

# INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: TUTELA COLETIVA OU PADRONIZAÇÃO DO PROCESSO?\*

Larissa Clare Pochmann da Silva\*\*

RESUMO: Com o projeto do novo Código de Processo Civil tramitando na Câmara dos Deputados, ainda há uma sucessão de leis para alterar a legislação processual civil vigente. O projeto busca adequar o processo a uma nova era, mas será preciso uma nova legislação? Dentro dessa nova legislação, há novos instrumentos, sendo o interesse no presente artigo por um instrumento específico: o incidente de resolução de demandas repetitivas. Será que ele representará o esvaziamento da tutela coletiva ou será apenas mais uma forma de padronização do processo? É essa indagação que se presente responder ao longo do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Democracia. Processo-modelo.

## Introdução

Profanar o improfanável é a missão política da próxima geração. (Giorgio Agamben)

Passadas quase quatro décadas à luz do Código de Processo Civil (CPC) – o Código Buzaid, elaborado pelo então ministro da justiça Alfredo Buzaid – vivemos, ainda uma grande tensão entre os princípios da celeridade e da segurança jurídica.

O referido código, criado sob a égide de uma Constituição autoritária, foi criado em um período ditatorial e atravessa uma Constituição prolixa, mas conhecida como “Constituição Cidadã”.

Porém, depois de tantas décadas, pretende-se agora promover uma leitura que, para se valer das expressões utilizadas por Giorgio Agamben, profane o que se sacralizou, isto é, que traga de volta à vida para um uso livre pela humanidade. O projeto do novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei (PL) nº 8.046/2010, que atualmente está tramitando na Câmara dos Deputados, traz uma nova visão do direito processual, tentando adequá-lo a uma nova era, a era neoconstitucionalista.

Neste sentido, conservando institutos já conhecidos, modificando outros institutos ou até trazendo novos institutos para o processo, o projeto, de fato, traz mudanças que terão importante reflexo no Direito Processual.

Um desses novos institutos é o incidente de resolução de demandas repetitivas, inicialmente denominado “incidente de coletivização de demandas”. Esse novo instituto será o objeto específico de análise no presente trabalho, verificando-se como está sua previsão no projeto do novo código e suas possíveis raízes no direito comparado.

---

\* Enviado em 26/6, aprovado em 9/8, aceito em 16/11/2011.

\*\* Mestranda em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo – Universidade Estácio de Sá (RJ); Formação complementar em Direito Europeu – Módulo Jean Monnet – Fundação Getúlio Vargas (RJ). Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: larissacpsilva@yahoo.com.br.

A partir destas análises, pretende-se avançar para discutir se o incidente poderia acabar substituindo a propositura de ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou se seria apenas mais uma forma de resolver demandas de massa.

## 1 Código de Processo Civil de 1973: o Código Buzaid

O atual Código de Processo Civil, de 1973, é conhecido como Código Buzaid, já que foi elaborado pelo então ministro da justiça Alfredo Buzaid.

A legislação de 1973 veio a substituir o Código de Processo Civil de 1939, em plena época de uma ferrenha ditadura militar, e foi elogiada a cientificidade de suas disposições. Retirou do cenário jurídico os termos ambíguos aplicados indistintamente a institutos e fenômenos processuais heterogêneos que eram corriqueiros na legislação anterior (THEODORO JR., 2010, p. 86-97). Assim, se no cenário político predominava a burocracia e o agigantamento da Administração Pública, no cenário jurídico vinha o tecnicismo.

O Código Buzaid, efetivamente vigendo no Brasil desde 1974, trouxe em sua estrutura de títulos autônomos, com a divisão entre processo de conhecimento e processo de execução, que, a partir de 2006, com a Lei nº 11.232/2005 - cuja vigência se deu 6 meses após sua publicação em dezembro de 2005 - passou a se dividir em processo de execução e cumprimento de sentença, e processo cautelar.

Contudo, paralelamente às inúmeras alterações legislativas que ainda ocorrem no referido código, foi finalizado, em dezembro de 2009, o projeto para um novo Código de Processo Civil, elaborado por uma comissão de juristas de diversos estados do país, sob a presidência do ministro Luiz Fux. É desse projeto que se passará a tratar no próximo item.

## 2 O projeto do novo CPC

O projeto do novo Código de Processo Civil foi apresentado ao presidente do Senado no dia 8/6/2010, sob o Projeto de Lei nº 166/2010. Foi, então, constituída uma comissão no Senado para apresentar emendas ao projeto até o dia 27/8/2010 e, em novembro de 2010, já havia a divulgação dos relatórios parciais sobre o projeto.

O relatório da Comissão do Senado no dia 24/11/2010 veio com a apresentação de um projeto substitutivo, o PL nº 166/2010, do senador Valter Pereira, que foi, após algumas mudanças no texto do projeto substitutivo, aprovado no Senado em 15/12/2010.

O projeto foi, então, para a Câmara dos Deputados, sob o nº de PL nº 8.046/2010, seguindo, no dia 5/1/2011 para a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, onde tramita atualmente, após a realização de uma consulta pública.

Na linha de Giorgio Agamben, o projeto do novo código considera ser necessário promover uma leitura que *profane* aquilo que *sacralizou*, trazendo as instituições políticas modernas de volta à vida para um uso livre pela humanidade, como uma recuperação

do pensar e do agir: “Puro, profano, livre dos nomes sagrados, é o que é restituído ao uso comum dos homens... Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado perde a sua aura e acaba restituído ao uso” (AGAMBEN, 2007, p. 67-68).

Para Agamben (2006, p. 143), essa *sacralização* da vida deriva, de fato, do sacrifício. O sacrifício (rito) é o que marca a passagem do profano ao sagrado. Profanar é devolver ao uso comum. E, neste sentido, o projeto do novo CPC vem com a ideologia de profanar o processo, de deixar o uso dos instrumentos previstos pelo direito processual como mais adequado a uma sociedade em épocas de constitucionalismo e de democracia.

A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que vem sendo adjetivada de Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2008, p. 114).

A ideia norteadora do texto é conferir maior celeridade à prestação da justiça, com a crença de que são necessários dispositivos com instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Pretende-se, assim, trazer maior efetividade ao processo.

