

ARTIGOS / ARTICLES



O “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS”

THE INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION

ALEXANDRE GRANDI MANDELLI*

RESUMO

O presente ensaio trata do chamado incidente de resolução de demandas repetitivas que está esculpido no substitutivo do proposto projeto do novo código de processo civil. O proposto instituto brasileiro está a levar consigo a esperança de combater a massificação de processos judiciais que assolam o país (procura-se fazer a análise das concausas do elevado número de processos que são ajuizados diariamente no Brasil). Entretanto, através da análise procedimental se evidenciou que o instituto não trará fim a referida massificação. Verifica-se, portanto, que o intuito da comissão elaboradora não foi o de criar instrumento capaz de impedir o ajuizamento de novas demandas repetitivas. Não prospera o entendimento de que o incidente de resolução de demandas repetitivas “evitará a multiplicação das demandas”. Por outro lado, o intuito primordial do incidente é de criar uma uniformização de entendimento entre os tribunais, para que se aplique da mesma forma em diversas demandas a tese pacificada no julgamento do instituto. Por derradeiro, constata-se que, embora cada direito estrangeiro tenha especificidades próprias, é no direito comparado, mais especificamente no norte-americano, que se encontra notável instituto (*class action*) que pode ser incorporado ao sistema brasileiro para aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos.

ABSTRACT

This essay focuses on the so-called incident of repetitive demands resolution that is carved in the substitutive of the proposed project of the new code of civil procedure. The Brazilian institute is proposed to take with him the hope of combating mass litigation plaguing the country (seeks to make the analysis of concomitant causes of the high number of cases that are filed daily in Brazil). However, by examining procedural became clear that the institute will not bring an end to that mass. It can be seen, therefore, that the intention of the Commission was not to create an instrument able to prevent the repetitive filing of new claims. Does not prosper the understanding that the incident of repetitive demands resolution will “prevent the proliferation of demands.” On the other hand, the primary purpose of the incident is to create a commonality of understanding between the courts, so that it applies in the same way on many demands the thesis pacified in the trial of the institute. For the last, it appears that, although each foreign law has their own specificities, it is in comparative law, specifically in North-America, where it is found remarkable institute (class action) that can be incorporated into the Brazilian system for the improvement of collective tutelage of rights.

* Mestrando em Direito PUCRS, Especialista em Direito Processual Civil PUCRS.
E-mail: amandelli@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Novo código de processo civil. Massificação de processos judiciais. Tutela coletiva de direitos.

KEYWORDS: *Incident of repetitive demands resolution. New code of civil procedure. Mass judicial litigation. Collective tutelage of rights.*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS”. 2. A MASSIFICAÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS. 2.1 CAUSAS DA MASSIFICAÇÃO. 3. DEMANDAS REPETITIVAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os processualistas buscam imprimir uma preocupação com o direito processual enfatizando não apenas o seu cunho instrumental, mas, também, à direitura de um Estado Democrático de direito preocupado em amparar até os menores resquícios dos direitos subjetivos das partes jurisdicionadas, buscando garantir a aplicabilidade dos princípios fundamentais presentes no ordenamento jurídico brasileiro ao caso concreto, no sentido de ser mais capaz de prover tutela jurisdicional justa a quem tenha direito de recebê-la.

Para tanto, ou seja, para aproximar o processo de seus ideais de efetividade de justiça, mister é “revisitar” toda a técnica processual, submetendo-a a uma rigorosa análise. Com efeito, a teoria dos direitos fundamentais deve ser levada em conta para que haja uma melhor compreensão do desiderato processo justo.

Assim, o direito processual civil deve ser visto com os “óculos” da constituição para que haja a realização concreta dos valores idealizados por ela. O processo, portanto, é posto como pólo metodológico da teoria do processo civil contemporâneo.

E, dentro dessa perspectiva é que se busca a análise do novo instituto de direito processual, o incidente de resolução de demandas repetitivas que vem proposto no substitutivo do projeto do novo código de processo civil, que busca trazer

soluções para os novos direitos materiais postos em causa na atualidade.

Portanto, busca-se fazer a análise desde as influências estrangeiras, na perspectiva teórica e empírica, que o instituto carrega até a sua análise epistemológica e procedimental.

Nessa linha, observa-se que o direito processual civil deve ser concebido através de um novo gênero, que tutela aqueles interesses que não são nem públicos, nem privados, mas transindividuais, para que se promova sua socialização, como instrumento ou mecanismo de satisfação também de interesses além dos individuais.

Com efeito, perceber-se-á, ao longo do estudo que não apenas o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas todos os institutos processuais devem ser interpretados de acordo com a natureza do direito posto em causa. Exigem, pois, no mínimo, tratamento sintonizado com o direito material de que o autor alega ser titular, pena de inefetividade do instrumento.

