

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE -
FURG
FACULDADE DE DIREITO**



TRABALHO DE GRADUAÇÃO

**A (in)adequação do incidente de resolução de
demandas repetitivas ao processo jurisdicional
democrático.**

Cláudio Renato Pinho Dias Junior

Rio Grande, 2011.

Cláudio Renato Pinho Dias Junior

A (in)adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo jurisdicional democrático.

Trabalho acadêmico apresentado à Faculdade de Direito da Fundação Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: **Prof. Dr. João Moreno Pomar**

Rio Grande, 2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Moreno Pomar

Prof. Me. Valdenir Aragão

Prof. Dr. Francisco Soller de Mattos

Agradecimentos

A meu orientador, Prof. Dr. João Moreno Pomar, pelo auxílio e apoio, material e intelectual, durante a realização deste trabalho.

Aos professores desta instituição, pelos ensinamentos ao longo desta jornada, em especial aos meus colegas.

Aos meus pais, pela paciência e compreensão.

*O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornam monocráticos...! Milhares de processos são “resolvidos” no atacado...! Não discutimos causas, pois passamos a discutir “teses” jurídicas...!
E as ações são julgadas por “pilhas”.*

Lenio Luiz Streck

Resumo

DIAS JR, Cláudio Renato Pinho. **A (in)adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo jurisdicional democrático..** 2011. 41p. Trabalho Acadêmico (Graduando). Fundação Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

O presente trabalho versa sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Lei do Senado Federal nº166/2010, e sua adequação ao chamado processo jurisdicional democrático. Este novo instrumento que prevê o julgamento antecipado de uma lide, cuja sentença servirá de paradigma ao julgamento de outras demandas que versem sobre a mesma tese jurídica, tem causado grande debate. Há aqueles que o defendem ressaltando o incremento da celeridade processual e o aumento do acesso à justiça que dele advirá, enquanto outra corrente o enxerga com muitas ressalvas devido à relativização de alguns princípios processuais, mormente, ao contraditório. Esta segunda corrente que critica aos implemento de decisões em “bloco”, propõe o fortalecimento das garantias processuais, como o princípio do contraditório, entre outros, que proporcionaria maior celeridade efetiva eis que, com maior debate as decisões se evitaria de ter-se mais recursos. Tratar-se-á também da análise das espécies de direitos coletivos eis que o incidente, como proposto, se assemelha a ação de classe americana *class action* a qual, na avaliação específica do incidente será comparada.

Palavras-chave: Direitos Coletivos. Direitos Individuais Homogêneos. Class Action. Novo CPC. Contraditório. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Lista de Abreviaturas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei do Senado nº166/2010

PLS 166/2010 – Projeto de Lei do Senado nº166/2010

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF- Superior Tribunal federal

Sumário

Introdução	8
1. Processo Jurisdicional Democrático	11
1.1 Evolução Processual	11
1.1.1 Liberalismo.....	12
1.1.2 Socialismo Processual	15
1.1.3 Neoliberalismo Processual	20
1.2 Policentrismo e Contraditório	24
2. Direitos Coletivos.....	27
2.1. Origem	27
2.2. Espécies	31
2.2.1 Direitos Difusos	31
2.2.2 Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	32
2.2.3 Direitos Individuais Homogêneos.....	32
3. Incidente de resolução de demandas repetitivas e <i>class action</i>	39
3.2 Requisitos do Incidente	40
3.2.1 Relevante Multiplicação de Processos.....	40
3.2.2 Idêntica Questão de Direito	41
3.3 Legitimados.....	42
3.3.1 Representação Adequada	43
3.4 Acórdão/Sentença.....	46
Conclusão.....	48
Bibliografia.....	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a (in)adequação do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts.930 à 941 do PLS166/2010) em face da teoria do processo jurisdicional democrático.

No primeiro capítulo se falará sobre a teoria do processo jurisdicional democrático sendo necessário para isso uma breve abordagem da evolução processual a partir do liberalismo processual, o que consubstanciará a construção desta teoria.

Na parte da evolução processual, de início, tomaremos por base a fase liberal processual abordando suas características da igualdade formal, prevalência do dispositivo e a restrição da atuação do juiz. Já na fase que a sucede, o socialismo processual, se falará da busca pelo rompimento com as características da outra fase, através do fortalecimento da figura do juiz a fim de que este, agora imbuído num *múnus* público com missão social, interferisse no processo para garantir a igualdade material entre as partes e aplicar a lei conforme os anseios sociais.

Se verá que sobre essas concepções surge a figura do ativismo judicial, a qual será utilizada, de forma degenerada, pela outra fase, qual seja, o neoliberalismo processual.

Nessa fase, poderá se constatar que o processo servirá como instrumento de aplicação no judiciário dos ideais neoliberalismo econômico. Para isso, serão degeneradas a característica da escritura do liberalismo juntamente com o ativismo judicial do socialismo. Da junção destas características surgirá o atual juiz com

amplos poderes, subsidiados por uma pseudo-missão social, mas que na verdade é pressionado ao cumprimento de metas de produção, algo tipicamente liberal.

Em face desta abordagem histórica, e com os elementos característicos de cada fase, ao final deste primeiro capítulo, se abordará a teoria de um processo jurisdicional democrático, que se pauta na valorização do princípio do contraditório com vistas a tornar o processo policêntrico, desonerando a demasiada carga de responsabilidade que recai sobre a figura do juiz social, e participativo, com intuito de proporcionar ampla e prévia discussão do caso concreto com o fim de se construir uma decisão adequada aos princípios constitucionais do processo, e não às metas de produção de sentenças.

No segundo capítulo, se tratará da origem e das espécies de direitos coletivos, uma vez que recaído sobre uma ação o incidente de resolução de demandas repetitivas estaremos, inexoravelmente, tratando de um processo que, se na sua origem foi intentado á defesa de um direito individual, a partir da incidência do incidente teremos uma ação com resultados coletivos.

Neste capítulo, a abordagem da origem desses direitos mostrará ser irremediável a necessária valorização dos procedimentos coletivos. Esta afirmativa se justificará na estrita relação que esses direitos têm com a evolução das dimensões dos direitos fundamentais, uma vez que superada a fase das liberdades de cunho individual, os direitos de segunda e, principalmente, os de terceira dimensão, tratam de interesses não mais singulares, mas sim, coletivos, como os direitos á cidadania da segunda dimensão e os direitos fraternais da terceira. Consoante a esse tema, também nesse capítulo será analisada, de forma conceitual, as três diferentes espécies de direitos coletivos, a saber: difusos, coletivos e individuais homogêneos, a fim de que se enxergue o objetivo os resultados coletivizantes da incidência do art. 930 do novo CPC (PLS166/2010) que, não por coincidência, antes era denominado incidente de coletivização.

Por fim, no terceiro capítulo, se abordará os requisitos do incidente de coletivização de demandas repetitivas, conjuntamente com os requisitos da *class action*. Explicamos que embora na exposição de motivos do anteprojeto do novo

CPC os seus autores tenham mencionado que a sua criação derivou da inspiração em modelo semelhante do sistema alemão, julgamos pertinente a relação deste incidente com a ação de classe norte americana pelo inegável efeito coletivizante do incidente e a semelhança entre os requisitos de ambas, além de mencionar a valorização do precedente oriundo da decisão do incidente e seu efeito *erga omnes*.

Ao final, do conhecimento extraído de cada capítulo, far-se-á um sopesamento da adequação, ou não, do “incidente de coletivização” com os preceitos do processo jurisdicional democrático e seu prometido “acesso á justiça” eis que resolveria de modo “eficiente” e “célere” várias demandas individuais.

1. PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

1.1 Evolução processual

Inobstante discussões acerca do objeto da ciência do Direito, na prática se afirma cada vez mais a prevalência da lei como seu objeto. Sobre o estudo, análise e crítica dela se estruturam a maioria das cadeiras acadêmicas. A doutrina, por sua vez, se constrói sobre a sua avaliação e análise, ao passo que da aplicação das mesmas, ato contínuo da interpretação, se erige o sistema judiciário e suas funções essenciais. Porém, à todas essas ações é indispensável a avaliação do momento histórico da sua gênese, eis que a lei, invariavelmente, reflete sistema político vigente. Assim, a lei, sendo fruto de um sistema democrático (ou não) não se dissocia da conjuntura política histórica de seu tempo.

Sem obstar que a criação de algumas remontem décadas e até séculos atrás, à sua atual validade/vigência estas passam por interpretação que as tornam consoante à realidade de hoje que, certamente, não era prevista no início da sua vigência.

Desse modo, a abordagem da evolução do direito processual também reflete a quadra histórica de sua implantação e, por isso, se torna pertinente sua breve análise.

1.1.1 Liberalismo

Contemporaneamente, temos que a primeira fase (da evolução) processual foi o liberalismo processual. Originado à época da revolução francesa e, por isso, refletindo a ruptura com o sistema jurídico do antigo regime, esta fase se coaduna com a visão liberal de defesa de liberdades individuais e garantias formais. Segundo Nunes, o início do movimento do liberalismo processual, no modelo francês, tinha como principais linhas teóricas a igualdade formal dos cidadãos, a escritura e o princípio do dispositivo, pelos quais se buscavam a passividade e a imparcialidade do juiz.¹

Como dito, o sistema processual liberal, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico de sua época, compartilhava com este a mesma idéia de liberdade consoante com a primeira geração de direitos fundamentais.