Antes de qualquer outra referência, é preciso analisar que o vocábulo “efetividade” possui diversos sentidos, que comportam, de acordo com Barbosa Moreira (2007, p. 17), “dose inevitável de fluidez”. São cinco itens que caracterizariam a efetividade:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar posições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energia. (MOREIRA, 2007, p. 18)

O vocábulo “efetividade” precisa ser compreendido pelo Direito Processual Civil como implementação de direitos fundamentais na construção do provimento final pelas partes, e não como sinônimo de celeridade, de rapidez na tramitação dos autos em juízo.

Afirma-se que o projeto do novo código se trata de um novo jeito de compreender o processo civil, na medida em que seria um texto já sob a égide da Constituição de 1988 e que buscaria sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais.

Tendo essa premissa, construiu-se a proposta de instituição de um incidente de resolução de demandas repetitivas, objetivando evitar a multiplicação das demandas na medida em que o seu reconhecimento em uma causa representativa de milhares de outras idênticas imporá a suspensão de todas. Esse incidente é que será objeto de análise.

Contudo, pode-se ter um questionamento anterior a esse ponto, que merece registro. Muito antes de discutir a estrutura do projeto do novo Código de Processo Civil, será que precisaríamos de um novo código? Será que, de fato, a adequação do Direito Processual ao neoconstitucionalismo - ou, para utilizar a terminologia de Eduardo Cambi (2007), o neoprocessualismo - se faria apenas com uma nova legislação, ou será necessário uma verdadeira mudança social e da forma de compreender o processo?

Não se pode negar que o processo deixa de ser visto como intrinsecamente ligado ao direito material, que só poderia ser usado dentro do binômio necessidade e utilidade por quem fosse titular do direito, e, mais ainda, deixa de ser visto como mero instrumento para a tutela de direitos. A concepção do processo torna-se mais complexa: o processo, ao mesmo tempo que objetiva tutelar os direitos fundamentais, deve ser por eles permeado. Precisa-se, então, consagrar a visão do processo justo, um processo em que a própria relação processual esteja permeada pelas garantias constitucionais e pela tutela dos direitos fundamentais. Tal mudança, em que a Constituição passa como ponto de partida para a leitura do direito processual (não apenas ele, mas de todos os ramos do direito, só que aqui nos ateremos especificamente ao direito processual), é denominada por Eduardo Cambi (2007) de neoprocessualismo.

A nosso ver, permanece viável a interpretação do sistema processual montado diante da realidade constitucional. Seria mais indicado prosseguir o estudo das reformas do CPC/1973, pautando-se a investigação pela preocupação com questões da efetividade, mas sem deixar de levar em consideração a segurança jurídica.

Dessa forma, poder-se-ia questionar se, nas palavras de Agamben, já está se profanando o improfanável ou se tal tarefa ainda restará de legado às futuras gerações.

Tendo, porém, o projeto do novo código avançado consideravelmente, indicando que pode ser aprovado e entrar em vigor nos próximos anos, passaremos a analisar a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, um dos novos e talvez mais comentados institutos criados pelo projeto.

### **3 O incidente de resolução de demandas repetitivas**

O incidente de resolução de demandas repetitivas está previsto no Capítulo VII do PL nº 8.046/10, nos artigos 930 a 941, no título "Dos Processos nos Tribunais". Esse capítulo não se limita a tratar do procedimento recursal, abrangendo poucas regras relativas aos recursos, com a incidência da maioria nas causas de competência originária dos tribunais.

O cáput do art. 930 identifica o cabimento do instituto no caso de identificação de controvérsia que possa gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes.

Inicialmente, cabe destacar que o dispositivo traz nítida preocupação com a multiplicação dos processos nos tribunais, um problema constante no Judiciário atualmente. Enquanto algumas demandas sequer chegaram ao Poder Judiciário, outras entram em massa, assoberbando de trabalho, dificultando uma prestação jurisdicional efetiva e tornando os recursos materiais e humanos insuficientes.

Apenas para que se tenha uma noção dessa realidade, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes menciona que:

Na 1ª instância da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, entram, nos anos de 1990, 1994, 1998 e 2007, a todo, 5.117.059, 5.147.652, 10.201.289 e 19.274.760 processos, respectivamente. Todavia, o crescimento não foi uniforme nos três ramos. Entre 1990 e 1998, o número de processos distribuídos aumentou em 56,8% na Justiça do Trabalho, 106,4% na do Estado e 206,4% na Federal. (MENDES, 2009, p. 25-26)

Outro ponto é que o dispositivo destaca que o mecanismo funcionará apenas para idênticas questões de direito, não sendo aplicadas nas questões de fato. Aqui cabe fazer uma crítica à dificuldade de se dissociar as questões de direito dos fatos. Na verdade, direito e fato estão associados, e não se pode fazer uma diferença tão nítida como faz o dispositivo legal.

Essa diferenciação só acontece porque, no Poder Judiciário, acaba se dissociando o direito da sua realidade social. Neste sentido, explica Lênio Streck que:

No plano da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, em "suplicante" e "suplicado", expressões estas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. *Mutatis mutandis*, isso significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Pode-se afirmar, desse modo, que ocorre uma espécie de "coisificação" (objetificação) das relações jurídicas. (STRECK, 2010, p. 4)

Ademais, na última parte, o projeto também demonstra a grande preocupação com a uniformização de jurisprudência dos tribunais, tentando evitar decisões conflitantes.

A multiplicação de processos perante os órgãos competentes, até mesmo dentro de órgãos vinculados a um mesmo tribunal, pode gerar conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas.

Assim, situações fáticas absolutamente idênticas podem, sob o ponto de vista do direito material, receber tratamento diverso em relação ao direito material: uma

ameaça ao princípio da isonomia, além de se revelar verdadeira fonte de descrédito ao Poder Judiciário.

Já o § 1º do art. 931 prevê os legitimados a suscitarem o incidente, que pode ser feito de ofício pelo juiz, a requerimento das partes ou pelo Ministério Público, por intermédio de simples petição.

O § 2º prevê a necessidade de se comprovarem os requisitos do incidente caso este seja provocado; já o § 3º prevê a intervenção obrigatória do Ministério Público.

O art. 931 trata da publicidade do incidente, que terá registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, e seu parágrafo único dispõe sobre a constante atualização do cadastro, como forma de possibilitar o mais amplo conhecimento de que todos os processos que versem sobre determinada matéria estão suspensos até o pronunciamento do órgão especial ou plenário do tribunal sobre o tema, evitando-se, assim, que algum processo sobre matéria que ainda será decidida continue a tramitar, podendo gerar alguma decisão conflitante.