1 O “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS”

Pelo Ato nº 379, de 2009, do presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009, foi instituída a comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Assim, em resposta à determinação do presidente do Senado Federal, o presidente da comissão, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, assim se manifestou:

A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados novéis institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, mercê da inclusão de ônus financeiro aptos a desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso país. A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem

aproveitados da legislação anterior, bem como firme na crença de que a tarefa não se realiza através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros de outrora, empenhou-se na criação de um novo código erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Esse desígnio restou perseguido, resultando do mesmo a instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagradora do princípio da isonomia constitucional.¹

Por conseguinte, depois de elaborado o projeto do novo Código de Processo Civil, seu texto foi entregue ao Senado Federal, onde passou por diversos ajustes. E, nesta casa legislativa, o substitutivo do então Projeto de Lei n.º 166/2010 foi aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010. Com efeito, o referido substitutivo chancelado pelo Senado Federal aguarda análise do plenário da Câmara dos Deputados Federais (PL n.º 8046/10).

Ao passo, verifica-se que no substitutivo do projeto de lei do novo código de processo civil, o antes chamado “incidente de coletivização” adotou outra nomenclatura, qual seja, “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”.

Neste sentido, importante colacionar abaixo o capítulo VII do Título I do Livro IV do texto do substitutivo aprovado pelo Senado, onde se dispõe sobre o novo mecanismo de trato das demandas coletivas (por primor à análise sistemática, observe-se que se faz necessária a análise da íntegra do texto do substitutivo para se realizar a análise aprofundada que aqui se propõe do instituto).

1 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/Cartilha1aFase.pdf>>. Acesso em 16 de set de 2011.

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

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

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2o O ofício ou a petição a que se refere o § 1o será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3o Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

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

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

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

§ 1o Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

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

Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

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

Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 936. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

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

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

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

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

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

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

Art. 939. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 937.

Art. 940. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.

Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação observará o Capítulo VIII, deste Livro.

Portanto, fácil entender o novo instituto que surge no ordenamento jurídico brasileiro pela simples análise do texto que o constitui. Ainda, importante trazer a exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil elaborado pela comissão, onde há a explicativa sobre a criação e procedimentos do instituto. Frisa-se, assim, a inspiração no sistema tedesco:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não

observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de *teses contrapostas*, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*. Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.²

Observa-se que a comissão responsável pela elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Civil, colaciona as seguintes referências quando da exposição dos motivos do incidente de resolução de conflitos repetitivos, onde faz a referência ao direito alemão:

No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.³

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.º, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de

2 Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em 18 de set de 2011.

3 RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, *Il Contenzioso di massa in Italia*, in Europa e nel mondo. Milão: Giuffrè, 2008, p. 178.

largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo.⁴

Observa-se, portanto, que o intuito da comissão elaboradora não foi o de criar instrumento capaz de impedir o ajuizamento de novas demandas repetitivas. Não prospera o entendimento de que o incidente de resolução de demandas repetitivas “evitará a multiplicação das demandas”⁵.

Veja-se que a decisão prolatada no incidente, ainda que vincule todo e qualquer julgamento futuro a respeito da matéria, não tem o poder de impedir o ajuizamento de novas demandas. Longe disto, para que se aplique a tese jurídica consolidada no incidente de resolução de demandas repetitivas faz-se necessário a inauguração de processo judicial individual.

Portanto, não se pode afirmar que o desiderato da comissão elaboradora seja o de fulminar com as demandas repetitivas, mas sim uniformizar as teses jurídicas. Com efeito, conforme análise do texto do substitutivo do projeto, fácil perceber que a grande parte dos julgamentos a serem realizados no incidente serão concebidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, as teses proferidas por esses órgãos vinculará todos os processos em trâmite em todo território nacional que versem sobre a matéria em debate, criando uma verdadeira uniformização do entendimento. Ao passo, é no

4 MANCUSO, Rodolfo. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380.

5 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/Cartilha1aFase.pdf>> Acesso em 16 de set de 2011.

princípio da “isonomia constitucional”⁶ que a comissão busca a explicação para defender essa idéia intrínseca de uniformização.

Nesse sentido, questiona-se quais as reais intenções da comissão elaboradora ao criar o incidente de resolução de demandas repetitivas (que de resolução de demandas repetitivas não tem nada) e o que está por trás do texto apresentado ao senado.

Não parece acertada a inspiração no sistema da *Musterverfahren* para se criar um instituto que resolva com a massificação de demandas judiciais. Mas, se a intenção da comissão era concentrar o poder do julgamento de teses, que sirvam para todos os processos em âmbito nacional, nas mãos do Supremo Tribunal Federal e nas do Superior Tribunal de Justiça, então se pode dizer que o objetivo foi alcançado.