Conforme Damaska:

[...] todas as partes são tratadas da mesma forma no tocante à alocação dos instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes têm o mesmo direito na regulamentação das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes são tratadas abstratamente, abstraindo-se delas as diferenças pessoais (substanciais) e tratando-as como titulares de direitos processuais equivalentes.²

Da mesma forma, conforme Canotilho:

[...]o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda nocturno”), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual.³

¹ NUNES, 2008, p. 73.

² DAMASKA citado por NUNES, 2008, p. 75.

³ CANOTILHO citado por NUNES, 2008, p. 73.

Ademais, não se pode deixar de olvidar que essa noção peculiarmente liberal do processo que coloca em par de igualdade pessoas sócio-econômicas diferentes, guarda estrita relação com os ensinamentos de Adam Smith e sua visão de mercado na qual teoriza que da livre concorrência surgiria um ciclo virtuoso que alçaria o homem naturalmente ao desenvolvimento contínuo devido á livre concorrência.

Nunes, explicando esta fase, expõe que:

Na fase do liberalismo processual, idealizou-se uma concepção formal de igualdade que pressupunha a inexistência de disparidades entre os indivíduos. Como afirmava Menger, acreditava-se que [...] deixando livre as forças econômicas, obter-se-ia uma produção maior em quantidade dos diferentes objetos e, em virtude disso, alcançar-se-ia o bem-estar econômico de todos (doutrina de Manchester). Tratando a todos os cidadãos de um modo perfeitamente igual, sem atender a suas qualidades pessoais e a sua posição econômica, e permitindo que entre eles se estabelecesse uma competição ininterrupta, chegar-se-ia, sem dúvida, à elevação da produção até o infinito. Mas, ao mesmo tempo, conseguir-se-ia que os pobres e os débeis tomassem uma parte consistente nesse aumento de produção.⁴

Outra característica desta fase é o predomínio da “escritura”, sob clara influência da escola positivista. Esta, como ensina Cappelletti referido por Nunes, seria:

[...] o sistema ou princípio, segundo o qual o juiz devia julgar apenas com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto (e, por conseguinte, oral) com as partes, com as testemunhas, com os peritos. A escritura era considerada quase como um escudo do juiz contra as tentações e os perigos da parcialidade. Era, na realidade, a barreira, o diafragma que separava o juiz do processo daqueles que do processo são os verdadeiros protagonistas privados: sobretudo as partes e as testemunhas.⁵

Assim, nota-se que somados a concepção formal de igualdade processual (derivada da mesma concepção social) e o princípio da escritura tem-se uma grande desvalorização da tutela jurisdicional no sentido de garantir justiça. Consoante a isto soma-se o terceiro princípio do dispositivo, o qual remontando à idade clássica do

⁴ MENERGER citado por NUNES, 2008, p. 74.

⁵ CAPPELLETTI citado por NUNES, 2008, p.73.

direito romano, concedia às partes um poder de guiar o processo, decidindo acerca de termos iniciais e prazos processuais, o qual pela sua natureza, foi amplamente difundido na fase liberal do processo, vindo a tornar-se um de seus principais corolários.

Sobre pensamento de Caracini, Nunes pontua que a importância do princípio do dispositivo se deve a limitação que este impõe à qualquer manifestação do juiz no processo, ou mesmo sequer, instaurando-o. Assim, devia ser o processo como algo realmente pertencente as partes. Suscitando ensinamento de Damaska, Nunes fundamenta que este novo paradigma procurou romper com a idéia inquisitiva medieval, onde as partes seriam meras figuras e não atores principais. Pode-se afirmar, então, que o liberalismo sob o foco do princípio do dispositivo visou tornar o processo e a jurisdição como instrumento de solução privada de conflitos igualmente pessoais, enquanto o modelo anterior pendia mais à adequação do privado aos interesses do soberano absoluto.⁶

Cappelletti, sobre este princípio:

[..] princípio (e processo) dispositivo em sentido processual ou impróprio, aquele com o qual se alude, em sentido diverso, a uma vinculação do juiz às iniciativas das partes e que, por isso, diz respeito à técnica e ao desenvolvimento interno do processo e, em espécie, à escolha dos instrumentos para a formação do convencimento judicial.⁷

Ainda sobre esta sistemática liberal, Nunes reverberando Arouca, aponta para o exacerbado protagonismo processual das partes (dispositivo), o qual é tamanho ao ponto que até mesmo o impulso se dava pela vontade das partes. Por conseguinte, neste modelo, se não poderia falar em prazos peremptórios uma vez que o início e fim das fases processuais eram firmados pelas partes, ou seja, diferindo-se da atual forma de dilatação de prazos, no procedimento liberal temos o juízo dilatação sendo exercido pelas partes, prescindindo da avaliação judicial, cabendo ao magistrado apenas a homologação do mesmo.⁸

⁶ NUNES, 2008, p. 76.

⁷ CAPPELLETTI citado por NUNES, 2008, p. 76.

⁸ AROUCA citado por NUNES, 2008, p. 77.

Portanto, na idade contemporânea, na primeira fase da evolução processual tivemos o predomínio das perspectivas liberais econômicas que desaguaram no direito, instrumentalizadas nos princípios da igualdade formal, do dispositivo e da escritura, os quais obstavam de sobremaneira a figura do juiz, que era visto como mero espectador do desenrolar do processo. Assim, ao Magistrado, não lhe cabia sequer o papel de coadjuvante na construção do processo. Pode-se dizer que, sob estas perspectivas, a verdade processual que hoje, no civil, já é relativa, onde, em tese, deveria o magistrado sentenciar sobre apenas o que está nos autos, na fase liberal era a principal característica.

Sobre esta passividade impingida ao magistrado, Nunes pontua que este:

nesta perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam.⁹

1.1.2 Socialismo processual

Devido as falhas do modelo anterior que, dentro da lógica liberal que guiava a economia, apenas proporcionava igualdade formal com relevante predomínio de princípios processuais que asseveravam ainda mais as diferenças sociais, surge uma nova proposta de modelo processual, o socialismo processual. Este modelo teve como um dos principais criadores o processualista Anton Menger e pautava-se pela superação do modelo de passividade judicial, a qual deveria ser superada através de *uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de alguns institutos jurídicos processuais*.¹⁰

Menger, criticando o processo (sistema) liberal que favorecia os mais ricos em detrimento dos mais pobres, eis que vigia a igualdade formal e o predomínio do dispositivo naquele sistema,¹¹ nas suas reformas legislativas propõe ser o juiz a figura que deveria “guiar” o mais fraco, protegendo-o do poder econômico e da

⁹ NUNES, 2008, p. 77.

¹⁰ NUNES, 2008, p. 78.

¹¹ NUNES, 2008, p. 80.

desigualdade fática que imperava no antigo sistema. Segundo Nunes, *Menger propõe que caberia uma dupla tarefa ao juiz, superada a fase liberal; educador e representativo do pobres endoprocessualmente.*¹² Esta é a gênese da figura do “juiz social”.

Seguindo esta concepção de mudança do paradigma de processo liberal para o viés do fortalecimento da atuação do magistrado como figura necessária às transformações sociais e garantidor de igualdade material entre as partes no processo, o jurista austríaco Franz Klein busca implementar as idéias de Menger de mudança legislativa com o objetivo de implementar esta nova visão de processo socialista.

Em vista disso, segundo Cappelletti *o processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem-estar social” para a busca da pacificação social.*¹³

Segundo Klein:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna de Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois tudo isso nos é escondido sob as formas e fórmulas do processo. Nele se mostram, portanto, as barreiras à nossa força moral. A boa vontade poderia tornar o litígio judicial desnecessário. Por isso, o processo, na medida em que nenhuma época dele prescinde, exhibe-se como um testemunho sempre igualmente presente da imperfeição e da fraqueza dos homens ao longo da história.¹⁴

Assim, com base nos ensinamentos de Menger, Klein idealiza o juiz como alguém que *deveria auxiliar as partes buscando o clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento.*¹⁵

¹² NUNES, 2008, p. 80.

¹³ NUNES, 2008, p. 83.

¹⁴ KLEIN citado por NUNES, 2008, p. 84.

¹⁵ NUNES, 2008, p. 84.

Com esse fortalecimento do papel do juiz, partindo-se dos pensamentos de Menger, sob os quais Klein operou grandes reformas legislativas, para Nunes:

Verifica-se, assim, uma nítida ruptura com os modelos liberais, partindo-se de uma suposta função assistencial que o juiz desempenharia, e instituindo-se, paulatinamente, no âmbito processual moderno, a partir do modelo legislativo de Klein, a implementação do discurso do protagonismo judicial.¹⁶

Percebe-se, portanto, que as reformas legislativas propostas por Klein visavam enfraquecer o antigo papel do juiz assistente a fim de torná-lo protagonista processual. Tal inovação enfrentava, principalmente, a autonomia das partes da diligência do processo, o que causava deveras atrasos na prestação jurisdicional uma vez que as próprias partes eram quem decidiam acerca dos prazos processuais, além da paridade apenas formal. Isto fazia com que o processo, além de não garantir igualdade entre as partes, também era delongado pela vontade delas, o que gerava muito atraso. Neste cenário é que as reformas propostas por Klein, vem proporcionar maior justiça social através da implementação da busca pela igualdade real do direcionismo processual a ser exercido pelo juiz, o qual agora iria diligenciar o processo, tendo conhecimento prévio das causas e impondo os prazos processuais objetivando, assim mais celeridade e por consequência ser mais justo socialmente em vista do antigo sistema liberal.