O art. 932 do projeto trata da possibilidade de o relator pedir informações ao juízo onde tramitou o processo originário, sendo que as informações deverão ser prestadas no prazo de 15 dias. Após esse prazo, será solicitada data para a admissão do incidente.

Os artigos 933 e 934 do projeto trazem a previsão da admissão do incidente: uma vez admitido, será determinada a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão de direito.

Aqui, mais uma vez, reiteram-se as críticas feitas a questão de direito. Ademais, cabe destacar que o projeto não prevê qualquer mecanismo para que as partes possam comprovar que seu processo não se trata da mesma situação do que os feitos em que foi determinada a suspensão. Trata-se de um item que merece atenção na referida legislação, uma vez que, em épocas de neoconstitucionalismo, de neoprocessualismo, em que a preocupação passa a ser garantir um processo justo (COMOGLIO, 1998), em que se observem as garantias fundamentais na relação processual, não oportunizar às partes que possam demonstrar que possuem uma situação diversa da que será discutida representa grave violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

O art. 935 do Código de Processo Civil trata da instrução do processo admitido como paradigma da controvérsia até o julgamento da causa. O projeto não faz qualquer distinção se esse processo escolhido como representativo da controvérsia será um processo individual ou um processo coletivo, podendo serem suspensas tanto as ações individuais como as ações coletivas se não forem escolhidos como processo representativo da controvérsia.

Prejudicado o contraditório nas demandas individuais, até mesmo porque as partes não tem como demonstrar a peculiaridade de seu caso em relação aos processos paradigma, é a partir do momento previsto no art. 935 do projeto que se abre espaço para a participação no processo, para a participação dos interessados na controvérsia, mediante o requerimento de juntada de documentos ou de realização de diligências. É a partir desse momento que o contraditório participativo aparece, podendo



os interessados se manifestarem não em seus processos, mas no feito escolhido como paradigma. Trata-se, na verdade, de um contraditório ficto, pois se presume que todos os interessados irão efetivamente se manifestar no processo paradigma e ter sua manifestação admitida.

Ademais, o incidente será sempre julgado pelo tribunal. José Maria Rosa Tesheiner (2010) critica a competência dos tribunais, "porque se dispensam prévios juízos de primeiro grau, desejáveis para que a questão de direito seja examinada de diferentes ângulos" e, ainda, em razão da possível ausência de intimidade dos juízes do plenário ou do órgão especial com a matéria objeto do julgamento.

Já o art. 936, § 1º, traz a oportunidade de manifestação do autor e do réu no processo originário, bem como do Ministério Público antes do julgamento. No texto, frisa-se o autor e o réu do processo originário. Somente no § 2º é prevista a manifestação dos interessados, sendo que todos deverão se manifestar em um tempo total de 30 minutos - o que representa um tempo muito exíguo dependendo do número de interessados. Ou seja, o legislador não prevê que haja um grande número de interessados atuando como interessados no processo paradigma para a controvérsia.

Os artigos 937 e 938 do projeto preveem a possibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário, que deverá ser admitido pelo tribunal de origem onde ocorreu o incidente e pode ser interposto por quem for parte em processo em curso no qual se discute a mesma situação jurídica. Nesse ponto, o contraditório efetivo parece um pouco mais valorizado pelo projeto, à medida que a legitimação para a interposição do recurso é ampla: pode interpor quem seja parte e tenha um processo que verse sobre a mesma controvérsia em curso. O projeto enfatiza que o recurso deverá ser admitido pelo tribunal, permitindo que se questione a decisão nos tribunais superiores; o art. 940 prevê que esse recurso terá efeito suspensivo.

Em nítida preocupação com a duração razoável do processo e com a busca de um equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, o projeto prevê, no artigo 939 que o incidente terá preferência na tramitação, acrescentando mais uma preferência nos processos no direito brasileiro, mas dispõe que, como regra, o processo só ficará suspenso pelo período de seis meses. A exceção é apenas caso haja uma decisão fundamentada do relator do incidente para manter todos os processos suspensos.

Neste caso, em que pese o mecanismo se preocupar com a quantidade de processos atualmente em tramitação no Poder Judiciário, tentando trazer celeridade, desafogar o Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, prestigiar a uniformização da jurisprudência, fixando um entendimento do Tribunal sobre o tema, o próprio projeto prevê que, ainda assim, a quantidade de trabalho nos tribunais brasileiros e a complexidade de certas demandas, apesar de serem questões de direito, com a devida crítica a essa diferenciação, pode inviabilizar que o incidente seja julgado no prazo de seis meses. Neste caso, como regra, retira-se o efeito suspensivo dos processos até que haja o julgamento.

Já no art. 931, em mais uma nítida preocupação com o princípio da segurança jurídica, o projeto determina que caberá reclamação para o tribunal se não for observada a tese adotada no incidente.

## 4 Os modelos no Direito comparado

A ideia do incidente de resolução de demandas repetitivas é nova em nosso ordenamento, mas é inspirada em alguns modelos do Direito comparado. Com base nisso, passaremos a tratar de alguns modelos.

### 4.1 Modelo alemão

Na Alemanha, dentro da ideia de causa-piloto, há um procedimento-modelo, denominado *Musterverfahren* (CABRAL, 2007), previsto na Lei do Procedimento-Modelo para os investidores em mercado de capitais.

O objetivo do procedimento consiste em fixar posicionamentos sobre questões de fato ou de direito comuns às causas repetitivas. Na Alemanha, o procedimento não se refere apenas às questões de direito: não há essa equivocada separação hermenêutica do fato do próprio direito.

O procedimento na Alemanha, também de forma diversa da previsão no Brasil, não pode ser instaurado de ofício, precisa ser provocado por uma das partes. No requerimento, a parte deve identificar o ponto sobre o qual deseja um pronunciamento coletivo e as provas que deseja produzir, além da repercussão geral do seu pedido, assim entendida como a possibilidade de haver outras demandas similares.

Pode-se perceber que essa necessidade de repercussão geral do modelo alemão já existe no ordenamento jurídico brasileiro como requisito para a admissibilidade do recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e, inclusive, definido no art. 543-A, § 1º do atual CPC, incluído pela Lei nº 11.418/2006:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (BRASIL, 2006)

Ademais, enquanto no Brasil o projeto do novo CPC estabelece que ocorrerá o incidente em relação às questões de direito, na Alemanha quem provocar o incidente deverá indicar os limites sobre os quais o incidente deverá recair.