Observa-se que a decisão do incidente carregará o efeito vinculante, o que impedirá que os tribunais na origem utilizem outras teses jurídicas senão aquelas proferidas naquele mecanismo.

Veja-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas proposto pela comissão vem de inspiração germânica, como antes mencionado. Com efeito, o tema referente à tutela coletiva, na Alemanha, é ligado às ações associativas (*Verbandsklage*)⁷. Nesse meio, portanto, que a comissão buscou “a inspiração do novo incidente no *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* (lei instituidora do procedimento-modelo para o mercado de capitais) ou *KapMuG*”⁸.

6 Disponível em: <<http://www.oab.org.br/pdf/Cartilha1aFase.pdf>> Acesso em 16 de set de 2011.

7 CAPONI, Remo. Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1229-1256.

8 ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>> Acesso em 19 de set de

Com efeito, pode-se perceber que o direito alemão não se ocupou com os direitos coletivos por longo de sua tradição. Notório que a cultura tedesca, diferente da brasileira e da americana, é a do cumprimento à lei. Na Alemanha não se verifica o gritante descumprimento das leis que se percebe no Brasil e nos EUA. Observa-se que por um simples caminhar pelas ruas americanas, percebe-se a enorme quantidade, mais do que no próprio Brasil, de propagandas ligadas ao oferecimento de serviços jurídicos. Veja-se que lá o litígio, como no Brasil, é latente.

Portanto, importante mencionar que o direito alemão se ocupou em criar soluções para as controvérsias em massa a partir do famoso caso *Deutsch Telekom*.⁹

Ao passo, Igor Bimkowski Rossini relata sobre o episódio:

Em 1999 e 2000, ao lançar suas ações na Bolsa de Frankfurt, o prospecto da *Deutsch Telekom* omitiu uma série de informações relevantes, o que ocasionou um acentuado declínio de seu valor nominal nos meses subseqüentes. Em virtude disso, de agosto de 2001 à primavera de 2003, foram propostas treze mil ações perante o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa) para a busca de reparação de prejuízos, o que ocasionou uma total paralisação da seção de direito comercial. Diante disso, em 2004, foram propostos dois recursos constitucionais diretamente ao Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) alegando-se a violação ao direito de duração razoável do processo. Esse, respondeu ao recurso afirmando que, no caso concreto, a demora era tolerável, mas já aludiu a possibilidade de utilização do processo-modelo. Para responder a esse caso e também devolver a confiança ao investidor individual depois dos escândalos acionários, em 2005 veio a lume a *Kapitalanleger-*

2011.

9 ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>> Acesso em 19 de set de 2011.

Musterverfahrensgesetz (KapMug¹⁰). Com ela, objetivou o legislador resolver de modo idêntico e vinculante, seja sobre o perfil fático ou jurídico, uma questão controversa surgida em causas paralelas através de uma decisão modelo remetida ao Tribunal de Apelação.¹¹

Assim, percebe-se que o instituto criado no sistema alemão para por fim as mencionadas demandas repetitivas não é uma ação de classe ao estilo americano. Tal instituto respeita os princípios do próprio direito processual tedesco.

Nessa quadra, observa-se nas palavras de Antônio do Passo Cabral a clara identificação do instituto do direito germânico com o proposto “incidente de resolução de demandas repetitivas”:

Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no Musterverfahren: decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (Streitpunkte) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais.

10 “A KapMuG está dividida em três partes com vinte parágrafos; a primeira parte cuida, basicamente, das hipóteses de cabimento; a segunda, da condução do procedimento modelo; e a terceira, de seus efeitos e das custas processuais. (...) Em relação à admissibilidade, o §1 (1) estabelece as duas hipóteses de cabimento do procedimento modelo (demanda para compensação de danos devido a informações falsas ou sua omissão, ou reivindicação de cumprimento de contrato com base em uma oferta pública), cujo pedido de criação do procedimento-modelo deve ser feito pelo demandante ou demandado, vedada a criação de ofício. Ainda no §1 (2) está, segundo entendemos, o centro do instituto que consiste na fixação, com parâmetros objetivos, das questões fáticas ou jurídicas que serão fixadas pelo juiz de primeiro grau e decididas pela Corte de Apelação, de forma vinculada, com a expressa previsão da necessidade de demonstração, por parte do requerente, de que a decisão possa ter importância (eficácia extraprocessual) para casos similares (§1 (2)). (ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>> Acesso em 19 de set de 2011.)

11 ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>> Acesso em 19 de set de 2011.

Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (Vorfragen) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual.¹²

Giza-se, portanto, que a decisão proferida no incidente coletivo deve ser uniformemente aplicada, de forma vinculativa, aos processos individuais. Nesse sentido, estando presente o poder vinculativo, caso a decisão prolatada no incidente coletivo não for respeitada pelos órgãos *a quo*, cabível reclamação.