Nunes, citando Trocker, afirma que esta reforma processual perfectibilizava:

[...] uma evolução importante de uma justiça entendida como observância de regras formais para uma justiça em sentido substancial. Liberado dos vínculos formais, o juiz se transforma de um simples tutor da regularidade do “jogo” em um verdadeiro e próprio garante da justiça substancial. O contato direto com as partes lhe permite uma visão plástica dos fatos deduzidos em juízo e participar ativamente no acertamento e esclarecimento das questões de fato e de direito colocadas como fundamento das respectivas pretensões.¹⁷

¹⁶ NUNES, 2008, p. 86.

¹⁷ NUNES, 2008, p. 89.

Interessante, como ressalta Nunes, foi a receptividade que esta teoria de valorização do papel social do juiz no processo recebeu nos países ultranacionalistas de direita, mormente na Alemanha nazista a qual, passando por grave recessão, assimilou muito bem o discurso social-democrata que implementava mais poder ao juiz como guardião dos valores sociais. Remontando àquela época, Nunes afirma que na Alemanha nazista, houve o *predomínio da Doutrina nacional-socialista em face do positivismo Kelseniano. O rechaçamento do positivismo se deu em face da conveniência do discurso nacional-socialista do nazismo.*

Como bem explica Nunes, *ao contrário do que alguns pensam, a Alemanha nazista teve o sistema jurídico que, em tese, foi construído para a defesa do povo, todavia o povo era o Führer.*¹⁸

Para demonstrar esta receptividade, Nunes cita escritos de Garzón Valdés, que por sua vez, cita os de Larenz, nos quais este autor afirma que:

O juiz está obrigado a reconhecer e aplicar toda lei que entre em vigência pela vontade do Führer; porém tem que aplicá-la de acordo com o espírito do Führer; de acordo com a atual vontade jurídica, com a idéia concreta do direito da comunidade. No Estado popular, o direito não se esgota na lei nem a lei existe separadamente. Tem que ser colocada no contexto total do direito vigente e estar apoiada pela vontade da comunidade em que embasa sua validade.¹⁹

No mesmo sentido, Cordeiro Leal citado por Nunes, demonstra, com base nos pensamentos de Oskar Von Bülow, esta necessidade de se ter um magistrado preocupado com os anseios sociais. Como expõe:

Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis dos magistrados pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã- o que, por óbvio, nos remete ao entretecimento da missão do juiz com uma certa realidade social.²⁰

Adiante Nunes avalia, os reflexos dessa conduta socializadora do processo no Brasil. Citando o Código de Processo Civil de 1939, o autor faz uma análise do

¹⁸ NUNES, 2008, p. 91.

¹⁹ VALDÉS citado por NUNES, 2008, p. 91.

²⁰ CORDEIRO LEAL citado por NUNES, 2008, p. 105.

mesmo relacionado-o, no que desrespeita, à mudança de viés do papel do juiz pretendida com o novo diploma. Assim, situando o momento histórico de sua implementação no início do Estado Novo, o autor cita a exposição de motivos feita pelo então ministro Francisco Campos, como segue:

O regime instituído em 10.11.1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. O Estado caminha para o povo e, no sentido de garantir-lhe o gozo dos bens materiais e espirituais, assegurado na Constituição, o Estado teve que reforçar a sua autoridade a fim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público. Ora, se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser o campo neutro em que todos os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser u dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado.²¹

Sobre essas reformas do início do século passado, Nunes as compreende como adequadas, decorrentes e furto de uma época em que se procurava romper com a visão míope de paridade entre as partes, peculiaridades do sistema liberal que, convenientemente, protegia interesses privados em prejuízo de direitos sociais.²² Porém, o autor, em análise dos efeitos da implementação dessa postura socializadora do processo, constata que mesmo após a tentativa de implantação dessa nova legislação procedimental o sistema judiciário brasileiro não abandonou a velhas práticas liberais.

Como expõe:

Em nosso país, o trato da discussão endoprocessual, que deveria ser fomentada e implementada ao longo de todo o *iter* processual, nas prática, somente ganha importância a partir da instrução probatória e, em inúmeras hipóteses, tão-somente no momento decisório. Vê-se que a legislação pode ser socializadora e oral, mas a condução do procedimento se dá como se a legislação fosse liberal e escrita. De fato, o único aspecto da socialização que se implementou no Brasil foi o de se reforçar o papel da magistratura e a de credulidade de sua superioridade, ao se partir de um suposto privilégio cognitivo, que encontra suas bases no âmbito da teoria do

²¹ CAMPOS citado por NUNES, 2008, p. 97.

²² NUNES, 2008, p. 104.

processo, no pensamento de vários autores, mais notadamente no de Oskar Von Bülow.²³

Porém, esta concepção de modelo processual, adotado por alguns países europeus durante a doutrina do Welfare State, assim como este, também se mostrou limitada como explica Habermas:

Um programa jurídico se mostra discriminatório quando é insensível às conseqüências limitadoras da liberdade, derivadas das desigualdades fáticas; e paternalista quando é insensível às conseqüências limitadoras de liberdade que acompanham a compensação estatal daquelas desigualdades.²⁴

Assim, diante disso, começaram-se discussões acerca de como implementar um novo paradigma processual que almejasse ser absoluto em uma sociedade altamente plural. Todavia, como afirma Nunes, a partir da década de noventa, começa no Brasil a implantação de uma nova perspectiva processual que, segundo este autor, degenera essas duas concepções buscando apenas *um processo de resultados que tenta encobrir uma lógica funcional e de produtividade processual, que vem sucateando a técnica e o processo.*²⁵

1.1.3 Neoliberalismo processual

Como explica Nunes, no Brasil a partir de meados dos anos oitenta, *incentivou-se, nos estudos de direito processual, a visualização de escopos metajurídicos (sociais, políticos, econômicos) da jurisdição, assim como um reforço do papel dos juízes.*²⁶

Desta época remonta a obra do jurista Cândido Rangel Dinamarco, intitulada Instrumentalidade do Processo. Nela o jurista sob a visão socializadora do início do século reafirma o papel social que deve ser desenvolvido pelo magistrado, sendo, para isso, necessário a implementação de seus poderes. Consoante a isto, prega uma instrumentalidade do processo, ou seja sob sua perspectiva o *sistema processual funciona como mero instrumento do Estado para consecução dos*

²³ NUNES, 2008, p. 98.

²⁴ HABERMAS citado por NUNES, 2008, p. 135.

²⁵ NUNES, 2008, p. 140.

²⁶ NUNES, 2008, p. 141.

*escopos por ele traçados.*²⁷ Nessa linha o jurista afirma que a legitimidade da ordem processual seria obtida através de *compatibilidade* desta ordem *com uma presumida realidade axiológica.*²⁸

Porém, conforme Nunes, esta demasiada responsabilidade imposta aos magistrados, conjuntamente com essa liberdade de atuação procedimental dada pela teoria da instrumentalidade pode ser deverás perigosa. Segundo o autor, assim como bons magistrados, fazendo seu uso poderiam operar em favor da efetivação de valores sociais através de uma atuação menos ortodoxa sustentada na interpretação de normas amplas e/ou abertas, esta visão também pode ter dado azo à objetivos menos nobres. Expondo esse pensamento, Nunes cita Calmon de Passos, o qual observa que:

Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado a inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da pleora de feitos e de recursos que nos sufocam? E a resposta foi dada pela palavra mágica “instrumentalidade”, a que se somaram outras palavras mágicas – “celeridade”, “efetividade”, “deformalização”, etc.²⁹

Porém o autor, referindo-se à Dinamarco, faz uma ressalva a teoria deste jurista chamando atenção para que, muito embora a teoria do instrumentalismo tenha sido usada para distorcer a pretendida formação de um juiz socialmente engajado, convertendo-se em um meio de implementação de imperativos de Mercado com vistas tão somente à maior “produção”, isto não era previsto por aquele jurista.³⁰

Conforme Nunes, devido a grande recessão ocorrida na década de oitenta, foi idealizado um novo plano financeiro, oriundo de Washington, o qual pretendia recuperar o crescimento econômico mundial. Tal plano consistia, basicamente, no desaparelhamento do Estado com a privatização das empresas estatais, e decorrente redução dos quadros funcionais, além da abertura ao comércio e da

²⁷ DINAMARCO citado por NUNES, 2008, p. 147.

²⁸ DINAMARCO citado por NUNES, 2008, p. 147.

²⁹ CALMON DE PASSOS citado por NUNES, 2008, p. 146.

³⁰ NUNES, 2008, p. 148.

desregulamentação do sistema financeiro. Era a retomada dos ideais liberais e, como afirma Nunes, *nessa perspectiva, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo.*³¹

Alias, os fundamentos da teoria socializadora do processo eram vistos como um empecilho que poderia causar grave insegurança jurídica.

Como afirma Nunes:

Surgem vozes da teoria econômica defendendo, até mesmo, que não se poderia acorrer ingerência da jurisdição em contratos financeiros, sob a possibilidade de se criar um risco ou “incerteza jurisdicional” capaz de gerar, nessa concepção, a baixa utilização de investimentos de longo prazo no mercado financeiro, por estarem sujeitos a revisibilidade judicial.³²

Porém, a característica de concentração do poder na magistratura foi vista como útil à implementação da característica fundamental do neoliberalismo no judiciário. Assim, com aqueles objetivos traçados, começa-se a valorização da celeridade. Sobre ela se erige toda a argumentação que válida a aplicação quanto mais rápida melhor. Como menciona Nunes, aos que defendem a valorização do processo com suas garantias, recaem taxativos adjetivos de formalista e burocratizante, por exemplo mormente em relação a discussão da constitucionalidade do art. 285-A do CPC (o qual guarda muita semelhança com o art. 307 do NCPC).