O procedimento-modelo na Alemanha não é admitido se a causa já estiver pronta para julgamento ou se, com a instauração do incidente, o processo puder sofrer um prolongamento indevido. Esta é uma importante restrição aos procedimentos-modelo, que até o momento não possuem referência em relação ao que se idealiza para o modelo brasileiro e que seria de extrema importância até mesmo pela preocupação com uma duração razoável do processo.

Acolhido o incidente, este deverá ter ampla publicidade, com cadastro eletrônico e gratuito mantido eletronicamente, constantemente atualizado - o que, aliás, é também



idealizado para o modelo brasileiro. Com a devida vênia, o modelo alemão parece mais preocupado com a acessibilidade ao próprio cadastro, ao deixá-lo disponível na internet a qualquer cidadão, enquanto o modelo brasileiro pretende centralizar tal disponibilização através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O incidente ficará no cadastro pelo prazo de quatro meses. Se, nesse período, houver pelo menos 10 pedidos relativos à mesma questão, será dada uma solução coletiva às demandas. O tribunal escolherá um "líder" entre os autores das ações e um "líder" entre os réus das ações, os quais serão os verdadeiros porta-vozes das causas repetitivas.

Neste ponto, percebe-se que, assim como no Brasil, na Alemanha as demandas de massa acabam por trazer uma nova dimensão para o princípio constitucional do contraditório, um contraditório ficto, em que se presume que os interessados estão tendo a ampla possibilidade de participação.

Em seguida, a decisão será publicada nos jornais, o que demonstra mais uma vez nítida preocupação com a publicidade, e os processos que versem sobre a mesma questão serão suspensos.

Durante a tramitação do processo-modelo, de forma semelhante à previsão idealizada para o Brasil, qualquer interessado poderá intervir, apresentando argumentos, sendo peculiar, no caso alemão, o fato de tais argumentos poderem ser capazes de alargar o objeto do incidente - o que, de certa forma, traz maior relevo à atuação como interessado do que o que se pretende instaurar no Brasil.

Por fim, findo o incidente, a tese adotada deverá ser seguida em todos os processos que estavam suspensos.

#### 4.2 Modelo português

No modelo português, tem-se o mecanismo da agregação de causas, que pretende aceleração e simplificação processual. Esse mecanismo foi aprovado em 2006, como um regime processual experimental pelo Decreto-Lei nº 108/2006.

O regime, inicialmente instituído para vigorar até 16/10/2008, foi prorrogado, sem prazo determinado, pelo Decreto nº 187/2008 e é aplicado a apenas alguns tribunais do país, com grande número de causas, com o objetivo de instituir um tratamento especial aos litigantes de massa (PINTO, 2007, p. 175). Tal previsão é diversa do modelo que se pretende instituir no Brasil, que não vem como experimental nem mesmo é restrito a um determinado tribunal.

O procedimento em Portugal assenta-se sob duas bases: permite ao juiz, como detentor do poder de direção do processo, flexibilizar o procedimento para adequá-lo às peculiaridades do caso concreto, e permite também que determinadas atos processuais produzam efeito em vários processos.

Em Portugal, ao contrário do modelo que se pretende instaurar no Brasil e do modelo alemão, não se decide sobre determinada questão, mas sim sobre certo ato processual específico.

A agregação de causas do Direito português reúne, assim, apenas transitoriamente os feitos para a prática de determinado ato em conjunto, dando-lhes a mesma solução. Esse ato poderá ser até mesmo a prolação da sentença, mas não necessariamente o será: o sistema permite, sem qualquer restrição, que seja qualquer ato processual, unificando-se a solução apenas do ato.

Essa previsão aplica-se, no Direito português, apenas aos processos entre particulares, já que o contencioso em face da Administração Pública é regulado por normas específicas e distintas, previstas pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CUNHA, 2009).

No caso do contencioso administrativo, mais do que a prática conjunta dos atos processuais, são escolhidos um ou uns processos para serem julgados. Os demais ficam suspensos, aguardando o resultado do julgamento.

Segundo previsão do art. 5º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, após o trânsito em julgado da decisão as partes poderão desistir da ação, requerer a extensão da coisa julgada ao seu processo ou a continuação do seu processo ou recorrer da sentença.

Na regra quanto aos processos em face da Administração Pública, percebe-se regra inexistente nos demais modelos, em que as partes, já sabendo do posicionamento do tribunal, decidirão se serão afetadas pela coisa julgada, se desistirão da ação ou se tentarão demonstrar alguma peculiaridade do seu caso em face do julgamento realizado.

### 4.3 Modelo britânico

No final do século XX, a Grã-Bretanha passa por mudanças processuais, preocupada com a efetividade da prestação jurisdicional. Entra em vigor um Código de Processo Civil, denominado Rules of Civil Procedure, que objetivava a reforma do sistema judicial civil britânico, com a preocupação em providenciar o acesso à justiça quando um grande número de pessoas fosse afetado pela conduta de outra; propiciar métodos eficazes para a solução de casos em que os prejuízos individuais sejam grandes o suficientes, mas que não podem possuir o procedimento normal pelo grande número de autores; e atingir um equilíbrio entre os direitos de autor e réu, que seriam normalmente exercidos em termos de persecução e de defesa. As demandas coletivas estão previstas na Part 19, com a denominação de *parties and group litigation*.

O Código de Processo Civil britânico, além de dispor sobre as demandas representativas, também passou a prever uma espécie de ação-teste, que é um tipo de incidente não representativo.

Como leciona o professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2009, p. 52), “um caso pode receber o tratamento 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*)”.

O incidente, assim como a previsão do projeto no Direito brasileiro, pode ser provocado de ofício ou a requerimento da parte. Para o pedido de instauração, o advogado

deve consultar o Law Society's Multi-Party Action Information Service, verificando se há outros casos com questões comuns ao mérito da demanda.

Tal preocupação com a publicidade, aliás, existe também no Brasil, quando o projeto prevê a ampla divulgação e publicidade do incidente por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

O tribunal britânico seleciona um ou mais procedimentos como ações-teste, e todos os outros que versem sobre a mesma questão ficarão suspensos. As partes do processo suspenso ficarão ligadas à decisão do tribunal sem ter a oportunidade de exercer o contraditório no processo que está sendo julgado.