Antes de debater-se esse nefasto meio de uniformizar as decisões judiciais, onde se concentra o poder apenas nos órgãos superiores (pois são eles que julgarão os recursos da decisão do incidente proposto e, conseqüentemente, proferida a decisão definitiva se estenderá seu efeito vinculante a todo território nacional), importante mencionar que o procedimento-modelo (KapMug), o qual o incidente brasileiro tem inspiração, é um procedimento experimental e teria vigência até o primeiro dia de novembro de 2010; entretanto, nova lei que entrou em vigor em 30 de julho de 2010 estendeu a vigência da KapMug para 31 de outubro de 2012¹³.

Veja-se, portanto, que foi em uma lei experimental de um país que não tem tradição na lida coletiva de pretensões que envolvam direitos individuais homogêneos que a comissão elaboradora do anteprojeto do novo código de processo civil brasileiro buscou inspiração.

Finalmente, questiona-se se o real interesse da comissão quando da elaboração do anteprojeto. Será que a intenção voltava-se em por fim a massificação de demandas judiciais que assolam o Brasil ou de criar-se um instituto que centralizasse o poder, ainda mais, nas mãos dos STJ e STF?

12 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007, p. 132.

13 Vide site oficial da KapMuG: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kapmug/gesamt.pdf>>.

Pois bem, a resposta é fácil. Mascarando-se na isonomia constitucional o instituto proposto, com inspiração no sistema germânico, dará o poder ao STJ e STJ de fazer com que todos os juízos hierarquicamente inferiores respeitem suas decisões, com força vinculativa, prolatadas em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. E, como já analisado alhures, não se porá fim a massificação de processos judiciais, real problema que atinge o país.

Muitos questionarão se a uniformização da jurisprudência não é ponto positivo e verdadeiro método que prima pela segurança jurídica. Entretanto, pela simples observância de que a república brasileira é composta por estados federativos, tem-se que a uniformização nada contribui para este sistema de organização do Estado.

Assim, tem-se que o Estado brasileiro “deveria” ser composto por diversas entidades territoriais autônomas dotadas de governo próprio¹⁴. Todavia, com uma decisão proferida, em sede de incidente coletivo, na capital federal da república, que vincule todos os entes federativos acaba com qualquer autonomia destes.

Nesse sentido, logo no primeiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil determina-se a forma de organização do Estado, veja-se: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos(...)”

Com análise, difícil dizer que os indivíduos moradores do Estado de São Paulo devem obedecer mesma decisão a respeito do mesmo tema que tem como origem pretensões de indivíduos moradores do Estado do Acre. Notório que a cultura das distintas

14 A título de exemplo, o federalismo dos Estados Unidos da América permite a adoção de pena de morte ou a responsabilidade penal dos menores em uns Estados federativos e em outros não, com contrastes impressionantes no ordenamento jurídico do País.

regiões é deveras díspar. Custoso, portanto, conceber que uma decisão vinculante proferida na capital federal contemple de igual forma efetiva duas entidades territoriais federativas.

Assim, se passará a estudar o sistema coletivo que se propõe para por fim ao real problema que assola o país, qual seja, a massificação de demandas judiciais que gera uma verdadeira sobrecarga e ineficácia judicial.

2 A MASSIFICAÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS.

De acordo com os números, através de pesquisa realizada pelo CNJ¹⁵, o Brasil, no ano de 2009, possuía 86,6 milhões de processos judiciais em tramitação. A Justiça Estadual é a mais demandada, com 18,7 milhões de casos novos só em 2009, o que corresponde a 74% dos novos processos que foram ajuizados no país. Na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal aportaram 3,4 milhões de novas ações em cada um destes dois ramos do Judiciário.

Portanto, alarmante é o número de processos judiciais em tramitação no país. Para uma população de 200 milhões de pessoas, 86,6 milhões de processos é algo assombroso. Com esses índices, impossível zelar pela efetividade, celeridade, economia processual dentre outros preceitos constitucionais.

Veja-se que a massificação dos litígios faz com que o judiciário encontre diversos métodos para “baixar a pilha de processos”. O meio mais comum utilizado nos tempos atuais é a supervalorização da forma. Veja-se, por exemplo, que por vezes o órgão acaba por não admitir um agravo de instrumento em razão de um carimbo apagado ou a falta de numeração de uma folha; observa-se que tais vícios poderiam ser sanados com a simples intimação da parte para retificar o ato, entretanto não é isto o que ocorre. Assim, se deixa escapar o mérito da demanda

15 Para acessar o estudo: <<http://www.conamp.org.br/Estudos/Justiça%20em%20Números%20CNJ%202009>>. Acesso em 19 de set de 2011.

para realizar-se a análise da forma. Com efeito, o direito material é afastado e as atenções voltam-se puramente ao direito formal. Portanto, a efetividade (preocupação na realização do direito material) se deixa esvaír em razão da massificação de litígios.

