



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

PRÓ-REITORIA ACADÊMICA

COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

Mestrando LUÍS GERALDO SOARES LUSTOSA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE CAUSAS REPETITIVAS:

Perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil

PROF DR JOÃO PAULO FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TEIXEIRA
ORIENTADOR

RECIFE/PE
2012

LUÍS GERALDO SOARES LUSTOSA
Mestrando

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE CAUSAS REPETITIVAS:

Perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof Dr João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Área: Direito Processual Civil e Análise Econômica do Direito.

RECIFE/PE

2012

LUÍS GERALDO SOARES LUSTOSA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE CAUSAS REPETITIVAS:**Perspectivas econômicas implícitas na resolução de demandas repetitivas e de massa no projeto do novo Código de Processo Civil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof Dr João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

BANCA EXAMINADORA

Prof Dr João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Presidente da Banca

UNICAP – “Universidade Católica de Pernambuco”

Prof. Dr.

Primeiro Examinador Externo

UFPE – “Universidade Federal de Pernambuco”

Prof. Dr. Sérgio Torres

Segundo Examinador Interno

UNICAP – “Universidade Católica de Pernambuco”

Dedico este trabalho ao meu pai e a minha mãe; à minha esposa; meus filhos; meus irmãos; meus amigos, e todas as pessoas que me incentivaram nessa trajetória.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de toda sabedoria, por ter me carregado nos braços nos momentos mais difíceis e por ter comemorado comigo, no silêncio de minha fé, os momentos de alegria, ao longo de todo esse curso.

Aos meus pais, que me imbuíram de força paradigmática ao longo desta vida, e que sempre se dedicaram à família com amor e dedicação.

Aos meus filhos Guilherme e Geraldo, razões de todo meu viver, e por suportarem minhas ausências, e a meus irmãos, Deoclécio, Eugênio e Maria Orminda, pilares de minha família, cujo desejo de os orgulhar me fez perseverar.

A minha eterna esposa Luciane, por todo amor, carinho, dedicação e auxílio que tem me dispensado, e por ter acreditado em mim em todos os momentos.

Agradeço ao professor João Paulo Allain Teixeira, pela paciência e pela compreensão com as minhas limitações, mas, principalmente, pela ética de ter me orientado naquilo que resolvi estudar.

Agradeço, igualmente, ao Professor George Browne Rego, que não mediu esforços em moldar minha formação acadêmica, bem como ao Professor Geraldo Neves, meu primeiro paradigma nas duas profissões que abraço com amor.

Aos meus amigos José Pandolfi Neto, irmão escolhido e experimentado na pacífica e agradável convivência de cada dia; Haroldo Carneiro Leão, por tudo que é e pelo que representa em minha vida, por si e por sua família que me acolheu como filho; e a José Geraldo Carneiro Leão, meu norte moral na advocacia e no exemplo de vida. Obrigado pela amizade.

A FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco – que se propôs a investir na minha formação acadêmica, da qual me orgulho por fazer parte de seus quadros e da longa história de educação vivenciada no deserto do São Francisco.

Enfim, a todos aqueles que direta ou indiretamente me ajudaram na conclusão desta fase de vida, pelo que sou eternamente grato.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil de 2002

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil Brasileiro

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Portugal)

INCIDENTE – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

IRDR – Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas

GLO – Group Litigation Order

HMCS – Her Majesty's Courts Services

PCPC – Projeto de Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STH – Superior Tribunal de Justiça

TNU – Turma Nacional de Uniformização

RESUMO

Esta dissertação se dedica ao estudo das consequências da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas proposto no projeto do novo Código de Processo Civil, sob o viés da interferência recíproca entre economia e direito. Analisa-se a possibilidade das alterações normativas e processuais poderem trazer consequências indesejadas à celeridade processual e ao ideal de justiça. A pesquisa trata das técnicas processuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro e no Direito Estrangeiro para tratamento coletivo de questões repetitivas afetas a demandas individuais. Destacam-se as vantagens e desvantagens das ações coletivas propriamente ditas, nas quais se verifica o fenômeno da legitimação extraordinária. Analisa-se também o viés econômico do incidente de resolução de demandas repetitivas, proposto no projeto do Novo Código de Processo Civil, comparando-o aos processos coletivos, entre os quais se destaca o sistema das causas-piloto e das ações de grupo, tanto no Direito Estrangeiro como no Direito Pátrio. Elencadas e descritas essas técnicas processuais, procura-se contextualizar seu surgimento no cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente à luz do direito ao contraditório como fator de participação das partes na construção da decisão jurisdicional e do direito contraditório no processo civil, fazendo-se apontamentos críticos ao texto legal que prevê tais procedimentos à luz desses princípios. Utilizou-se para a abordagem do tema tanto o método dedutivo como o dialético e, quanto ao proceder, o método histórico, o comparativo, e o exploratório descritivo. A pesquisa foi desenvolvida por meio de argumentação teórica, revisão literária de obras nacionais e estrangeiras.