Em relação ao procedimento para o incidente no modelo britânico, podemos assim sintetizá-lo:

A primeira tarefa do tribunal é a de identificar as questões de fato ou de direito que estão relacionadas. A ordem especifica um juízo (*management court*) para o processamento da lide. Os casos pendentes, com questões relacionadas à *group litigation order*, passam a ser de competência da *management court*. A ordem também irá decidir se as futuras causas que versem sobre a mesma matéria irão participar do mesmo grupo de ações.

O juízo poderá, também, designar que uma ou mais ações do *group register* para prosseguir como uma ação teste. Há um *group register*, onde todos aqueles que desejam se beneficiar com os efeitos da decisão devem estar registrados. É um sistema *opt-in*, que encontra certa semelhança com as ações coletivas.

Quando uma ação é destacada para formar uma ação teste, as decisões são obrigatórias para todos os casos semelhantes que se encontram previamente registrados no *group register*. O resultado da ação teste também pode vincular os casos semelhantes registradores posteriormente, caso a corte assim determine. Aqui há certa semelhança com o anteprojeto nacional (art. 903) com a extensão dos efeitos da decisão aos demais casos que versem sobre a mesma questão de direito. A diferença é que, no instituto inglês, como regra, a decisão só é aplicada aos processos que se encontram previamente registrados no *group register*. A corte poderá, todavia, conforme mencionado, estender os efeitos da decisão aos casos semelhantes posteriormente registrados. No Brasil, o instituto do anteprojeto não tem como requisito, para a extensão dos efeitos da tese jurídica decidida no incidente, o registro. Aqui, a aplicação da tese jurídica seria obrigatória para todas as demandas ajuizadas antes ou após a decisão do incidente. (OTHARAN, 2010)

No modelo inglês, a ideia das ações-teste estaria baseada nas lições de Yeazell (1988), em que a ideia de representação teria suplantado a ideia de participação e a oportunidade de ser ouvido individualmente.

Contudo, alguns autores tem criticado muito esse modelo. Retomando as críticas de Susan Gibbons (2009, p. 135), o pensamento de Yeazell seria adequado do ponto de vista pragmático, mas deve-se ter a preocupação em relação à legitimidade nas ações-testes: esses processos devem trazer questões de direito relevantes e representar os interesses do grupo.

Essa questão do problema da participação nas ações-testes poderá ser um problema também a ser enfrentado no Brasil, na medida em que uma demanda será escolhida como representativa de todos os casos.

## 5 A tutela coletiva no Brasil

A ação coletiva no Brasil é uma classificação utilizada em contraposição às ações individuais, diferenciando-se destas pela pluralidade de pessoas, que são as titulares dos interesses ou direitos em litígio, mas acabam, como regra geral, não atuando diretamente na demanda.

Todavia, a existência de várias pessoas integrando um dos polos da relação processual não qualifica o caráter coletivo da ação, mas apenas constitui o instituto chamado litisconsórcio, na medida em que representa apenas a cumulação de demandas singulares.

Esclarecendo a questão: enquanto a demanda individual se caracteriza pela presença de um autor, ou até mesmo de vários autores para a tutela de um interesse pessoal, subjetivado, e, no caso de vários autores, nada mais representa do que a soma dos interesses individuais, nas ações coletivas temos o interesse único, de uma coletividade ou de um grupo, que leva sua pretensão a juízo na figura de um único sujeito, a quem a lei atribui legitimidade.

Essa legitimidade pode pertencer ao conjunto de pessoas cuja pretensão será deduzida em juízo, como ocorre na *class action* norte-americana, ou, ainda, ser pessoa diversa, não diretamente ligada ao caso, como no caso da experiência brasileira, que atribui legitimidade a entes como as associações e o Ministério Público, o que se afirma ser uma legitimação extraordinária autônoma. Extraordinária porque “não deve ser confundida com a simples representação, pois, nesta última (representação), o próprio alegado titular do direito material é parte no processo, ensejando, assim, legitimação ordinária” (MENDES, 2009, p. 21), ou seja, porque a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhe pertence; e autônoma porque não está, em geral, subordinada à presença do legitimado ordinário, estando apto, desde logo, a ajuizar a ação sem ter que esperar o decurso *in albis* de determinado prazo.

A legitimação extraordinária não se confunde com a substituição processual. Citando José Carlos Barbosa Moreira, bem observou Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

A expressão “substituição processual” tem sido utilizada, com frequência, na doutrina e na vida forense, como sinônimo para legitimação extraordinária. A equiparação sofreu, no entanto, a ressalva precisa e pertinente de José Carlos Barbosa Moreira: “No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra. Fora deles, pode até acontecer que, no mesmo processo, figurem simultaneamente, em posições equivalentes, o legitimado ordinário e o extraordinário: pense-se, *v.g.*, na possibilidade de ser proposta ação de responsabilidade civil contra os diretores, após o decurso do prazo fixado no art. 123 do Dec.-lei 2.627, pela sociedade e por um ou mais sócios, em conjunto - hipótese perfeitamente concebível, a supor-se, como parece razoável, que a aquisição, por estes, da qualidade para agir deixa substituir íntegra, naquela,

a mesma qualidade. Há óbvio paradoxo em considerar, aí, substituída a sociedade pelo sócio ou pelos sócios co-participantes. A tradição, porém, abona o uso amplo da expressão. (MENDES, 2007, p. 56)

Sendo, assim, mais importante do que tentar identificar os integrantes desta coletividade, mais facilmente se identifica que se trata de uma demanda coletiva em razão da matéria discutida, que versa sobre a proteção de interesses metaindividuais, como os relativos a meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores e ordem econômica.

Aqui se trata de interesses metaindividuais, e não da mera soma de pretensões efetivamente individuais deduzidas em juízo. Neste sentido:

Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito. (ARAÚJO FILHO, 2008, p. 114)

A ação coletiva pode, portanto, ser definida no direito brasileiro “como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos” (MENDES, 2009, p. 24).

As ações coletivas também possuem uma grande importância em relação ao acesso à justiça. Dentro da segunda onda renovatória preconizada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (2002), o primeiro movimento pela coletivização do processo no Brasil deu-se com a Lei Da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), um verdadeiro divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, apesar de esta, em sua origem, só admitir a tutela de alguns direitos coletivos em sentido lato. Isso porque a referida legislação estabeleceu uma legitimação coletiva ativa pluralista ou concorrente para o ajuizamento desta espécie de ação coletiva (art. 5º) e fixou regras sobre o processo coletivo, uma vez que o CPC está voltado para uma dimensão individual.