Ainda, importante observar que o relatório do CNJ¹⁶ também mostra que o Brasil tem 16.108 juizes, média de oito magistrados por 100 mil habitantes. A média é baixa se comparada a países europeus. De acordo com o relatório, na Espanha há 10 juizes para cada 100 mil habitantes; na Itália, são 11 por 100 mil; na França, 12 por 100 mil; e em Portugal, 17 juizes para cada 100 mil habitantes. Assim, veja-se que tendo o Brasil 86,6 milhões de processos, no ano de 2009, e oito magistrado para cada 100 mil habitantes, inegável que a segurança jurídica também é afastada. Nota-se que impossível a realização, por parte dos magistrados, de análise pormenorizada dos autos do processo antes de prolatarem suas decisões.

Outro ponto que não pode ser esquecido é o da economia processual. Veja-se que a massificação de litígios gera um custo elevadíssimo para manutenção de toda a máquina judiciária que se encarrega de processar tais demandas.

Ou seja, o elevado número de demandas que assolam o país e o método de trato das demandas repetitivas são um dos grandes problemas que a sociedade brasileira está a vivenciar. O seu enfrentamento, portanto, não pode ser esquecido e deve ser objeto de estudos intensos. Portanto, só assim que se poderá rechaçar esse verdadeiro óbice a concretização dos preceitos constitucionais.

Ainda, importante realçar que não há dúvidas que provêm dos direitos individuais homogêneos a grande parte das demandas (repetitivas) que assolam o judiciário brasileiro. Logo, o presente estudo se ocupará em propor métodos para melhor trato (coletivo) dos direitos individuais homogêneos, sem olvidar

16 Para acessar o estudo: <<http://www.conamp.org.br/Estudos/Justiça%20em%20Números%20CNJ%202009>>. Acesso em 19 de set de 2011.

de outros direitos coletivos que, porém, não geram a sobrecarga judicial.

2.1 CAUSAS DA MASSIFICAÇÃO

O Brasil, assim como outros países, tem experienciado um processo de litígios judiciais. Observa-se que um dos grandes méritos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi trazer o acesso à justiça à realidade dos jurisdicionados brasileiros. Entretanto, este ganho não “saiu barato”. O amplo acesso ao judiciário, sem maiores restrições do ponto de vista do abuso do direito processual, acabou gerando a banalização do processo judicial.

A partir, portanto, do amplo acesso ao judiciário, passa-se a analisar quais foram as concausas que geraram esse imenso número de processos judiciais no Brasil.

Assim, a primeira concausa que se relata é a da massificação dos serviços, por conta da privatização e da universalização. Bom exemplo dessa massificação de serviços é o número total de celulares que se constatou no ano de 2010 no Brasil, observa-se que chegou a 175,6 milhões no mês de janeiro segundo balanço divulgado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); portanto, de acordo com os números divulgados pela Anatel, já há no país 91 celulares em cada grupo de 100 pessoas.¹⁷ Com efeito, conseqüência lógica do aumento da quantidade de serviços é o aumento de litígios. Ainda, a péssima qualidade dos serviços prestados em razão do grande número de requisições gera outros tantos litígios que terminam em demandas judiciais.

Dentro desse relato de aumento de serviços, encontra-se a facilidade pelo crédito e a possibilidade de turismo ligado a facilidade na compra de passagens áreas, em razão do baixo

17 Conforme notícia divulgada no jornal Estadão do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,numero-de-celulares-no-brasil-chega-a-1756-milhoes,5884,0.htm>>. Acesso em 19 de set de 2011.

custo. Por óbvio que tais facilidades geram mais pretensões individuais, pois há grande dificuldade por parte dos fornecedores de serviços de manter a qualidade ao passo que a quantidade aumenta.

Outra concausa que se aponta é relacionada ao Estado que descumpra as leis. Observa-se que a cada dia que se passa, se atolam com demandas judiciais cada vez mais os cartórios encarregados pelos processos que a fazenda pública é parte. Ademais, planos econômicos fracassados, que geram problemas relacionados à inflação e que são questionados, também acabam gerando demandas e mais demandas.

Por derradeiro, sem o intuito de esgotarem-se as concausas da massificação de processos, observa-se que a proliferação das faculdades de direito (a falta de controle absoluto na criação de faculdades de direito) é outra concausa responsável pelo elevado número de demandas que atinge o país. Veja-se que a todo o momento há o “despejo” de advogados. E estes, buscando trabalho, acabam por alimentar o sistema da massificação. Não há dúvidas que os advogados instigam as pessoas ao litígio, através do estruturamento e da realização de propagandas de serviços jurídicos nos mais diversos meios de comunicação. Sem as causas massificadas, não haveria, provavelmente, trabalho para todos os causídicos brasileiros.

