um sistema integrado que comporte informações de todos os tribunais. Com isso, e sem um diagnóstico preciso e confiável, restam prejudicadas todas as estratégias oferecidas para lidar com tantos litígios.

10. Como dados de realidade, atualmente, o país tem 95,14 milhões de processos em andamento na Justiça, sendo que 70% (66,8 milhões) já estavam pendentes desde o início de 2013, com ingresso no decorrer do ano de 28,3 milhões de casos novos (30%). De cada 100 ações judiciais que tramitaram em 2013, apenas 29 conseguiram uma sentença, no período. Cada magistrado é responsável por 6.041 processos, mas conseguiu julgar, em média, 1.684 processos. Verificou-se que a alta taxa de congestionamento foi registrada nos processos de execução fiscal (91%), ou seja, de cada 100 execuções fiscais que tramitaram no ano de 2013, apenas 9 foram baixadas nesse período. Caso fossem retirados todos os processos de execução fiscal do Poder Judiciário, a tramitação processual passaria de 95,1 milhões (2013) para 63,9 milhões de processos.

11. Apesar do grave cenário das execuções fiscais, e mesmo descontando-se o peso que elas representam na estrutura judiciária, é fato que a taxa de congestionamento segue elevada, sendo necessária a sua redução para que se ultrapasse esse patamar mínimo de produtividade no enfrentamento à demanda, cujo ideal a ser atingido é que o Poder Judiciário tenha estrutura para enfrentar todos os processos que derem entrada naquele mesmo ano, para que a conta seja zerada, não havendo que se falar, assim, em morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

12. Além destas questões internas e o volume numérico de processos que assolam o Poder Judiciário, aponta-se como fatores determinantes anteriores à judicialização, ou seja, como causas externas do controle do Poder Judiciário, mas que também contribuíram para o aumento da litigiosidade: a) a ampliação dos meios de comunicação e na divulgação de informação em massa através das redes sociais, estimulando a reivindicação de direitos; (b) o desenvolvimento de novas tecnologias e a oferta de novos produtos, ampliando as relações de consumo (*e-commerce*); (c) a concessão de gratuidade da justiça aos que não teriam condições de arcar com as despesas para movimentar o Judiciário, que passam a não mais a renunciar aos próprios direitos; (d) a deficiência da divulgação de outros meios de autocomposição de litígios para estimular as partes envolvidas a colocar, em segundo plano, de forma subsidiária e residual a via judicial, inclusive os Juizados Especiais; (e) o excesso de advogados e a postura beligerante assumida por alguns, e a ausência de familiaridade técnica com os litígios de massa demonstrada por outros tantos; e por fim (f) o desprestígio da esfera administrativa para atuar na resolução de conflitos.

13. Canalizar todos os conflitos ao Poder Judiciário, além de configurar uma irracionalidade, acarreta graves impactos na sua estrutura, carente de recursos humanos e técnicos relacionados à informatização, admitindo-se que o sistema ofereça - para não colapsar - a solução gerencial denominada de “julgamento por lote”, por meio do qual, lotes de mais de mil processos cadastrados sob o mesmo assunto são julgados simultaneamente, proferindo-se uma sentença padrão, que reflete o posicionamento do julgador sobre a tese de direito suscitada. E não se sabe o que é pior, pois quando isso não ocorre, existem grandes chances de vir a ser sedimentada a instabilidade jurisprudencial nos Tribunais, em total afronta ao princípio da isonomia e da segurança jurídica.

14. Entre os maiores litigantes, aponta-se que a Administração Pública direta e indireta figura como a grande vilã da proliferação dos processos repetitivos. Diante desta constatação, verifica-se que existe um grande desequilíbrio na estrutura judiciária, pois aqueles que mais a movimentam, são aqueles que foram, por opção política, isentos de arcar com as taxas judiciárias.