O segundo grande momento da segunda onda renovatória ocorreu com o advento da Constituição de 1988, que trouxe uma tutela jurídica ampla, seja em relação aos direitos individuais seja em relação aos direitos massificados, e rompeu, por meio do art. 129, III, com a taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar “outros interesses difusos e coletivos”.

O terceiro momento da segunda onda renovatória seria com o advento da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que veio para uma ampla interação, na parte processual, com a lei da ação civil pública, tendo uma aplicação integrada. O CDC criou, mais do que um sistema de proteção ao consumidor, um verdadeiro microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum.

O Poder Judiciário, na sua função precípua de resolver as lides na sociedade moderna, não tem uma tarefa fácil, diante da grande quantidade de processos e da limitação dos recursos humanos e materiais disponíveis para a tarefa judicante. Verifica-se hoje um Judiciário moroso, abarrotado de processos e que, muitas vezes, não consegue dar uma resposta eficaz aos litígios que lhe são apresentados.

Deve-se ressaltar que, atualmente, em função da falta de efetividade do processo como meio de proporcionar às partes exatamente aquilo a que fazem jus, vem ganhando destaque o movimento em busca de novos instrumentos alternativos de pacificação social, chamados “equivalentes jurisdicionais”. Sobre o tema, cf. Pinho (2010, p. 7-8).

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2008), a Justiça Federal possuía, em tramitação, durante o ano de 2008, 20.913.468 processos, sendo que 473.607 chegaram, nesse ano, à fase recursal. Havia, na época do levantamento, 1.478 magistrados e 33.970 servidores. Nesse mesmo ano, as despesas com a Justiça Federal representaram 0,18% do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Junto com esta realidade, o contingente populacional no Brasil ultrapassa o patamar de 190 milhões de habitantes. Além disso, a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e a globalização das relações humanas e comerciais, o que traz grandes desafios ao direito processual.

E, como explica Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

Na verdade, a necessidade de processos supraindividuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera pública como na esfera privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e de pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e consequente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores, etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns. (MENDES, 2009, p. 27-28)

Os danos decorrentes das lesões em relações de massa são, se considerados separadamente, de pequena monta econômica, fazendo com que o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante. Em consequência, a eventual falta ou deficiência processual para os chamados danos de bagatela, se considerados individualmente, acabam por estimular a perpetuação de práticas lesivas.

Dentro da ideia de custo-benefício, tem-se que destacar, ainda, o alto custo das despesas processuais, equivalendo estas, algumas vezes, a valor igual ou superior ao próprio benefício pretendido.



O desequilíbrio entre as partes pode ser, também, uma razão para a proteção individual não ser buscada, uma vez que a tendência é que o causador da lesão disponha de mais recursos materiais e humanos e, portanto, em tese, apresente-se mais preparado para o embate, por poder contratar profissionais de qualidade e, assim, produzir provas que lhe sejam favoráveis, desigualdades ainda mais latentes quando o lesado não dispõe de recursos próprios para custear sua defesa.

Dessa forma, as ações coletivas podem ser um importante instrumento a colaborar para a redução da morosidade da justiça e dos inúmeros processos repetitivos, solucionando o problema crônico de obstrução das vias jurisdicionais e evitando o ajuizamento de milhares de ações individuais.

Todavia, não se pode esquecer que ainda hoje se verifica uma lenta compreensão das questões coletivas, o que torna cada vez mais desafiante a questão do acesso à ordem jurídica justa na tutela coletiva (PINHO, 2002), na solução de conflitos de massa em relações de massa.

O número de ações coletivas propostas pelas associações civis ainda é baixo, sendo o Ministério Público o legitimado que mais propõe ações para a defesa dos direitos coletivos em sentido lato (PINHO, 2002). Revela-se, portanto, a instituição mais bem preparada para tanto, até que haja a conscientização social sobre a importância das ações coletivas.

Somada a esta questão, têm-se as velhas regras e estruturas processuais, especialmente no que diz respeito à legitimação e interesse de agir; à representação; à substituição processual; e aos limites subjetivos da coisa julgada.

Não se trata aqui de uma “desvalorização” das ações individuais, mas apenas atenta-se para a necessidade de adequação do processo à realidade social, servindo o processo como instrumento para garantir meios efetivos para tutelar os direitos constitucionalmente assegurados (LEONEL, 2002, p. 28-29).

Para solucionar esses problemas, precisa-se pensar no desenvolvimento de uma mentalidade coletiva na sociedade; e, sobretudo, no Poder Judiciário, na manutenção de uma legitimidade ampla, para que sejam diversos os legitimados capazes a assegurar os direitos que pertencem a sociedade como um todo - a valorização dos direitos coletivos, principalmente no que diz respeito à concessão de tutela de urgência, ao ônus da prova e à fungibilidade da execução.

Poder-se-ia pensar também, como sugere Humberto Dalla Bernardina de Pinho (PINHO, 2002), em juizados cíveis e arbitragens em âmbito coletivo ou, até mesmo, em uma possível ampliação na legitimidade para firmar termos de ajustamento de conduta.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que o Direito Processual também precisa se reciclar, reformulando seus institutos, pensados para o processo individual, também em sede coletiva.

Dessa forma, as ações coletivas precisam ser repensadas, principalmente sob o enfoque do acesso à ordem jurídica justa, uma vez que, se bem estruturadas, podem ser um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves dos custos processuais e do desequilíbrio entre as partes.

## 6 Perspectivas e críticas ao incidente

Feita uma brevíssima consideração sobre a tutela coletiva no Brasil e sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, tanto na forma como prevê o PL nº 8.046/2010 para um novo Código de Processo Civil como os modelos dos outros países, passaremos agora a fazer uma análise crítica do incidente.

O primeiro grande questionamento que surge é se a instauração de um incidente de demandas repetitivas esvaziaria a utilização de ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Em que pesem as publicações sobre o tema terem se intensificado apenas nos últimos meses, a nosso ver o incidente de resolução de demandas repetitivas não se inclui na esfera da tutela coletiva, estando mais próximo de outros mecanismos de resolução de demandas massificadas já existentes no projeto do atual Código de Processo Civil.

É certo que ambos os institutos têm a intenção de molecularizar as demandas que, pela cultura da sentença (WATANABE, 2005, p. 684-690) e, mais ainda, do processo individual, chegam ao Poder Judiciário de forma atomizada, por meio de milhares de demandas individuais que assoberbam tais instituições e não são mais suportadas pelos recursos materiais e humanos disponíveis (WATANABE, 1988, p. 58-63).