Assim, além de se propor a criação de mecanismos processuais para o trato da massificação dos processos, não se pode esquecer das concausas e dos, como já dizia Leonel Brizola, “interesses” que estão por trás da referida massificação de demandas judiciais.

3 DEMANDAS REPETITIVAS

Rh. Defiro o benefício da gratuidade de justiça. É assente na jurisprudência que não há previsão legal no sentido da limitação dos juros contratuais na taxa de 1% ao mês, sendo que

o STJ tem reiteradamente assim decidido. A capitalização de juros é legal, quando pactuada expressamente, pois que tem amparo em medida provisória em vigor. A comissão de permanência também é legal *a priori*, ficando, unicamente, limitada as taxas do contrato, conforme súmulas do STJ. Não obstante, há uma enxurrada de ações revisionais, uma verdadeira indústria do “calote”, que entope o Poder Judiciário, em demandas repetitivas, impedindo e dificultando o trabalho do dia a dia. E, a despeito de os Tribunais Superiores reiteradamente julgarem improcedente este tipo de demanda, as partes têm conseguido antecipação de tutela para “limpar” o nome, ficar na posse do veículo e pagar o que “querem” (sendo que prometem depósitos mensais em juízo e não os fazem, aproveitando-se da penúria em que está o Poder Judiciário, faltando juízes e servidores, que não consegue fiscalizar a contento, para ganhar tempo e muitas vezes sumir com o veículo), sendo que no contrato a prestação é de valor fixo e informada ao financiado. Por conta desta inadimplência, as taxas de juros não são reduzidas, sendo que quem “paga a conta” é o consumidor que honra seu contrato. Fica obrigado a contratar com taxas mais altas. Esta é a dura realidade! Não bastasse, todos estudiosos, e no mundo inteiro, dizem que taxas de juros são reguladas pelo “mercado” e pelo “Governo”, e não pelo Poder Judiciário. No Brasil, ao revés, quer-se empurrar limitação de juros a taxa de 1% ao mês quando pouco tempo atrás a taxa SELIC estava em patamar acima de 12% ao ano. Pensa-se em resolver as ações repetitivas por meio de demandas coletivas. Contudo, as taxas praticadas no mercado financeiro não são ilegais, pois se o fossem o Ministério Público certamente ajuizaria a pertinente ação civil pública. Enquanto despacho mais de 15 ações revisionais iguais por dia, recebo-as de volta por obtidas liminares nos Tribunais, profiro sentenças repetitivas, o jurisdicionado que tem aquela única ação, que por vezes diz respeito a sua vida, por exemplo, de indenização, fica aguardando anos por uma decisão. Ora, certamente é hora de pensarmos em

mudar o rumo da Justiça, de parar de repetir mil vezes a mesma coisa, sendo que o STJ já declarou que não há limitação de juros e que a capitalização mensal é legal. No caso específico, note-se que a parte autora efetuou financiamento em 48 parcelas para pagamento do bem da vida almejado. Conforme prova dos autos, quitou apenas 16 parcelas, sendo que, a despeito disso, pretende ficar na posse do veículo, conduta que vai de encontro ao princípio da boa-fé objetiva. A requerente sequer acostou aos autos cópia do contrato entabulado, pelo que não se pode afirmar, em juízo de cognição sumária, que houve abuso, à luz do CDC. Em suma, não há verossimilhança no direito alegado. Indefiro o pleito liminar na totalidade. Ademais, de ofício, determino que o banco exhiba o contrato por ocasião da contestação, a fim de viabilizar o julgamento do feito. Cite-se e intime-se.

O despacho, publicado em 06/07/2010, proferido pelo magistrado da 5ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul - Rio Grande do Sul, Silvio Viezzer, nos autos do processo n.º 010/1.10.0012287-5, externa a irresignação com o elevado número de demandas repetitivas que tem que despachar por dia, as quais afogam toda a máquina judiciária nacional. Neste passo, sugere que “é hora de pensarmos em mudar o rumo da Justiça”.

Assim, como mudar esse rumo? Qual seria o mecanismo capaz de pôr fim à enxurrada de demandas coletivas que assolam nosso Judiciário?

Não há dúvidas que, nesse ponto, o sistema jurídico nacional está falido.

Temos como principal instrumento para resolução dos conflitos repetitivos a ação civil pública. Entretanto, assim como elucidado no despacho, a ação civil pública, principalmente no tocante à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, não é a melhor ferramenta para resolver certos conflitos e desafogar o judiciário. Neste passo, por exemplo, a coisa julgada *secundum eventum litis* pouco contribui para pôr fim ao ingresso de novas demandas repetitivas, visto que eventual sentença de improcedência não obsta estas demandas. Ainda,

mesmo sendo julgada procedente a demanda coletiva, faz-se necessário a execução (ou, antes disso, a liquidação) em demanda individual. Por derradeiro, a legitimação para propositura de ações coletivas está adstrita a certo rol de entidades designadas na lei que, muitas vezes, não correspondem eficazmente à tutela dos direitos individuais homogêneos ou correspondem tardiamente. Observa-se que não se quer desmerecer toda a evolução que a ação civil pública cedeu para o ordenamento jurídico brasileiro, entretanto como instrumento capaz de combater de forma eficaz a massificação de processos não logrou êxito.