15. Com efeito, a latente preocupação com a morosidade da máquina judiciária contribuiu para o diagnóstico de que o aumento exponencial das demandas convergem para o contencioso de massa, em primeira instância, ou seja, a milhares de ações em trâmite no território nacional, que versam sobre a mesma questão jurídica.

16. Assim, verifica-se que as demandas individuais e coletivas, passaram a conviver com as demandas repetitivas, e com elas a dividir os mesmos instrumentos processuais, adaptando-os diante da ausência de um microsistema processual próprio.

17. Tecnicamente, pode-se classificar a existência de três grandes grupos de litígios na atual sociedade brasileira: (a) a litigiosidade individual: versa sobre questões de fato e/ou direito peculiares e isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: versa sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; (c) a litigiosidade repetitiva: envolve prioritariamente os direitos individuais homogêneos levados à juízo por meio da pulverização de demandas individuais e repetitivas que versam sobre questões de direito e/ou fáticas de origem comum e homogêneas.

18. E nessa ordem de ideias, apurou-se que o sistema costuma trabalhar com certa eficiência quantitativa, de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, tudo com a finalidade de aumentar a estatística de casos “resolvidos”, a bater as metas de eficiência estabelecidas pelo CNJ no “processômetro”.

19. Portanto, e a primeira premissa que se pode inferir é que a litigiosidade desenfreada está intimamente relacionada às demandas repetitivas, que quando pressupõem a tutela de direito individual homogêneo, poderiam (na verdade, deveriam) ser tratadas através de um único processo coletivo.

20. A segunda premissa, é que já que tais demandas chegaram ao Judiciário de forma individualizada, urge a cristalização da jurisprudência, para resolver de forma imediata tais processos que aguardam decisão e sobrecarregam a estrutura, e com isso, atingir a expectativa de trazer maior segurança jurídica ao cenário dos conflitos de massa, porque além de evitar decisões antagônicas para pessoas que se encontram em uma mesma situação jurídica, passará a existir uma harmonização de julgados que permitirá às partes deixar o paradigma de arriscar uma vitória com base no atual contexto de uma jurisprudência volátil e instável, por vezes, considerada lotérica.

21. Relativamente à primeira premissa, buscou-se então, compreender, por que a alternativa das ações coletivas acabou sendo considerada “secundária” na tutela dos direitos individuais homogêneos, optando-se, preferencialmente, pela propositura das ações individuais. Sobre a segunda premissa, verificou-se que o sistema reagiu com mecanismos processuais que estabelecem técnicas de julgamento molecular – que geram efeitos a múltiplas demandas individuais que tratam da mesma controvérsia fática ou jurídica - na tentativa de julgar a maior quantidade de casos na menor velocidade possível, bem como de evitar a divergência jurisprudencial, que se mostra ainda mais transparente, e por isso, inadmissível, no contexto das demandas repetitivas.

22. Entre vários outros motivos que a doutrina aponta como determinantes para a ineficiência das ações coletivas, destacamos como relevantes a inexistência de litispendência entre as ações coletivas e individuais, que decorre do art.104 do CDC, permitindo a coexistência das ações, caso o interessado não opte pela suspensão do

processo individual para aguardar o resultado no processo coletivo, inclusive com a possibilidade de resultar em decisões contraditórias.

23. Agregue-se a tal fato, que a opção legislativa estabeleceu que o regime da coisa julgada, poderá beneficiar, jamais prejudicar, os direitos individuais. Eis aí a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva 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 o legitimado extraordinário, 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. Em suma, as demandas individuais podem ser propostas em qualquer caso de improcedência.

24. Além disso, verifica-se que a legitimação *ope legis* impede que o juiz possa perquirir sobre a existência da adequada representação, e com isso, autorizar a suspensão dos processos individuais e a eficácia *erga omnes* da decisão de mérito independente do seu resultado. Da mesma forma, aparece como incongruente a opção política de vedar o uso das ações coletivas quanto a matérias naturalmente candidatas à litigiosidade repetitiva.