As ações coletivas, de acordo com o modelo brasileiro, apresentam um modelo de legitimidade “ecclética” (MOREIRA, 1994, p. 164-165), fazendo uma verdadeira combinação da legitimidade no Direito estrangeiro: trouxeram a legitimidade *ad causam* para o indivíduo, para a ação popular, através do conceito de representatividade adequada da *class action* norte-americana; a legitimidade das associações, em consonância com o modelo alemão; além da legitimidade dos órgãos públicos. Não se analisarão tais dados, sob pena de se desvirtuar do presente trabalho.

Não se trata, aqui, de defender um determinado modelo, mas apenas demonstrar como cada modelo influenciou para a adoção do modelo brasileiro de legitimação, observando-se que “cada sociedade tem sua própria e distinta cultura jurídica - uma ordenação de ideias, pensamentos e atitudes sobre o direito e instituições legais” (SALLES, 2009, p. 178).

Ademais, os legitimados para a ação coletiva possuem uma previsão legal. Isto é, a legitimidade de quem atuará como representante da coletividade está descrita em lei. É quem está na lei que atuará, não em prol do seu direito individual, mas em defesa dos interesses de determinado grupo.

Nas ações coletivas, busca-se um equilíbrio entre as partes na relação processual, atribuindo a legitimidade a quem, supostamente, teria melhores condições de litigar em nome da coletividade, enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas escolhe um dos processos como representativos da controvérsia, sem ter previsão legal de uma preocupação com o equilíbrio na relação processual.

Acrescenta-se ainda que, enquanto a formação da coisa julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com o modelo tal como idealizado para

o Brasil, só atinge aqueles que estão com o processo suspenso, se proposta uma ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos e o pedido for julgado procedente, os efeitos da coisa julgada serão *erga omnes*, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, nos termos do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, as ações coletivas, justamente pela legitimidade de quem estará representando os interesses de um grupo e pelos efeitos da coisa julgada, que não se limitarão aos que estão com seus processos suspensos, podendo beneficiar todas as vítimas de um dano comum, apresentam um espectro muito mais amplo do que o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Não se pode negar, porém, que os problemas relacionados à falta de efetividade do processo coletivo, especialmente a dificuldade de sua compreensão quando ainda se tem como base o processo individual, leva à criação de alternativas para molecularizar as demandas que chegam atomizadas ao Poder Judiciário.

Como defensores e entusiastas da tutela coletiva, urge ressaltar que precisamos avançar nos estudos sobre o processo coletivo, para melhor estruturá-lo como um efetivo instrumento de acesso à justiça.

Contudo, como não se trata de um processo rápido, passaremos a analisar criticamente o incidente não como um mecanismo para esvaziar a tutela coletiva, mas para buscar uma solução provisória para tentar atenuar as demandas massificadas que chegam ao Poder Judiciário.

Neste ponto, ao mesmo tempo em que democracia deliberativa e contraditório participativo se tornaram os novos *jingles* desta era, não se pode ignorar que passou a ser um grande desafio para o Direito equacionar celeridade e segurança jurídica.

A celeridade, como já tivemos a oportunidade de ressaltar, é um conceito fluido e deve ser visto com cautela, pois não deve acarretar a deficiência técnica na formulação e aplicação da norma. A celeridade nem mesmo pode gerar decisões que multipliquem o número de recursos (MOREIRA, 1997, p. 17).

O incidente de resolução de demandas repetitivas não pode se tornar uma tentativa desastrosa em busca dessa celeridade. Os anseios por uma prestação célere e eficiente não podem desconsiderar a plena observância dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que oportunizam a participação no processo.

O filósofo Jürgen Habermas (1968) já previa a possibilidade da utilização da técnica como forma de dominação se não contextualizada no espaço democrático. É nesse sentido que se tenta afastar o caráter antidemocrático da técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de que o debate seja oportunizado tanto na construção da “decisão modelo” quanto na aplicação do que decidido aos demais processos sobrestados.

Não há como vincular a efetividade do processo apenas à celeridade temporal em um espaço construído a partir das garantias constitucionais de um processo justo, sob pena de se limitar ou até mesmo se eliminar o debate entre as partes.

O direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa não pode ser reduzido a pretexto de aplicação irrestrita de entendimento sobre “questões de direito” a todos

os “casos repetidos”, sem abertura discursiva para a reconstrução dos casos que estão sobestados no Poder Judiciário.

Isso sem resgatar a crítica à “questão jurídica”, vez que a separação do “direito” em relação aos “fatos” descaracteriza a demanda em sua especificidade. Como já abordado, não há como separar direitos e fatos. A tentativa de identificar somente a questão do “direito” nada mais é do que uma ficção jurídica de grande problematidade hermenêutica (STRECK, 2007). O que se pode afirmar é que determinada questão é predominante de fato ou predominantemente de direito (WAMBIER, 1998, p. 25-28).

O que se propõe é a criação de técnica vinculada aos direitos fundamentais, sem supressão do debate constitucionalmente assegurado às partes. A principal deformidade da técnica em questão é a imposição da “decisão-modelo” a processos considerados suspensos, cujo debate não foi oportunizado.

Dessa forma, não há ataque à reunião de julgamento padronizado de demandas. Questiona-se, porém, a forma como esse julgamento ocorre, à medida que, no Estado democrático de direito, a construção do provimento deva ter a participação dos cidadãos por ele afetados.

Espera-se em primeira consideração que, se o incidente vier a ser implantado, que de fato todos os que tiverem seu processo suspenso tenham ao menos a oportunidade de se manifestar no processo considerado piloto, sem que haja qualquer restrição tanto *ope legis* como *ope iudicis*.

Até mesmo porque, retomando às críticas de Susan Gibbons ao modelo das *test-claims* inglesas, no modelo brasileiro também poderíamos nos questionar se o processo eleito como representante da controvérsia estaria bem instruído e se as partes teriam atuado com zelo e boa-fé para demonstrar com clareza aos julgadores a questão sobre a qual recai a controvérsia.

Ademais, assim como o modelo português, deveria o modelo brasileiro observar a fase de tramitação dos processos antes de suspender a demanda. Poderia a lei, por exemplo, trazer algumas restrições, já que poderia ferir, por exemplo, o princípio da duração razoável do processo instaurar um incidente de resolução de demandas repetitivas, caso a maioria dos processos já estejam em fase de sentença ou em fase de execução.