Assim, pensa-se na criação de um “Incidente de resolução de demandas repetitivas” inspirado no ordenamento jurídico alemão (*Musterverfahren*) para resolução dos conflitos massificados. Neste passo, o projeto do novo código de processo civil dispõe em seu artigo 903 que “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”. Destarte, uma vez encerrado o incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem algumas modificações do instituto alemão, ele terá efeito sobre as demandas que no seu curso, anteriormente e futuramente a ele forem ajuizadas. Com efeito, pode-se concluir que a decisão afeta também aqueles que não participaram do processo, portanto a inconstitucionalidade do instituto por violação ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) é latente. Ainda, conforme apontado alhures, a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas resolve apenas a questão incidental; assim, a demanda judicial que estava sobrestada aguardando o julgamento daquele, retornará ao seu trâmite normal quanto aos demais pontos não abarcados pela decisão do incidente. Ademais, para se utilizar da decisão do incidente coletivo faz-se necessário o ajuizamento de demanda individual; assim, o litígio mais uma vez será instigado, aumentando-se o número de demandas judiciais.

O problema, portanto, persistirá.

A solução, por outro lado, está no direito estadunidense, que trata de problemas relacionados a causas repetitivas há muito mais tempo que o direito alemão.

Portanto, vale frisar que por meio da análise deste ordenamento, pode-se aguçar que a tutela coletiva de direitos e os instrumentos do processo coletivo têm origem no próprio sistema da *common law*, posta a análise da ação de classe (*class action*).

Com efeito, Teori Albino Zavascki ensina:

Desde o século XVII, os tribunais de equidade (*Courts of Chancery*) admitiam, no direito inglês, o *bill of peace*, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesse dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses^{18 19}.

Deste modo, partindo-se da análise da *class action* do sistema da *common law*, pode-se alcançar e passar a se analisar os limites subjetivos da coisa julgada e o instituto do “*right to opt out*”²⁰, presente naquele ordenamento.

18 “A Regra 10 do Diploma por derradeiro apontado dispunha que “Havendo multiplicidade de partes comungando do mesmo interesse em uma controvérsia, uma ou mais das partes podem acionar ou serem acionadas ou serem autorizadas pela Corte para litigar em benefício de todas as demais” (TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 12).

19 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.28-29

20 José Rogério Cruz e Tucci afirma: “Resta dizer que a Regra 23, somente na hipótese prevista na alínea *b* (3) – p. Ex.: ação de indenização -, também assegura ao membro do grupo, após ter sido cientificado do ajuizamento da ação, o direito de requerer não seja considerado como integrante daquele (*right to opt out*), não se sujeitando, desse modo, aos efeitos da sentença. A razão de limitar-se esse poder de auto-exclusão tão-só dos casos de ação de natureza condenatória é justificada pela própria *ratio* do instrumento processual estudado. Não fosse assim, restaria frustrado o escopo precípua da *class action*, qual seja o de se obter uma única decisão, válida para todos

Nesta esteira, a extensão dos efeitos da coisa julgada, no sistema da *class action*, parecendo desviar-se da regra geral, pode alcançar, pois, aqueles que não integraram a relação jurídica processual²¹.

Todavia, parece ser permitido dizer, quando da análise dos efeitos da coisa julgada que excedem às partes do julgado, no âmbito das *class action*, que não se está diante de uma exceção à regra no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada. No entanto, a coisa julgada em sede de *class action* repercute na esfera de índole material de terceiros que não integraram os pólos do processo, contudo, não se pode esquecer, que aqueles estavam

os membros integrantes de uma determinada classe” (TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 28.)