25. Por todas essas relevantes razões, se implicitamente pode-se reconhecer que as ações coletivas falharam no intuito de conter os litígios de massa, a outra alternativa que se apresentou como uma tentativa de gerenciar as demandas repetitivas, e que decorre dos mecanismos processuais voltados a operar como uma diretriz para o julgamento de casos análogos, também não parece ser suficiente.

26. O ponto de identidade de todos os mecanismos processuais que abordaremos, é tentar conter o fenômeno da “pulverização de interesses” diante da percepção de uma existência fática de similitude. Deve-se buscar a consecução do complexo valorativo da: igualdade, efetividade e segurança jurídica, possibilitando o tratamento molecular das ações pela afinidade da questão jurídica debatida, de sorte que todas possam receber

análoga solução, de acordo com o enunciado na súmula aplicável ou sinalizado em jurisprudência dominante.

27. Algumas técnicas estabelecem procedimentos de uniformização de jurisprudência em relação a questões de origem comum, é o caso: do incidente de uniformização de jurisprudência interna de Tribunais, previsto nos arts. 476 a 479 do CPC; o mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial (Lei n.10.352/01, que acrescentou o §1º ao art. 555 do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais previsto no art.14 Lei n. 10.259/2001; e a súmula vinculante do STF decorrente de reiterados julgados sobre matéria constitucional, prevista no art. 103-A da CF/1988 (introduzido pela EC 45/2004).

28. Outras técnicas, por sua vez, estabelecem procedimentos de julgamento coletivo de recursos que abordam questões comuns, e são assim classificados porque têm como característica primordial o sobrestamento de recursos que tratem da mesma matéria até pronunciamento definitivo sobre a questão comum pelo órgão *ad quem*: o julgamento “por amostragem” dos Recursos Excepcionais Repetitivos (Lei 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-B e 543-C ao CPC).

29. Por fim, destacam-se ainda procedimentos considerados inibidores de demandas repetitivas, através da ampliação dos poderes do juiz de primeiro grau, como a sentença liminar de improcedência contida no novel do art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei Federal n. 11.277/2006 e a súmula impeditiva de recursos (Lei n. 11.276/06, que acrescentou o art. 518,§1º ao CPC).

30. A percepção no sentido de que as ações coletivas não diminuiriam ou desmotivaram o ajuizamento de litígios individuais, é também compartilhada por outros ordenamentos jurídicos que desenvolveram novas técnicas para a resolução em bloco dos conflitos. Tais regras também têm, por premissa, racionalizar os julgamentos das causas repetitivas, agilizar o resultado e evitar o grande mal da divergência jurisprudencial, com o que se alcança a desejável e indispensável isonomia entre as pessoas que se encontrem no mesmo contexto fático-jurídico.

31. Nos Estados Unidos, a experiência das *class actions* nos mostra que é possível aceitar um procedimento no qual uma única pessoa ou um pequeno grupo de pessoas

representem em juízo um grupo maior ou uma classe de pessoas, desde que tenham entre si, interesses comuns de fato ou de direito, mediante a certificação do pré-requisito da representatividade adequada. Este seria o fundamento que justifica os efeitos de uma decisão coletiva alcançar todos os membros, independentemente do resultado (procedência ou improcedência). A única exceção admitida é restrita às hipóteses de os membros da classe exercerem o direito de não participar do julgamento coletivo, por meio de expresse requerimento (*opt-out*), que é restrito apenas às *class actions for damages*.