Sobre a invocação das garantias constitucionais do processo:

[...] qualquer discurso garantistas, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante como a defesa de uma perspectiva formalística e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual – constitucional também não pudesse ser célere e funcional.³³

Já sobre o julgamento liminar previsto pelo 285-A:

³¹ NUNES, 2008, p. 158.

³² NUNES, 2008, p. 160.

³³ NUNES, 2008, p. 163.

A mitigação de uma aplicação individualizada do direito não é vista como um inconveniente, uma vez que tal aplicação pormenorizada, tomando por bases as especificidades jurídicas de cada caso concreto em litígios de massa, pode ser sacrificada na busca de uma uniformidade decisória de inúmeros casos presumidamente iguais (idênticas controvérsias), em perspectiva funcional.³⁴

Dessa forma, Nunes sintetiza que o processo célere, na visão neoliberal, *não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números.*³⁵

Porém, acerca dessa visão instrumental do *processo de resultados*, como preconizava Candido Rangel Dinamarco, que se traduz como a busca pela máxima rapidez do resultado com a mínima interferência possível na vida do cidadão, e que foi usurpada pelos entusiastas do neoliberalismo, adverte Gonçalves que:

As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviam o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quando a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo. A decisão não se qualifica como justa apenas pelo critério da rapidez, e se a justiça não se apresentar no processo não poderá se apresentar, também, na sentença.³⁶

Assim:

Analisa-se o sistema processual e seus institutos como se eles, seu dimensionamento e sua interpretação pudessem se resumir ao cumprimento de funções econômicas, dentro da tônica de que, diante da globalização, ocorreria a imposição de modelos jurídicos pelos sujeitos econômicos dominantes, sem qualquer comprometimento com a busca de legitimidade de um Estado democrático de direito.³⁷

³⁴ NUNES, 2008, p. 170.

³⁵ NUNES, 2008, p. 165.

³⁶ NUNES, 2008, p. 150.

³⁷ TARUFFO citado por NUNES, 2008, p. 175.

Em vista disso, Nunes propõe uma retomada das garantias processuais constitucionais, mormente a valorização do contraditório, de forma que as decisões que sejam proferidas pelos juízes de primeiro grau tenham o mínimo risco de serem reformadas haja vista que o procedimento seria pautado pelo fomento de amplo debate entre as partes possibilitando que as decisões seja erigidas pelas provas apresentadas e menos pela necessidade adequação à metas de produtividade.

Em síntese:

As ações do juiz jamais poderão ser estratégicas no sentido de obter sucesso mediante a busca de produtividade, mas, sim, performativas, ou seja, vocacionadas ao entendimento à aplicação normativa do direito, preocupando-se em decidir em espaço – tempo suficiente e em perspectiva constitucional.³⁸

1.2 Policentrismo e contraditório

Segundo Nunes, ao mesmo tempo que a antiga teoria liberal do processo não é mais aplicável, também não se admitiria a manutenção de ideais processuais socializadores como justificativa para implantação de procedimentos que visão apenas a produção sistemática de decisões em massa, característica que identifica a visão neoliberal do processo, à qual se refere ao afirmando que

[...] consolida-se no Direito brasileiro, desde o início da década de 1990, um peculiar movimento pelo acesso à Justiça que, para além da finalidade ideológica alegada – qual seja, a socialização do Direito Processual –, permitiu uma série de alterações na legislação e no Direito Processual que permitem a sobrevalorização da rapidez procedimental e de uma específica concepção funcional (de eficácia).³⁹

Como bem explica:

O discurso de produtividade industrial e de rapidez da prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento do caso concreto em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v.g.arts. 285A, 543A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga

³⁸ NUNES, 2008, p. 175.

³⁹ NUNES, 2008, p. 209.

escala. O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos.⁴⁰

Contraopondo-se a este modelo degenerativo de matriz neoliberal, Nunes direciona sua argumentação à valorização das garantias processuais constitucionais, tais como o devido processo legal (art.5º,LIV), ampla defesa (art.5º,LV), direito de ação ou inafastabilidade da jurisdição (art.5º,XXXV) e, principalmente, o contraditório (art.5º,LV), com o necessário abandono da ideologia do protagonismo judicial a fim de tornar o processo, nas palavras de Fazzalari, *um procedimento em contraditório, e não uma relação juridico-processual*.⁴¹

Portanto, citando Habermas, para Nunes, o processo:

[...] estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fácticas jurídicas.⁴²

Outrossim, na valorização dos princípios constitucionais, o autor pauta-se principalmente pela defesa do contraditório o qual, segundo ele, *é guindado a elemento normativo estrutural da participação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual*⁴³, mas que no entanto, vem sendo relativizado ante necessidade de se ter um processo cada vez mais célere, o que também contraria a percepção fazzalariana de contraditório como garantia de que todos aqueles que de alguma forma fossem afetados pela sua decisão, nele pudessem confluir para a formação dela,⁴⁴ constituindo, dessa forma um contraditório dinâmico.

Como explica:

Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se se

⁴⁰ NUNES, 2008, p. 210.

⁴¹ FAZZALARI citado por NUNES, 2008, p. 203.

⁴² HABERMAS citado por NUNES, 2008, p. 211.

⁴³ COMOGLIO citado por NUNES, 2008, p. 227.

⁴⁴ FAZZALARI citado por NUNES, 2008, p. 206.

acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz e que se constitui em entrave formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporá nos discursos de aplicação normativa.⁴⁵

Pode-se concluir, dessa forma, que a teoria do processo jurisdicional democrático se firma na valorização dos princípios processuais constitucionais com vistas de que estes retomem o aspecto garantidor do processo como meio de resolução das lides, no qual o contraditório seria fundamental à legitimidade do impulso oficial. Neste diapasão, com o abandono da necessidade do ativismo judicial, os atos seriam guiados pela comparticipação de todas as partes jurisdicionadas por meio de um *desenvolvimento dialético*⁴⁶ adstrito apenas à normatividade das alegações das partes.

Em síntese, a decisão, de acordo com a teoria do processo jurisdicional democrático

[...] não pode mais ser vista como expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.⁴⁷

⁴⁵ NUNES, 2008, p. 247.

⁴⁶ NUNES, 2008, p. 212.

⁴⁷ NUNES, 2008, p. 238.

2. DIREITO COLETIVO

2.1 Origem

O incidente de coletivização de demandas repetitivas figura como uma das principais inovações trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Da sua aplicação se espera a solução para as chamadas demandas repetitivas apontadas pelos magistrados, juntamente com as possibilidades de recursos, como um dos principais empecilhos ao alcance da prestação jurisdicional mais célere. O crescimento dessas demandas repetitivas é apontado como fruto tanto das atuais relações comerciais, onde pessoas são agregadas por nichos de consumo, quanto das ações e omissões do Estado acerca dos direitos e garantias individuais, quanto da necessária garantia de certos direitos fundamentais.

Nesse entendimento, por mais pontual que seja, qualquer ação (ou omissão) de empresas e do Estado atinge, na maioria das vezes, um número incomensurável de pessoas e, por sua vez, afeta desde direitos de cunho estritamente pessoal até outros de caráter metaindividual. E é exatamente nesta variedade de direitos e relações jurídicas que reside a necessidade de prestação jurisdicional diferenciada. Desse modo, antes de adentrar ao estudo da adequação deste novo incidente processual, previsto no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro, aos princípios do processo jurisdicional democrático, é oportuno o entendimento da origem da natureza destes direitos comuns bem como a diferenciação das suas espécies.

Com o passar das gerações de direitos, partindo da primeira cuja matriz era a limitação do poder do Estado frente ao cidadão, paradoxalmente àquela, as gerações que a sucederam caracterizaram-se pela retomada da ampliação da atuação do ente público na sociedade. Obviamente a emergência das gerações ulteriores a primeira não se tratou de um retrocesso ou quebra de paradigma, pois que esta atuação não ocorreu no sentido de retomada daquele famigerado autoritarismo estatal, ao contrário.

Se antes os direitos a serem afirmados eram predominantemente os individuais (condizentes com os interesses econômicos daqueles que os pleiteavam) exigindo do Estado uma postura mais liberal, na medida do crescimento da complexidade das relações pessoais, outros direitos, menos individuais e mais abrangentes, começaram a emergir daquelas classes não beneficiadas por aqueles direitos de viés burguês da primeira geração.

Consoante à este entendimento, nas palavras de Sarlet:

“Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.”⁴⁸

Destarte, expandindo os direitos consagrados na primeira geração, advieram a segunda e a terceira gerações. Sem obstar o reconhecimento da doutrina no que tange a existência de uma quarta geração de direitos, estas gerações ulteriores se caracterizaram, nesta ordem, pela consagração de direitos sociais e fraternais. Naquela, se constatou que não bastaria a simples garantia de liberdades individuais em um texto legal para que estas se concretizassem, mas mais que isso, seria necessário a participação do Estado para o alcance real daquelas liberdades formais. Os agraciados pelos direitos assinalados à primeira geração (mormente pelos deveres negativos do Estado) tinham plena capacidade de gozo daquelas

⁴⁸ SARLET, 2007, p. 56.

liberdades e possibilidades garantidas, no entanto, em vista das diferenças econômico-culturais existentes (não só àquela época) entre as classes, o desfrute destas garantias eram inalcançáveis aos mais necessitados sem a intervenção asseguradora do Estado. Daí a necessidade e o surgimento da atuação ativa do Estado em prol de garantir a cidadania social.