Por fim, e neste ponto está nossa maior preocupação em relação ao mecanismo, o projeto do novo CPC não prevê qualquer mecanismo que permita às partes discutir a aplicabilidade do julgamento realizado em seu caso concreto.

A ausência de previsão legal de um mecanismo próprio parece grave violação ao princípio do contraditório, tendo este simplesmente sido “atropelado” pela ânsia de uma celeridade a qualquer custo.

Melhor seria se, após a decisão, as partes tivessem a oportunidade de se manifestar ao juízo onde tramitaria o processo, em relação à aplicabilidade do julgamento do tribunal ao seu caso específico.

Parece-nos que, com esta possibilidade, não se retiraria a ideia de representação, no julgamento do incidente, já que as partes de cada processo suspenso pelo

tribunal estariam representadas por um autor e um réu escolhidos pelo próprio tribunal como representante da controvérsia, mas se permitiria o contraditório participativo à luz de um espaço democratizado - ainda que tardiamente - como o Brasil.

## Conclusão

Enquanto novas alterações legislativas surgem a todo momento na legislação processual civil, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de um novo Código de Processo Civil. Este projeto, conforme se afirma, tentará trazer maior celeridade ao processo, adequando o direito processual à era pós-moderna.

Contudo, sem retornar à passagem se é necessária uma nova legislação processual civil, o projeto merece ser analisado com cautela, já que a efetividade não pode ser atrelada a uma desmedida produção de decisões em massa e em série. É necessário se chegar a um difícil equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, permitindo que o processo seja um espaço monitorado pelas garantias fundamentais.

Dentro desse contexto, merece uma grande atenção o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no projeto do novo Código de Processo Civil como um dos novos instrumentos que poderá vir a integrar nosso ordenamento jurídico. Sem se confundir com a tutela coletiva, o mecanismo é apenas uma forma de resolução de conflitos de massa, mais uma forma de padronização dos processos que ingressará no ordenamento jurídico brasileiro, talvez uma alternativa à falta de efetividade da tutela coletiva no Brasil.

O advento do mecanismo, porém, não pode desvirtuar os estudos para a efetividade da tutela coletiva no Brasil. Aliás, o próprio incidente merece ser visto com cautela para que a técnica seja utilizada para a tutela de direitos. Atualmente, a principal deformidade do mecanismo está na imposição da “decisão-modelo” a processos considerados padrões, cujo debate não foi oportunizado.

Dessa forma, em um cenário de democracia deliberativa e de contraditório participativo, é necessário debatermos melhor o projeto do novo código e talvez realizar pequenas correções em alguns institutos, já que, em épocas de neoconstitucionalismo, a técnica deve ser utilizada para assegurar os direitos fundamentais na relação processual, devendo permitir o debate da “decisão modelo” proferida antes de sua aplicação aos processos suspensos.

Tentando profanar o improfanável, em um resgate de Giorgio Agamben, agora é mais do que a hora de nos preocuparmos em repensar o direito processual, independentemente da legislação utilizada, para que a técnica seja a garantia da observância da tutela dos direitos fundamentais.

## **RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS: COLLECTIVE PROTECTION OR STANDARDIZATION OF THE PROCESS?**

ABSTRACT: While we are designing a project of the new Code of Civil Procedure under consideration in the House of Representatives, there is a succession of laws to change the current civil procedural

law. The project seeks to adapt the process to a new era, but do we need is a new legislation for this? And within this new legislation, new instruments will come. The interest of this article is in a specific instrument: the incident resolution demands repetitive. Does he represent the empty of collective protection or is it just another form of test claims? This is the question that this paper will analyze.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure. Democracy. Test claim.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *A Linguagem e a Morte: Um Seminário sobre o Lugar da Negatividade*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

\_\_\_\_\_. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. La Iniciativa en la Defensa Judicial de los Intereses Difusos y Colectivos: un Aspecto de la Experiencia Brasileña. In: *Temas de Direito Processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*, 2008. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica\\_em\\_numeros\\_2008.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. *O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma Alternativa às Ações Coletivas*. Revista de Processo, São Paulo: RT, maio 2007, p. 123-147.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Revista Panóptica, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.prg.br>>. Acesso em: 24 jun. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo": Modelli a Confronto. *Revista de Processo*, v. 90, ano 23. São Paulo, RT, abr./jun 1998, p.95-148

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25. n. 2. Pouso Alegre, jul./dez. 2009. p. 235-268.

DIDIER JR., Fredie. Assistência, Recurso de Terceiro e Denúnciação da Lide em Causas Coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2004.



GIBBONS, Susan M. C. Group Litigations, Class Actions and Collective Redress: An Anniversary Reappraisal of Lord Woolf's three objectives. In: DWYER, Deirdre. (Ed.) *The Civil Procedure Rules: Ten Years On*. Oxford University, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como "Ideologia". Lisboa: 70, 1968.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e a Legitimidade da Defensoria Pública para as Ações Coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: Comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O Formalismo Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. *Revista Forense*, v. 388. São Paulo, nov./dez. 2006, p. 11-28.

OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como uma Alternativa às Ações Coletivas: Notas de Direito Comparado*. Disponível em: <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_ponto.asp?id=58](http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=58)>. Acesso em: 24 maio 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A Dimensão da Garantia do Acesso à Justiça na Jurisdição Coletiva*. Fev. 2002. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 23 maio 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. O Regime Processual Experimental Português. *Revista de Processo*, n. 148. São Paulo, RT, jun. 2007, p. 169-180

SALLES, Carlos Alberto de. Class Actions: Algumas Premissas para Comparação. *Revista de Processo*, n. 174. São Paulo, RT, ago. 2009, p.215-236

STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Época de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Hendu*, 1. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>>. Jul. 2010. Acesso em: 24 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas das Possibilidades à Necessidade de Respostas Corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

TESHEINER, José Maria Rosa. *Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil (arts. 895 a 906)*. Processos Coletivos, 23 jun. 2010. Disponível em <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_ponto.asp?id=32](http://www.processoscoletivos.net/ve_ponto.asp?id=32)>. Acesso em: 20 maio 2011.

THEODORO JR., Humberto. Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, n. 37. São Paulo, 2010. p. 233-244.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre Questão de Fato e Questão de Direito para Fins de Cabimento de Recurso Especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, out. 1998. p. 52-70.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

\_\_\_\_\_. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven: Yale University, 1988.