32. Na Inglaterra e no País de Gales, os litígios coletivos podem ser discutidos através de dois principais mecanismos processuais: (a) *representative actions* (processos por representação) e (b) as *group litigation orders - GLO* (ordens de litígio em grupo). A diferença entre os dois sistemas é que, na *representative actions* não há possibilidade de exercer o direito de exclusão (*opt-out*), enquanto que para participar no incidente coletivo da *GLO*, exige-se o requerimento expresse do interessado (*opt-in*), mas se ultrapassado o prazo para a opção (*cut off date*), não haverá prejuízo ao indivíduo fora do sistema da *GLO*. Um dos grandes problemas relacionados às *representative actions*, que as tornaram pouco utilizadas, é o fato do termo “interesses comuns” ter sido interpretado restritivamente, frustrando a utilidade da regra para obter a proteção do tipo ressarcitória. A *GLO*, por sua vez, autoriza o Tribunal, quando identificar a real ou a potencial multiplicidade de demandas, de ofício ou a requerimento da parte, conceder uma ordem de litígio em grupo, determinando a coletivização do processamento e do julgamento de ações individuais que apresentem questões comuns de fato ou de direito.

33. Na Alemanha, verifica-se que o ordenamento processual possui poucas e esparsas leis sobre a tutela coletiva, já que muitas questões são resolvidas na esfera administrativa. Ainda não há um procedimento que autorize o ajuizamento de ação coletiva voltado para as providências condenatórias em relação às obrigações de pagar, o que vem sendo reclamado pela doutrina alemã. Neste contexto, surge o *Musterverfahren* (procedimento-modelo), em que o juízo, de ofício ou por meio de requerimento feito pelo autor ou réu de um dos processos repetitivos, instaura o processamento de um incidente processual coletivo, provocando a atuação de um tribunal de hierarquia superior, que será responsável por fixar entendimento sobre questões comuns de fato ou de direito, para resolver em bloco, uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação. Autoriza-se ao autor da demanda repetitiva apenas exercer, sem o consentimento

do réu, no prazo de um mês contado da comunicação da decisão que suspendeu seu processo, o direito de pedir a desistência da demanda individual, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão-modelo (*opt-out*).

34. No caso da Itália, a tutela jurisdicional coletiva tinha forte caráter inibitório, com o objetivo maior de tentar impedir a concretude do ato ilícito. Somente em dezembro de 2007 foi introduzido o art.140-bis ao Código do Consumidor Italiano, permitindo a tutela jurisdicional coletiva ressarcitória. Mas o novo dispositivo legal restringiu essa possibilidade às hipóteses expressamente tipificadas no código consumerista.

35. Em Portugal, a partir de 2006, e pensando em aprimorar o atendimento de consumidores na Justiça, foi instituído um regime processual experimental, autorizando a técnica da “agregação”, que não se confunde com o apensamento ou a reunião de causas decorrentes de uma conexão, mas que autoriza que processos sejam transitoriamente reunidos, para que um ou alguns atos sejam praticados conjuntamente (como por exemplo, uma intimação, uma audiência, uma prova específica), com ganho de tempo e com a finalidade de evitar decisões conflitantes sobre casos que se baseiam na mesma argumentação de fato e de direito.

36. Inspirado em uma destas técnicas, precisamente, o *Musterverfahren*, o Projeto do Novo Código de Processo Civil buscou, então, uma nova técnica de uniformização de jurisprudência das decisões proferidas em causas que contém conflitos de massa - o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

37. Com a evolução dos estudos a respeito do tema, e, conseqüentemente, as alterações promovidas no âmbito do Senado Federal e Câmara dos Deputados, verifica-se que o IRDR passou a ter um regramento próprio, o qual não manteve praticamente semelhança com o instituto alemão. Nesse sentido, destacamos que no *Musterverfahren*:(a) está prevista a distribuição equitativa dos custos da litigância, de forma proporcional e considerando a grandeza das pretensões individuais com o total das exigências paralelas das partes e intervenientes, (b) o Tribunal poderá, após a instauração do incidente coletivo e nas hipóteses legais previstas, ampliar o objeto de cognição do incidente, (c) existe a possibilidade de suspender o prazo de prescrição para a propositura de ação individual, que

só voltará a correr três meses após a conclusão do *Musterverfahren*; e (d) apreciação para julgamento originário pelo tribunal (tanto da matéria de fato como da de direito).