Tal necessidade fica bem explicada nas palavras do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

“Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1849, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (...), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais e abstratas para as liberdades materiais e concretas (...).”⁴⁹

Nesta esteira lógica de crescimento da esfera de abrangência dos direitos fundamentais emergem, em meados do século passado, os direitos de terceira geração. Estes vêm sagrar, como dito antes, os chamados direitos fraternais e se caracterizam desta forma, nas palavras de Ingo Sarlet, *pela sua implicação universal, ou no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação*⁵⁰

Nos exemplos de direitos firmados por esta geração, à saber, dentre outros, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, direto à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação⁵¹, fica claro o aspecto, como dito, transindividual e difuso destes, os quais outorgaram a sua titularidade senão à humanidade, à coletividades, por vezes, indetermináveis. Decorrente daí o surgimento dos chamados direito difusos e coletivos os quais pode-se dizer que são reais à partir da existência do próprio Estado ora que mesmo não expressos em textos legais, ainda

⁴⁹ SARLET, 2007, p. 57.

⁵⁰ SARLET, 2007, p. 59.

⁵¹ BONAVIDES citado por SARLET, 2007, p. 58.

que existissem sob a forma latente dentro de cada ser humano, pois fundamentais, sem o Estado, no entanto, ninguém iria garantir-lhes.

Entretanto, ao passo que estes direitos difusos e coletivos se caracterizam pela indeterminabilidade dos seus titulares – ou pela indivisibilidade dos bens protegidos – a figura dos direitos individuais homogêneos surge como uma espécie peculiar dentro dos direitos coletivos *latu senso*. Outorgar-lhes natureza coletiva é tarefa difícil, pois que se tratam de direitos materialmente divisíveis, cujos titulares, ao contrário dos difusos e alguns coletivos, são identificáveis. Contudo, um possível entendimento da sua natureza coletiva pode-se buscar na evolução da relações econômicas e comerciais. Se na época feudal o mercado de consumidores era restrito à população das cidadelas e suas redondezas, cujos comerciantes tinham certo controle sobre a concorrência através das sociedades profissionais, hoje ele é dominado por grandes conglomerados industriais que, alimentados pela livre concorrência, possuem mercados que ultrapassam, e muito, os limites de suas sedes.

Nesta realidade, praticamente inexistente relação direta entre empresa e consumidores (admitindo-se este como o destinatário final do produto), sendo esta interação indireta e a cargo da atividade comercial. Todavia, o mais importante a ser ressaltado é o atual alcance que possuem os produtos industrializados devido a globalização do comércio. Nesta atual conjuntura a falha de um produto pode refletir em danos à centenas ou milhares de pessoas nos mais diversos lugares do país e do mundo. Daí a natureza intersubjetiva dessas relações, as quais, muito embora, como já dito, tratem de direitos materialmente divisíveis, cujos titulares são identificáveis, adquirem neste caso o *status* de coletivo frente a possibilidade de serem tutelados de forma coletiva através da relativa situação de paridade que lhes impõe o mercado de consumo de massas.

Finda esta breve conjectura acerca da origem dos direitos coletivos, pode-se notar a efluência destes através das gerações de direitos fundamentais, bem como na evolução das economias de mercado. Assim, ao passo que a natureza coletiva das espécies difuso e coletivo *stricto sensu* advêm das gerações dos direitos e garantias fundamentais, os direitos individuais homogêneos se originaram da

aglutinação de direitos materiais individuais, tendo esta sido gerada mormente pela atual estrutura do mercado de consumo de massas. Dessa forma, uma vez que ao incidente se prestará tutela jurisdicional coletiva, é conveniente que se faça análise conceitual destes diferentes tipos de direitos, e suas distinções entre si, afim de identificar a espécie, ou sub espécie, de direito coletivo correlato com este incidente.

2.2. Espécies

2.2.1 Direitos Difusos

A conceituação legal acerca de direitos difusos encontra-se na legislação consumerista, no inciso primeiro do parágrafo único do artigo 81 do CDC, como sendo aqueles direitos *transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*.

Tais características de transindividualidade, indivisibilidade, indeterminabilidade e factualidade – que formam o conceito legal de direitos difusos – se relacionam de forma cingida, de modo que é difícil analisar as mesmas separadamente sem a constante remissão umas às outras. A transindividualidade e a indivisibilidade são elementos comuns aos direitos difusos e aos coletivos *stricto sensu*, as quais formam a denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais⁵². Destarte, a indeterminabilidade dos seus titulares e a circunstancialidade dos fatos é que distinguem-nos dos direitos coletivos *stricto sensu*.

Assim, em se tratando de direito que seja inalcançável pelo patrimônio jurídico individual e, em decorrência disto, juridicamente indivisível, donde a titularidade metaindividual do mesmo seja indeterminada, tendo a coletividade como titular, identificada apenas por elos de circunstâncias factuais, estar-se-á diante de um direito difuso. Neste, sendo seus titulares indetermináveis, haverá apenas a necessidade de identificação do dano, ou do risco de ocorrência deste, para que se dê azo a pretensão judicial preventiva ou reparatória.

⁵² ZAVASCKI, 2009, p. 38.

Dessa forma, os direitos difusos são, dos direitos coletivos *latu sensu*, os mais abstratos quanto à materialidade do bem jurídico os quais, devido a isso, cuidam de importantes direitos fundamentais, à exemplo, os direitos sociais, políticos e meio ambiente, ou conforme Venturi, *qualquer pretensão relacionada com a qualidade de vida*.⁵³

2.2.2 Direitos Coletivos *Stricto Sensu*

Tratar-se-á de direito coletivo *stricto sensu*, consoante inciso segundo do parágrafo único do artigo 81 do CDC, quando sendo um direito transindividual e indivisível, a titularidade deste seja determinada, ou determinável, através de uma relação jurídica base entre estes titulares (grupo, categoria ou classe de pessoas) ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Como visto nos direitos difusos, a transindividualidade e a indivisibilidade são aspectos que estão presentes na conceituação de ambos os institutos. A própria previsão legal do art. 81 do CDC confere a ambos direitos as duas expressões. Todavia, é pela determinabilidade de seus titulares e pela ligação jurídica entre os mesmos que estes se diferenciam. Para os direitos coletivos, ao contrário dos direitos difusos, é imprescindível que haja uma titularidade determinada ou determinável, afim de que exista a pretensão coletiva como tal. Assim sendo, a delimitação destes direitos passará pela necessária comprovação de relação jurídica dos titulares com algum grupo, categoria ou classe de pessoas. O que Venturi resume em síntese ao dizer, *a referibilidade da titularidade de certas pretensões metaindividuais indivisíveis a um determinado ou determinável agrupamento social torna viável a sua qualificação como interesses ou direitos coletivos*.⁵⁴

2.2.3 Direitos Individuais Homogêneos

Agora, vejamos a espécie a qual Zavascki caracteriza com *direitos acidentalmente coletivos*.

⁵³ VENTURI, 2007, p. 50.

⁵⁴ VENTURI, 2007, p. 55.

Consoante aos outros direitos difusos de coletivos já citados, a conceituação legal de direitos individuais homogêneos repousa também no Código de Defesa do Consumidor, em seu art.81, inciso III, o qual diz serem direitos individuais homogêneos aqueles que tenham decorridos de uma origem comum. Todavia, embora previstos no mesmo artigo, cumpre ressaltar-lhes algumas peculiaridades, tais como a sua natureza dúbia coletiva e individual.

Incutido na própria denominação está o caráter individual destes direitos, ou seja, diferente dos difusos e dos coletivos *stricto sensu*, estes, por serem individuais, ao contrário daqueles, são materialmente divisíveis, cuja titularidade é identificável. Ou seja, enquanto nos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* ninguém pode pleiteá-los, senão pela figura da substituição processual (ação popular e ação civil pública, por exemplo), pois que intersubjetivos dos quais a decorrente titularidade é necessariamente indeterminada ou determinada à uma coletividade ou grupo, no caso dos individuais homogêneos, nas palavras de Venturi, *a legislação brasileira empresta proteção bivalente, ou seja, por meio das ações individuais ou coletivas*.⁵⁵ Assim, por esta linha, poderia se afirmar que a coletividade dos direitos individuais homogêneos advém da opção por buscar a tutela dos mesmos através das ações coletivas. Ou seja, a qualidade de coletivo vem da forma como se dará a tutela (ações coletivas), e não ao direito material em si, o qual poderia, sob critério de conveniência (próprio das pretensões individuais) ser requerido em ação autônoma. Este é o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso ao afirmar que *um feixe de direitos coletivos individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o exercício ser coletivo. A essência permanece individual*.⁵⁶

Todavia, procedendo dessa maneira não se esta sopesando a importância social que alguns direitos possuem, uma vez que a própria defesa de direitos individuais por entes estatais já relativiza a afirmação feita pelo autor acima citado. Assim, afirmar que direitos individuais nunca sofrerão alteração de sua essência, mesmo que pleiteados através de ação coletiva, não avalia que *há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto em forma coletiva e*

⁵⁵ VENTURI, 2007, p. 63.