- 21 José Rogério Cruz e Tucci assevera que “Antes da reforma de 1966, a Regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das *class actions*, dependendo do *character of right* deduzido em juízo, e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (*binding effect*) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada *true class action* – quando o direito da categoria era *joint* ou *common* – a eficácia *ultra partes* da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se de hipótese de *hybrid class action* – quando direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada *claim preclusion* atingiam todos os membros tão-somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia(...)” Ainda, o autor certifica que “Por outro lado, na hipótese de *spurious class action* – quando os direitos dos componentes eram distintos (*several*), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme -, a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as *class actions*, a sentença projetava os seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo(...)” Nesta linha, o autor ensina que “Com a nova redação da Regra 23, como já salientado, desapareceu criticada classificação abstrata das três espécies de *class action*. Atualmente, a alínea c (3) preceitua que o julgamento proferido em uma *class action*, favorável ou contrário, será diretamente eficaz a todos aqueles que o tribunal declarar integrantes do grupo. Assim, considerada adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível ofensa às garantias do *due process of law*, o efeito declaratório do *decisum* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório. Conclui-se, destarte, que também sob esse aspecto, a regra 23 atribui ao poder discricionário dos juizes a delimitação dos limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, tal problema é deferido “Allá elaborazione giurisprudenziale, con una maggior aderenza alle esigenze di tutela Del caso concreto”.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26/27.)

sendo representados perante a ação de classe, por substituto processual, e, assim, possuíam interesse naquela relação jurídica.

Nota-se que a partir do ano de 1938, com a introdução da *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* no sistema da common law norte-americana (que deu origem a *class action*), há a figura da tutela dos direitos coletivos que ainda não era conhecida em outros ordenamentos jurídicos.

Assim, Teori Albino Zavascki faz considerações fundamentais sobre a ação de classe americana:

Assim, segundo a referida norma, admite-se que um ou mais membros de uma classe promovam ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados, (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe, (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns. Duas grandes espécies de pretensões podem ser promovidas mediante *class action*: (a) pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (*injunctive class actions*); e (b) pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos (*class actions for damages*). Destaca-se, na ação de classe, o importante papel desempenhado pelo juiz, a quem é atribuído uma gama significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e sua instrução. Atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida sua adequada representação.²²

Deste modo, quando da criação da *class action*, onde houve a manifestação dentro do ordenamento jurídico de um instrumento intencionado a tutelar os direitos coletivos, frente às novas exigências clamadas pela sociedade, pensou-se em

22 ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p.29-33.

estruturar um meio a permitir: a representação de indivíduos ou grupos, com interesses comuns, através da legitimidade ativa despida de vínculos rigorosamente individualistas; a coisa julgada, com um cunho objetivo, vinculando uma coletividade de sujeitos.

Por fim, a importação ao ordenamento jurídico brasileiro das *class actions* com o característico *right to opt out*²³, onde poder-se-ia fazer valer-se de uma tutela inibitória²⁴ ao julgado, parece ser o meio mais eficaz para repelir e tornar desnecessárias novas demandas repetitivas.

CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas, mesmo que não tenha um desiderato ideal, é um novo instituto que vem para tentar recuperar o atual sistema, que está falido, para tutela coletiva dos direitos.

Pode-se observar, a partir do presente estudo, que o verdadeiro intuito do incidente de resolução de demandas repetitivas em nada vai “resolver” (no sentido de terminar) com o ingresso de demandas que sufocam o poder judiciário brasileiro.

O proposto instituto brasileiro, inspirado no sistema germânico, terá como verdadeiro objetivo uniformizar as teses dos tribunais superiores para todo território nacional, pois, conforme análise procedimental, a tese controvertida que for

23 Veja-se que o sistema do *right to opt out*, em razão do prazo que em geral não ultrapassa 90 dias para exercer-se tal direito, impediria que os advogados que instigam o litígio montem toda a estrutura para contatar e captar todos aqueles eventuais clientes que serão abarcados pela coisa julgada do incidente coletivo.

24 “A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.(...) A efetividade da tutela preventiva, como é obvio, está na dependência da possibilidade de impedir o ilícito (ou sua continuação ou repetição). Torna-se imprescindível, assim, a possibilidade do *uso da multa, como meio de coerção* capaz de convencer o réu a não fazer ou a fazer, conforme se tema ação ou omissão. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35-36 e 151.)

alavancada através dos recursos extraordinários, o que sói acontecer na maioria dos processos, terá a referida eficácia.

Assim, é de se concluir que um incidente de resolução de demandas repetitivas, se fosse criado com o sentido de rechaçar os processos que entopem o judiciário, deveria ter como base a *class action* americana.

Neste sentido, a importação ao ordenamento jurídico brasileiro das *class actions* com o característico *right to opt out*, onde poder-se fazer valer-se de uma tutela inibitória ao julgado, parece ser o meio mais eficaz para repelir e tornar desnecessárias novas demandas repetitivas.

Conclui-se que a propósito que deveria sem imposto no instituto coletivo é a da eficaz tutela coletiva dos direitos com o objetivo de por fim a massificação de processos e não à preocupação com “interesses” com o objetivo de manter o poder na mão de poucos.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.

CAPONI, Remo. Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007.

MANCUSO, Rodolfo. *A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela inibitória*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, *Il*

Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Milão: Giuffrè, 2008.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/50-artigos-dez-2010/7360-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>> Acesso em 19 de set de 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Recebido em 20/06/2012

Aprovado em 02/03/2013