38. O IRDR terá como requisitos de admissibilidade: (i) a existência de “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e (ii) de tal multiplicação de processos, deverá decorrer o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” com a prolação de decisões divergentes.

39. Desta forma, pode-se concluir que o IRDR tem por pressuposto, resolver dois problemas que assolam o Judiciário: (i) o descrédito decorrente da prolação de decisões antagônicas para pessoas que deveriam receber o mesmo tratamento; e (ii) reduzir o quantitativo de processos, em prol da qualidade da prestação jurisdicional.

40. Verifica-se no IRDR o mesmo propósito de objetivação para definir uma tese jurídica que se verifica no julgamento do recurso extraordinário e recurso especial repetitivo. No caso do IRDR será aplicado a: (i) todos os processos individuais ou coletivos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região; e (ii) aos casos futuros que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

41. A crítica que se faz ao IRDR e nisso se aproxima das ações coletivas, é que embora possa reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, não terá condão de evitar o ajuizamento de milhares de demandas repetitivas tendo em vista o seu caráter marcadamente repressivo, ou seja, só poderá ser instaurado diante da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

42. Além disso, quando a repetitividade de processos atingir magnitude nacional, ou seja, estiverem em tramitação em todo ou quase todo o território nacional, questiona-se se seria possível fossem instaurados diversos IRDRs nos diversos tribunais locais e regionais. Em cada um desses tribunais, é certo que as questões de direito poderão ser sedimentadas através de diferentes posições, em um mesmo cenário de insegurança jurídica, razão pela qual alguns já se antecipam em defender o entendimento de que o IRDR deveria ser utilizado apenas e diretamente no STJ, órgão competente para uniformizar a jurisprudência no Brasil.

43. A decisão com eficácia vinculante proveniente do IRDR não resolve diretamente uma pluralidade de litígios repetitivos, mas a tese jurídica por ele fixada é que deve ser, posteriormente aplicada aos casos concretos pelos juízos dos respectivos processos repetitivos pendentes. É como se a norma viesse pronta e acabada, substituindo as alegações das partes, a fundamentação e a problematização da decisão, tornando desnecessária a interpretação da lei ou do texto constitucional, assim como o exame das alegações das partes para a resolução dos processos repetitivos sobrestados.

44. Assim, verifica-se que terá a decisão do IRDR efeito vinculante *pro et contra* sobre todas as causas repetitivas na área de competência do tribunal, sejam essas demandas individuais, coletivas, pendentes ou futuras configurando uma espécie peculiar de precedente judicial com força vinculante.

45. Diante de todas essas considerações, conclui-se que o sistema processual do IRDR poderá ser entendido mais como um instrumento de gestão dos processos nos tribunais do que como um mecanismo para privilegiar a casuística, a igualdade e a coerência do ordenamento.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia da decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Manual do novo código de processo civil*, vol.5. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; ALVIM, Luciana Gontijo Carreira. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis*. Curitiba: Juruá, 2005.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANUÁRIO da Justiça Brasil 2013. Elaborado por Consultor Jurídico. Ed. Consultor Jurídico, 2013.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, out.2008.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. vol. 1.

_____. *et al. Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 95, jul. set. 1999.

BARBOSA, Andrea Carla *et al.*; FUX, Luiz (coord.). O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de processo civil apontamentos iniciais. In *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, ouvida em março de 1921 na sessão solene da formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. Texto localizado no site da Academia Brasileira de Letras.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In *Temas de direito processual civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.37, ano 10, jul./set. 1985.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.61, jan.-mar.1991.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v.5.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, abr.-jun. 2001.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v.5: arts. 476 a 565*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em : <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em 14.11.2014.

BAPTISTA, Francisco Paula. *Compêndio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1890.

BASTOS, Antonio Adonias. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coords.) *O projeto do novo Código de processo Civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.186, ago.2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONACHELA, Sérgio Henrique. *Tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, abr.-jun.1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUZUID, Alfredo. Tribunais de Alçada. *Anais do VI Encontro*, Belo Horizonte, 1983.