⁵⁶ MANCUSO citado por VENTURI, 2007, p. 66.

*impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo*⁵⁷.

Elucidando o exposto, Zavascki afirma que o fato de se dar tratamento jurisdicional coletivo à determinados direitos materiais não os torna transindividuais, ou seja, estes continuam sendo individualmente subjetivos e divisíveis. Todavia, o autor ressalta que a natureza dos fatos poderá gerar as duas espécies de direitos coletivos “latu sensu” bem como também direitos individuais. Exemplificando esta hipótese, o autor menciona os danos ambientais e os danos derivados da prática comercial de propaganda enganosa. No caso dos direitos ao meio, conforme art. 225 da CF, estes já são reconhecidos como os clássicos direitos difusos, sendo facilmente identificáveis pela transindividualidade do direito subjetivo, indivisibilidade do objeto e indeterminabilidade dos titulares. Porém, no exemplo dado pelo autor, nada obsta que ocorrido um dano ambiental, concomitantemente as sanções administrativas e criminais na defesa dos direitos difusos, também possam, do mesmo fato, derivarem direitos individuais indenizatórios em decorrência de danos sofridos por algumas pessoas⁵⁸.

A mesma abordagem é feita quando se trata de violações aos direitos do consumidor no que tange a vinculação de propaganda enganosa, arts. 6º e 37 do CDC. Notadamente que quando se pensa em direitos do consumidor logo se mentaliza a figura do próprio consumidor (ou vários) lesado em face do ofertante. No entanto, a propaganda enganosa, em princípio, também se encaixa perfeitamente nos elementos conceituais previstos no art. 81, I, do CDC, eis que desnecessário o evento danoso a alguém para que haja a pretensão punitiva pela vinculação enganosa ou que induza ao erro.

Por este motivo é que discordo da teoria que afirma haver apenas uma essência imutável ao direito, podendo este ser apenas ou individual ou coletivo. Filiando-me ao entendimento do professor Zavascki, afirmo que, atualmente, a essência de determinados direitos, como exposto, poderá sofrer mudanças a fim de torná-los,

⁵⁷ ZAVASCKI, 2009, p. 48.

⁵⁸ ZAVASCKI, 2009, p. 47.

também, matéria de interesse coletivo e social, e por isso indisponíveis, conferindo, assim, legitimidade para a atuação dos entes públicos na defesa de tais direitos não somente para garantir seu espectro individual por meio da responsabilização genérica dos seus autores, mas também fazendo pesar sobre estes alguma responsabilização específica pela violação de direitos difusos e coletivos.

Como exemplo desta proximidade entre o individual e o coletivo cito o art. 99 do CDC o qual estende aos legitimados do art. 82 do CDC a legitimidade promover a liquidação e execução da indenização devida pela condenação genérica em ação coletiva de direitos individuais homogêneos. Fica claro que neste caso há a substituição processual característica das ações em proteção de interesses difusos.

Portanto, deixar que a busca pela censura e punição de algumas espécies de danos fique à cargo das ações individuais é no mínimo temerário, uma vez que, dependendo do caso concreto (à exemplo operações financeiras, econômicas, relações de consumo e direitos ambientais), o número de prejudicados poderá ser vultoso. Daí, portanto, ser exigível a atuação do Estado na busca da reprovação pela sanção destes atos danosos, mormente, em prol da manutenção da paz social. Eis o real fundamento da existência dos direitos individuais homogêneos e sua tutela coletiva pelo Estado. Todavia, como disse antes, o fato que enseja a ação coletiva de direitos individuais homogêneos também poderá dar azo a exigência de outros direitos de cunho mais “coletivo”.

Assim, na busca da definição aos direitos coletivos *latu sensu* e aos individuais homogêneos Nelson Nery Jr. afirma que *a pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.*⁵⁹ Portanto, a diferenciação entre coletivos *latu sensu* e direitos individuais homogêneos não é tão pragmática, devendo se analisar além da possível exigibilidade particular do direito material também o tipo de prestação jurisdicional pela qual se buscou este direito, bem como o valor social dos direitos em lide.

⁵⁹ NERY JR citado por VENTURI, 2007, p. 67.

Outra discussão (muito pertinente ao tema deste trabalho) se refere aos direitos individuais homogêneos e seu critério de homogeneidade a que faz referência a expressão “origem comum” como único requisito legal previsto no art. 81, III, do CDC para que haja homogeneidade entre os direitos. Ocorre que a expressão “origem comum” se refere a causa de pedir do direito, e como tal esta se divide em próxima e remota. Exatamente nesta divisão é que alguns autores divergem quanto a necessidade de dissecação da causa de pedir a fim de firmar a necessidade de identidade de ambas ou apenas uma para que se dê a homogeneidade à ação.

Abordando esta discussão sobre a “origem comum” disposta como único pré-requisito formal pela regra do art. 81 CDC, Venturi expõe as opiniões de Watanabe e Grinover, respectivamente, nas seguintes passagens:

(...) negando que direitos individuais seriam homogêneos tão-somente pelo fato de sua origem comum, Watanabe, com base no pensamento de Grinover, sustenta que a origem comum não basta à caracterização da homogeneidade, em particular quando for remota, uma vez que “pode inexistir homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. Será então necessário aferir a aplicabilidade, ao sistema jurídico brasileiro, do critério adotado nas class actions norte-americanas, da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

No que tange à Grinover:

Invocando a interpretação que os tribunais norte americanos conferem aos pré-requisitos de certificação e processamento das class actions for damages (...) quais sejam, a prevalência das questões de direito e de fato comum sobre as questões de fato e de direito individuais, assim como a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença, Grinover (...) defende o emprego dos referidos pressupostos, que poderiam incidir no sistema das ações da classe brasileiras seja como parâmetros definidores da homogeneidade dos direitos individuais, seja como forma de identificação da possibilidade jurídica do pedido e do interesse de agir.⁶⁰

Ainda justificado a afirmação feita acima, Grinover pondera que tratar-se-á de uma ação coletiva de direitos individuais homogêneos quando todas os direitos que a integram forem unidos por uma origem comum especial. Fazendo divisão da causa

⁶⁰ VENTURI, 2007, p.70.

de pedir em remota e próxima, Grinover fala que para haver possibilidade jurídica do pedido estas ações deveriam estar unidas pelos fatos e fundamentos jurídicos, ou seja entende ela que o requisito “origem comum” é insuficiente à caracterização de homogeneidade entre direitos. Valendo-se de interpretação da Rule 23 norte americana, justifica que em se tratando de um direito que aspira representação coletiva deveriam ser considerados aptos à integrar esta ação aqueles fatos os quais se assemelham quanto ao seus reflexo jurídico. Isto seria, nas suas palavras, a prevalência das questões comuns sobre as individuais.⁶¹

Todavia, a sustentação exposta pela professora Grinover é refutada por Venturi que se restringe apenas a avaliar a existência do requisito de origem comum, não fazendo diferenciação se esta semelhança ocorre quanto a causa de pedir remota (fatos) ou a próxima (fundamentos jurídicos). Justifica tal posicionamento arguindo o fato de que as ações coletivas brasileiras tem o escopo de serem genéricas, quanto das suas sentenças (art. 91 do CDC), cabendo aos indivíduos demonstrarem o nexo causal apenas na fase de liquidação de tais ações. Assim, para o autor pouco importa se a causa que une o grupo homogeneamente seja próxima ou remota, bastando que seja uma das duas, ao que conclui que a homogeneidade à que se refere o art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC exige a homogeneidade da causa e não a do grupo.⁶²

Compreendendo os fundamentos das duas interpretações, defendo que há espaço para aplicação de ambos os entendimentos. No que se refere as ações coletivas creio que a generalidade que se extrai da expressão “origem comum” integra a idéia de *acesso à justiça, e da percepção do legislador acerca da existência de direitos subjetivos que, não obstante serem qualificáveis como “individuais”, têm uma origem comum.*⁶³ O que, conforme Venturi, constitui instrumento de *facilitação da tutela processual – e, portanto, sujeito a compreensões mais ou menos abrangentes, liberais ou reacionárias, a depender da própria*

⁶¹ GRINOVER citada por VENTURI, 2007, p.71.

⁶² VENTURI, 2007, p. 75.

⁶³ VENTURI, 2007, p. 54.

*concepção que o intérprete tenha do fenômeno relacionado ao acesso à justiça e dos obstáculos que o cercam.*⁶⁴

Porém, tratando-se do cenário processual do incidente de coletivização de demandas repetitivas, objeto do presente trabalho, entendo que será impraticável na praxis forense tomar-se por critério para constituírem a lide, causas que não compartilhem de semelhança de fatos e reflexos jurídicos.

⁶⁴ VENTURI, 2007, p. 61.

3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E CLASS ACTION

No novo código de processo civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas, está disposto no livro IV que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, cujo conceito se extrai do art. 930 que diz ser admissível o incidente 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.

Portanto, observando o núcleo conceitual acerca do incidente, vemos que o mesmo é formado por elementos que lhe constituem os requisitos de admissibilidade à sua interposição, donde os primeiros elementos julgamos serem os mais importantes, os quais dizem respeito a relevante multiplicação de processos e a idêntica questão de direito. Já a insegurança jurídica e o risco de decisões conflitantes constituem, para nós, reflexos dos primeiros e fundamentos justificadores do presente incidente.