_____. Uniformização de jurisprudência. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, ano12, n. 34, p. 29, jul. 1985.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, maio 2007.

CAMBI, Eduardo. Uniformização das questões de direito nos juizados especiais cíveis e federais: a criação do recurso de divergência. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 10.352/2001* (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 786, abr. 2001.

CAPONI, Remo. *Litisconsorzio 'aggregato' L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*. Disponível em :
 <http://www.academia.edu/210648/R._Caponi_Litisconsorzio_aggregato_Lazione_risarcitoria_in_forma_collettiva_dei_consumatori_2008>. Acesso em 18.10.2014.

CAPPELLETI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi diffusi. Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio*. (Pavia, 11-12-giugno 1974). Pádua: Cedam, 1976.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.74, abr. 1994.

_____; GARTH, Bryan. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *O acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes e desvinculação da jurisprudência. In *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo, Dialética, n. 77, ago. 2009.

CARNEIRO DA CUNHA, José Leonardo; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009. vol.3.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. v. 2.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Mecanismos de resolução de litígios de massa: um estudo comparativo entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

CIMARDI, Claudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme como elemento estruturante do sistema jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

COSTA, Suzana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto (org). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 179, jan.2010.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 193, mar.2011.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 129, p. 6, nota de rodapé nº.1, jan./mar.1996.

DALL´AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Admissão do recurso de apelação e súmulas (exegese do art.518,§1º do CPC). *Revista do Advogado*, nº. 85, p.185, 2006.

DESTEFENNI, Marcos. Ativismo judicial e ações coletivas. A suspensão de segurança e o ativismo negativo. In MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.) *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, vol. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, vol. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. II.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. III.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Incidente processual: questão incidental e procedimento incidental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1978.

FONSECA, João Francisco Naves da. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.) *Litigiosidade, morosidade, litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal chance". *Law and Society Review*, v.9, n.1, p.4, 1974. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/documents/papers/whythehavescomeoutahead.pdf>>. Acesso em 16.05.2013.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.108, out./2002.

_____. *A 'class action' como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. *A ação especial de litigância de massas. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. (Estudos Jurídico, I).

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.97, jan.2000.

_____. O tratamento dos processos repetitivos. In _____. *Processo civil novas tendências - homenagem ao Professor Humberto Theodoro Junior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 101, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MULLENIX, Linda S. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*. Rio de Janeiro: GZ. Ed., 2012.

JORGE, Nuno de Lemos. *Notas sobre o regime processual experimental. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOCH, Harald. Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2001.

KRAMER, Evane Beiguelman. Por que reformar o Código de Processo Civil? Análise das alterações legislativas *vis a vis* à formulação de uma política pública de prestação jurisdicional eficiente. In SILVA, José Anchieta da (org.). *O novo processo civil*. Colégio Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2012.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Curso de processo civil comparado Brasil-Alemanha. *Revista de processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n.178, dez.2009.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil - exame à luz da *group litigation order* britânica. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.196, jun. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Manual do consumidor em juízo*. 3ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Interesses difusos – conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2004.

_____. *A resolução de conflitos e a função judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINHO FILHO, Luciano. Paralelo analítico entre mecanismos de uniformização de jurisprudência no direito processual pátrio. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 90, p.54/65, set.2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Cap. III.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000.

MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre mediación familiar: algunas experiências en el derecho comparado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, n. 24, p. 300, out.2005

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/265/tutela%20coletiva%20portugal_Mazzei.pdf?sequence=1>. Acesso em 25.10.2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para dirimir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. *Revista do Advogado*, n. 92, p. 8, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. vol. 4.

_____. OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 222, ago. 2013.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 211, p.195-196; set., 2012.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL, Patrícia Miranda. *Processo civil: recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

MULHERON, Rachael. Justice enhanced: framing an opt-out class action for England. In *Modern Law Review*, v.70, N.4, jul.2007. Disponível em: <<http://www.researchgate.net>>. Acesso em 29.10.2014.

_____. *Reform of collective redress in England and Wales: a perspective of need*. Disponível em: <<http://www.judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 29.10.2014.

MULLENIX, Linda. In WATANABE, Kazuo et al. *Os processos coletivos nos países de civil e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action*. Disponível em: <<http://ssrn.com/link/texas-public-law.html>>. Acesso em 14.11.2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; _____. *Código de Processo Civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs. direito jurisprudencial*. In FREIRE, Alexandre [et.al] (coords.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização – paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PELUSO, Cezar. Mediação e Conciliação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, p.16, jul.2011.

PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. In MARCATO, Antônio Carlos (coord.) *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

PINTO JUNIOR, Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 148, p. 172, jun.2007.

PINTO, Luis Felipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios, tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.185, p. 124, jul.-2010.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. vol. I. tomo I.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2.

RICARDO, Luís Carvalho. *Regime processual civil experimental anotado e comentado*. Braga: Cejur, 2007.

ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. *O processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* romana às *class actions* norte americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.188, out.2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça – a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, ano 1997.

_____. GOMES, Conceição (coord). *A gestão nos tribunais: um olhar sobre a experiência das comarcas piloto*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3.

SHIMURA, Sérgio. A súmula vinculante como mecanismo de tutela coletiva. In *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim (obra coletiva)*. ASSIS, Araken, ARRUDA ALVIM, Eduardo, NERY JR., Nelson, MAZZEI, Rodrigo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e ALVIM, Thereza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, v.1. item 9.4.2.

_____. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 236, p. 13-26, out. 2014.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da função à estrutura*. Disponível em: <www.Baptistadasilva.com.br/artigos>. Acesso em 04.11.2014

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009.

STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, 2011.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, Vol. I, p. 619, 1969.

_____. La tutela coletiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v.61, n.2, jun. 2007.

_____. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

_____. Il fatto e l'interpretazione. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, Faculdade de Direito do Sul de Minas, vol. 26, n. 2, p. 197, jul.-dez. 2010.

TARZIA, Giuseppe. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria al processi civili com rilevanza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *'Class Action' e Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____. *Garantias Constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANA, Flavia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.159, mai.2008.

VIGLIAR, José Marcelo de Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

WALTER, Gerhard. *Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland*. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=djcil>>. Acesso em 14.11.2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 2.^a série.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In CARVALHO, Milton Paulo de. *Direito processual civil* (obra coletiva). São Paulo : Quartier Latin, 2007.

_____. Intepretação da lei e de precedentes *civil law* e *common law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.893, mar.2010.

_____. Questão de fato e questão de direito. *Revista da Academia Paulista de Direito*, v.2, n.3, p.235-236, jan./jun., 2012.

_____. Precedentes e evolução do direito. In _____(coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 195, mai. 2011.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

WOOLF, Harry [Lord]. Access Justice: final report. H.M. Stationary Office, 1996. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/intro.htm>> Acesso em: 18.10.2014. Capítulo XVII.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, *apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 4.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. *Certeza do direito e a previsibilidade das decisões judiciais na reforma do processo civil brasileiro: aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo*. Tese de Doutorado. Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Sites visitados:

<http://marcgalanter.net>

<http://scholarship.law.duke.edu>

<http://ssrn.com>

<https://aplicacao.mpmg.mp.br>

www.academia.edu

www.baptistadasilva.com.br

www.bundesanzeiger.de

www.cnj.jus.br

www.conjur.com.br

www.dca.gov.uk

www.direitogv.com.br

www.direitoshumanos.usp.br

www.judiciary.gov.uk

www.justice.gov.uk

www.law.cornell.edu

www.oas.org

www.plataformademocratica.org

www.researchgate.net

www.scarpinellabueno.com.br

www.senado.gov.br

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.webarchive.nationalarchives.gov.uk