No entanto, em vista de estarmos tratando de uma lei ainda em trâmite legislativo, muito embora já tenha sido amplamente divulgada no meio acadêmico, jurídico e midiático, optou-se por analisar o referido incidente conjuntamente ao instituto da *class action* norte americano a qual, juntamente com outras legislações estrangeiras, mormente a alemã, também serviu de fonte de inspiração à comissão de juristas que elaboraram o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil ora que há muita semelhança entre os requisitos de ambas, além de ser latente a adoção de precedentes jurisprudenciais.

Assim, em análise comparativa buscaremos confrontar o texto da lei, que rege o novel incidente, em busca de vislumbrar o intuito da comissão de notáveis quando da elaboração do citado projeto de lei.

3.2 Requisitos do Incidente

3.2.1 Relevante Multiplicação de Processos

Sobre este elemento repousa a dúvida sobre o que seria uma multiplicação relevante de processos. Buscando asilo na *class action* procurou-se relacionar o requisito da relevante multiplicação de processos, prevista no caput do art. 930 do NCP, com a impraticabilidade do litisconsórcio previsto naquela legislação americana como requisito à instauração da *class action*. Antonio Gidi, falando sobre a impraticabilidade do litisconsórcio para que se tenha a *class action*, pontua como fundamental *para que a tutela coletiva seja permitida, a Rule 23 exige que o grupo (class) seja de tal forma numeroso que o litisconsórcio ou a intervenção de todos os membros em um processo seja impraticável.*

Na referida Rule 23 este *locus* interpretativo sobre a quantidade necessária nada existe, ficando **a avaliação acerca da impraticabilidade de lide litisconsorcial nos tribunais ao critério discricionário do juiz**, o que acaba por gerar disparidades como afirma Gidi:

Não existe um número predeterminado de membros que satisfaça a priori o requisito de impraticabilidade do litisconsórcio. Nem a Rule 23, nem a jurisprudência dão diretrizes claras e uniformes a respeito. Isso porque o requisito não é uma questão meramente numérica, mas envolve a análise de uma série de fatores que devem ser aferidos no contexto de cada caso concreto.

Em face dessa indefinição e da ampla discricionariedade dada ao juiz de primeiro grau para aferir a presença do requisito, as decisões existentes são conflitantes e não fornecem um padrão muito confiável. Assim, tanto um grupo formado por 13 réus, ou 14 ou 17 autores foi considerado suficiente para satisfazer o requisito, quanto um grupo formado por 300, ou 350 não o foi. É verdade que tais decisões são exemplos teratológicos, que não representam a prática diária nos tribunais. Todavia, a disparidade apresentada serve para demonstrar a inexistência de normas rígidas e a necessidade de se

avaliarem todas as circunstâncias que envolvam o caso concreto, para se determinar a impraticabilidade do litisconsórcio.⁶⁵

Consoante este entendimento, vale frisar o previsto no artigo 933, §1º, no NCPD o qual, sobre o julgamento de admissibilidade deste incidente, embora estejam presentes os requisitos estipulados no caput do art. 930, prevê que o juízo de sua admissão será feito, ao fim, também por um **critério discricionário de conveniência de se firmar decisão paradigmática que terá efeito erga omnes**.

Porém, citando o exemplo das *class action* e fazendo comparações da mesma ao ordenamento jurídico brasileiro, Gidi explica que a discricionariedade atribuída ao juiz alhures se justifica pelas peculiaridades desta ação e pelos efeitos que a coisa julgada da mesma possui naqueles tribunais.

Sobre isso, o autor explica que *as class action no direito americano [...] substituem a tutela individual por parte dos membros dos grupos*⁶⁶, portanto, aí está a importância da conveniência na certificação e ampla divulgação de uma ação de classe deles, ora que o resultado negativo desta demanda coletiva obsta a proposta de se suscitar novamente em juízo, na forma individual, o mesmo pleito.⁶⁷

Porém, veremos mais adiante que, com a vigência do novo código, será necessário firmar as peculiaridades distintivas entre o disposto no art. 103 do CDC (coisa julgada nas ações coletivas) e o previsto julgamento *inaudita altera partes* previsto no art. 307 do latente diploma processual civil, o que poderá gerar interpretação semelhante a mencionada por Gidi nos ações coletivas americanas.

3.2.2 Idêntica Questão de Direito

De forma clara o dispositivo do art. 930 pede tão somente que as lides sejam fundadas em idêntica questão de direito, porém, faz-se necessário avaliar mais detidamente esta expressão eis que ela será o objeto do incidente.

⁶⁵ GIDI, 2010, p. 74.

⁶⁶ GIDI, 2010, p.73.

⁶⁷ GIDI, 2010, p.75

Premissa, então, é a análise dos elementos identificadores da ação, eis que esta aspira abarcar apenas numa decisão, uma série de interessados os quais usarão esta sentença condenatória como subsídio que terá o condão de solucionar outras várias ações com “idêntica questão de direito”.

Portanto, rememorando os elementos da ação, temos três elementos que se subdividem em dois cada um, sendo-os: partes, causas de pedir e pedido que se subdividem em, respectivamente, autor e réu, causa de pedir próxima e remota e, por fim, pedido mediato e imediato. Como o requisito do art. 930 pede apenas a identidade de mesma questão de direito, em princípio, teríamos que nos ater apenas à possível identidade de causas de pedir. Por isso, julgamos ser indispensável se considerar as suas duas subdivisões para que se atinja o escopo do incidente. Defendemos esta linha pois cremos ser inafastável à criação de uma tese jurídica a existência de um fato gerador da mesma. Norma jurídica positivada sem fato é a lei pura, e a jurisdição, conforme Paulo Nader, consistente *no poder que os juízes e os tribunais possuem de declarar o direito sobre as questões que lhe são submetidas*, não deve se prestar a avaliação pura e simples da norma. A jurisdição é a *aptidão do juiz para exercer sua jurisdição em caso determinado*.⁶⁸ (grifo nosso)

Outrossim, por óbvio que para a decisão que se pretende coletiva, a avaliação acerca da ocorrência do fato não será objeto da prestação jurisdicional do incidente, até mesmo, porque a tutela judicial que dele se extrairá não será líquida, devendo a liquidez ser aferida posteriormente em juízo singular de primeiro grau conforme as especificidades subjetivas de cada caso concreto.

3.3 Legitimados

Os legitimados para propor a instauração do incidente estão elencados no art. 930, §1º, inc. I e II, quais sejam: o juiz ou o relator, de ofício; as partes, o ministério público ou a defensoria pública, por petição nos autos. Ainda prevê o parágrafo terceiro deste mesmo artigo a obrigatoriedade de intervenção do ministério público na ação quando desta não for parte.

⁶⁸ NADER, 2005, p. 357.

3.3.1 Representação Adequada

Neste momento, teceremos nossa consideração acerca do rol de legitimados para propor a instauração do incidente e a possível necessidade de uma representação adequada.

Se tratando de questões cíveis, a escolha que o particular faz ao contratar o seu profissional jurídico é pessoal, até mesmo porque tratar-se-á de direito disponível, porém, do rol de legitimados para propor a instauração do incidente, se denota que a ação passará da esfera de direitos pessoais disponíveis para lograr status de interesse público e indisponível, mormente, em vista da obrigatoriedade da substituição da parte pelo Ministério Público no caso de desistência ou de abandono da mesma em relação a lide.

Dessa forma, recaindo o incidente sob a ação, em tese, individual, esta perderá o seu escopo original particular e passará à defesa de uma tese jurídica que poderá afetar uma coletividade, embora determinável, mas muito numerosa. Em face disto e em vista da força do julgamento que esta decisão possuirá, faz-se imprescindível a adequada representação da coletividade que será afetada por este incidente cujo julgamento tramitará nos tribunais.

Sobre a necessidade de uma adequada representação nas *class action* ensina Gidi que:

A motivação que esta por trás da exigência de que o representante proteja adequadamente os interesses dos ausentes é que, se alguém representa uma outra pessoa em juízo, trazendo suficientes argumentos e provas em seu benefício e tutelando adequadamente os seus interesses, é muito provável que, se essa mesma pessoa estivesse em juízo litigando pessoalmente o seu direito, o juiz chegaria à mesma decisão. Assim, é natural que, nos processos em que não haja representação adequada, vincular os membros ausentes em uma decisão desfavorável viole o princípio do devido processo legal.⁶⁹

⁶⁹ GIDI, 2010, p. 103.

Corroborando as palavras do autor, cremos que além de zelar pelo princípio do devido processo legal, também deve-se zelar pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição presente no art. 5º, inc. XXXV da Carta Magna, *in verbis*, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Dizemos isto, pois que, uma ação que julga a inexistência de uma expectativa de direito acabará interferindo no patrimônio jurídico pessoal do indivíduo, sem que lhe seja dada a oportunidade, sendo interessado ausente, de se manifestar no processo. Isto acaba por ferir tal princípio, operando também contra a garantia constitucional do contraditório, prevista no art. 5º, inc. LV, a qual garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Porém, mesmo em frente da importância deste julgamento, permanece inexistente qualquer exigência no projeto de lei do novo CPC que trate da necessidade de, a partir da admissão do incidente, ter-se uma representação adequada. Esta adequada legitimidade processual, se verá, imprescindível à nova dimensão que terá aquela lide, como se prevê, originalmente individual ou coletiva *stricto sensu*, tendo-se em vista que, a principal promessa e o mote deste novo instrumento processual foi o incremento da acessibilidade na busca de uma tutela judicial.

Na *class action* à representatividade do grupo é dada grande importância, em parte, como mencionado, por se tratar de uma ação que obsta posteriores lides individuais. Daí que, naquele sistema, outra elevada importância tem o direito de auto-exclusão a fim de assegurar isenção dos efeitos do julgamento coletivo.

Conforme Gidi:

O direito de auto-exclusão proporciona um balanço entre os interesses de autonomia do indivíduo e a necessidade de dar tratamento coletivo à controvérsia. Trata-se de uma concessão à individualidade dos membros do grupo e ao interesse que cada membro pode ter de controlar a sua própria ação. Esse interesse pode ser extremamente significativo ou irrelevante, a depender de inúmeros fatores, como o valor das pretensões individuais e a

possibilidade de cada membro de instaurar a sua própria ação individual.⁷⁰

Noutra linha, o direito de ação individual no ordenamento jurídico brasileiro ainda é preservado mesmo que indeferida a ação coletiva. Coerente a isso, mais adiante o autor reforça que no direito brasileiro esta necessária adequação do representante para a defesa dos direitos coletivos não é exigida eis que a lide coletiva no Brasil, até o presente momento, ainda obedece o disposto no art. 103, §§ 1º e 2º do CDC, *in verbis*:

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

Porém, o mesmo autor adverte para os perigos da possível incompetência do representante, expondo que:

[...]segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5º da lei da Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.

Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.

Imaginemos que uma pequena e desaparelhada associação proponha uma ação contra poderosa multinacional em um litígio complexo e de profundo impacto social. Durante o processo, o juiz percebe que o advogado da associação é incompetente ou não está demonstrando interesse pelo processo ou pelo grupo, ou que a associação não tem dinheiro suficiente nem para financiar as perícias necessárias, nem para contratar um bom advogado. Imaginemos, também, uma associação que conduza o processo em seu interesse próprio, seja esse interesse de natureza econômica, política ou ideológica.⁷¹

Como acima mencionado, a principal e mais difundida ação em defesa de direitos coletivos no Brasil, é a Ação Civil Pública. Da comparação do o rol de legitimados de

⁷⁰ GIDI, 2010, p. 299.

⁷¹ GIDI, 2010, p. 129.

entre essa ação e o incidente, percebe-se estes em maior número na ACP que outorga legitimidade ativa à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associações, enquanto o incidente, fora a propositura de ofício, prevê legitimidade para pedir a instauração do incidente apenas às partes, Ministério Público e Defensoria Pública.

Haja vista que o incidente não pormenoriza a expressão “as partes” mas especificamente menciona o MP e a Defensoria Pública, entendemos que “as partes” dizem respeito aos titulares do direito, requerentes originários, e aqueles dos quais se irá cobrá-los, onde, com freqüência, se verá um daqueles entes públicos legitimados ativos na ACP.

Entretanto, a criação deste novo instrumento, presume-se, veio diferenciar-se da ação civil pública, do contrário, não teríamos nada de muito novo levando-se em consideração a existência das ações falimentares e a própria ação popular as quais abarcam desde direitos estritamente particulares até os difusos como a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, passando pela defesa do erário.

Assim, cumpre observarmos dois institutos que poderiam mudar a inexigibilidade da representação adequada. Trata-se dos art. 307 e 483 do novo CPC.

3.4 Acórdão/Sentença

Como prevê art. 933 do NCPC, ao pleno dos tribunais, ou ao órgão especial onde houver, caberá o julgamento da admissibilidade do incidente, bem como do incidente em si. Deste julgamento que suspende o trâmite das demais ações idênticas (e obsta a propositura de novas) sairá um acórdão que terá efeito vinculante.

Ademais, esta previsto no art. 307, do NCPC, que o juiz singular deverá julgar liminarmente, dentre outros casos, aqueles que contrariarem acórdão proveniente do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas. Parecido com este artigo, também o art.285-A do ainda vigente CPC confere ao juiz, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, o poder de dispensar a citação e

proferir sentença de mérito de plano. Todavia, desta decisão cabe ao autor apelar, *mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico.*⁷²

Mais adiante, no art. 483, do NCPC, que trata do duplo grau de jurisdição está previsto em seu parágrafo terceiro, inciso três, expressamente, que não estão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, dentre outros, o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nota-se, portanto, que com a adoção do paradigma proveniente do julgamento do incidente haverá clara limitação ao direito constitucional de ação, haja vista que enquanto o art. 285-A possibilita a escolha pelo julgamento liminar da petição inicial ou pela citação do réu, essa escolha não estará mais disponível conforme o art. 307 do NCPC. Ademais, consoante ao mesmo artigo, o art. 483 tolhe, expressamente, a interposição de apelação desta decisão proferida liminarmente, a qual ainda é cabível pelo art. 285-A.

⁷² MARINONI, 2007, p. 99.

CONCLUSÃO

Através da análise da teoria do processo jurisdicional democrático pode se verificar a total inadequação deste com o novo incidente de resolução de demandas repetitivas.

Consoante o exposto na introdução, o “incidente de coletivização” que fora concebido com a promessa de proporcionar acessibilidade àqueles que estivessem em idêntica situação jurídica, na verdade, se tornará apenas mais uma forma de imprimir decisões mais céleres através de julgamentos em massa. A acessibilidade prometida pela defesa por meio de um julgamento concentrado de ações individuais idênticas também pode ser alcançado por instrumentos de defesa de direitos coletivos já existentes no nosso ordenamento. Dessa forma é evidente que o novo incidente apenas visou desobstruir o judiciário das demandas repetitivas. E esta conclusão ficou ainda mais clara através da análise de outras mudanças previstas no novo CPC.

Não constituindo uma verdadeira alteração, o art. 307 do novo CPC mantém o famigerado art. 285A do código ainda vigente. Assim como seu antecessor o art. 307 prevê o julgamento liminar *inaudita altera partes* de algumas causas, porém com algumas diferenças. Nesse novo artigo será julgado liminarmente improcedente, sem a citação do réu, o pedido que, fundamentado em matéria exclusivamente de direito, contrarie, além de acórdãos ou súmulas do STF, também decisões derivadas do novo incidente.

Ademais, corroborando a idéia de implementação apenas na rapidez de produção de sentenças, também está previsto no novo CPC, especificamente o art. 483, a exceção dos julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ao duplo grau de jurisdição.

Concordamos, porém, que seria incoerente a um processo que já será julgado pelo tribunal, tendo a necessidade que este acórdão advenha de decisão do plenário ou órgão especial, que houvesse recurso ao mesmo tribunal prolator. Porém, com a avocação do processo primordialmente individual á instância superior para prolação de decisão, que será irrecurável, fica clara a violação do princípio do duplo grau de jurisdição, embora alguns doutrinadores neguem a existência do mesmo (MARINONI), todavia, a previsão de recursos ás ações ordinárias reforça a idéia intrínseca de uma possibilidade de reavaliação das decisões de primeiro grau.

Portanto, nota-se que ao invés do incidente propor acessibilidade, na verdade estará havendo, com sua provável implementação, uma mitigação da acessibilidade.

E a avaliação dos legitimados para propor o incidente não contrariou essa idéia.

No Art. 930, §1º estão previstos os legitimados para pedir a instauração do incidente: o juiz e o relator por ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública por provocação. Então, temos que a ação intentada individualmente por um cidadão em busca dos seus direitos pode, independente da sua vontade, tornar-se uma ação coletiva que, se antes disponível pela forma de como se originou, agora tornar-se-á indisponível, mesmo que o seu autor original venha a desistir dela ou abandona-lá, haja vista que nestes últimos casos deverá o Ministério Público, obrigatoriamente, assumir a lide como substituto processual. Por esse aspecto é que notamos uma semelhança entre os requisitos deste novo incidente e os requisitos da *class action*.

Nestas ações de classes americanas a adequada representação constitui requisito essencial a validade do julgamento. Todavia, não há este requisito nem quanto às ações coletivas ordinárias, nem quanto ao novo incidente. Sobre isso, a

justificativa que encontramos para a desnecessidade de uma adequada representação apenas reforçou a necessidade desta.

Segundo alguns doutrinadores a defesa de direitos coletivos de forma coletiva prescinde de adequada representação haja vista que os ausentes na ação coletiva não seriam afetados pelos efeitos do indeferimento da mesma, podendo impetrarem ações particulares para tutela individual de seus direitos. No entanto, como visto na avaliação dos art. 307 e art. 483, o acórdão que será prolatado pelo tribunal no julgamento do incidente, terá efeito vinculante *erga omnes* e servirá de paradigma a todos que por ventura forem usar da mesma tese jurídica para pleitearem seus direitos individualmente.

Portanto, assim como *class action* a necessidade de adequação do representante se fundamenta no efeito amplo decorrente do julgamento daquelas decisões, vê-se a premente necessidade de adoção do mesmo critério, eis que como alhures aqui também a decisão do incidente terá efeito semelhante.

Sobre tudo, concluímos que na essência do incidente de resolução de demandas repetitivas está aquilo que a teoria do processo jurisdicional democrático mais abomina. Conforme Nunes, *na busca da rapidez e da eficiência: sumarização cognitiva extrema*.

BIBLIOGRAFIA

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil vol.2*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil*. RePro 192/193-210. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, Fevereiro/2011.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

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