Palavras-chave: incidente de resolução de causas repetitivas causas repetitivas – causas-piloto – coletivização da tutela processual – projeto do novo código de processo civil

ABSTRACT

This dissertation is dedicated to the study of the consequences from the application of the incident resolution in repetitive demands proposed in the project of the new Code of Civil Procedure, under the viewpoint of reciprocal interference between economy and law. It is analyzed the possibility of normative and procedural changes may bring unintended consequences to the procedure speed and to the ideal of justice. The research deals with procedural techniques previewed on Brazilian law and foreign law for collective treatment of repetitive questions related to the individual demands. It is highlighted the advantages and disadvantages of collective actions themselves, in which it was verified the phenomenon of extraordinary legitimation. It is also analyzed the economic viewpoint of the incident from repetitive demands resolution, proposed in the project of the New Code of Civil Procedure, comparing it to the collective processes, among which stands out the causes-pilot system and the group actions, both on Foreign Law as the on the Homeland Law. Listed and described these procedural techniques, it is looked to contextualize its emergence in the current scenario of the Brazilian legal system, mainly in light of the right of contradictory as a factor participation stakeholder in building the jurisdictional decision and the adversarial right on the civil process, critical notes were made to the legal text that provides such procedures in the light of these principles. It was used to approach the subject as much the deductive method as the dialectical, and, as to make the historical method, the comparative, descriptive and exploratory. The survey was developed by the theoretical argumentation, literature review of national and foreign.

Keywords: incident of resolution of causes repetitive; repetitive causes; causes-pilot; collectivization of procedural protection - project of the new code of civil procedure

SUMÁRIO

Introdução	14
CAPÍTULO I – PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CRIAÇÃO DE COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	16
1.1 Criação pelo Senado Federal da comissão de juristas para elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil	16
1.2 Análise ao projeto do novo Código de Processo Civil	20
CAPÍTULO II. REGIME DAS CAUSAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO	27
2.1 Normas de regime processual de causas repetitivas no ordenamento brasileiro	27
2.2 Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos.....	27
2.3 Incidente de uniformização de jurisprudência.....	29
2.4 Pedido de uniformização de interpretação da Lei Federal nos Juizados Especiais Cíveis Federais.....	29
2.5 Julgamento imediato de improcedência, nos termos do art. 285-A do CPC.....	31
2.6 As súmulas vinculantes.....	31
2.7 Julgamentos por amostragem dos recursos extraordinário e especial – a repercussão geral	32
CAPÍTULO III .ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA DAS CAUSAS REPETITIVAS NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL E ANALOGIAS COM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS.....	34
3.1 Origem e evolução dos processos coletivos no Brasil.....	34
3.2 Processos Coletivos no Brasil.....	34
3.3 Vantagens e desvantagens dos processos coletivos	35
3.4. Causas-piloto	37

3.5 Apontamentos sobre o Musterverfahren alemão	38
3.6 Modelo de agregação de causa do modelo Português.....	39
3.7 Class actions do modelo Norte Americano	42
3.8. A GroupLitigation inglesa (GLO)	44

CAPÍTULO IV – ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE TRADIÇÃO E MODERNIDADE – O ROMPIMENTO DO LIBERALISMO DO ANTIGO CPC FRENTE AS NOVAS NORMAS DO NOVO CPC.	47
---	----

CAPÍTULO V – ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	54
5.1 Situações jurídicas homogêneas.....	55
5.2 Legitimidade para as ações individuais e coletivas.....	56

CAPÍTULO VI–PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	59
6.1 Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	59
6.2 Legitimidade para propositura do Incidente.....	60
6.3 Divulgação do Incidente.....	62
6.4 Contraditório.....	62
6.5 Admissão, processamento e julgamento do incidente - competência	63
6.6 Recursos.....	64

CAPÍTULO VII - O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DO MERCADO OU DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	66
7.1 - O papel do judiciário como facilitador do mercado ou dos direitos fundamentais.....	72

CAPÍTULO VIII - DO PAPEL DA NORMA PROCESSUAL NA REGULAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA.....	77
Conclusão.....	81
Bibliografia.....	84

INTRODUÇÃO

O objetivo dessa pesquisa é procurar demonstrar como as variações histórico-culturais têm interferido na formulação das novas concepções jurídicas na atualidade, fomentando, com o apoio no discurso filosófico, o diálogo crítico do direito processual.

Especificamente, trata-se de analisar qual o impacto que o projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro vem causando para solução dos problemas decorrentes das demandas de massa/repetitivas, nos seus aspectos psicossociais e institucionais. Logo, diante de tais demandas, a questão que se põe é: como canalizar os impulsos dos indivíduos no seu interminável afã pela riqueza e, diante desse fenômeno, quais as medidas judiciais compatíveis a serem adotadas pelo Estado, através do Poder Judiciário, para tornar essas demandas mais racionais e menos nocivas aos interesses sociais e econômicos do Estado.

Uma terceira variável consiste no admitir-se que hoje a modernidade não mais comporta modelos jurídicos isolados, legislações autônomas e imperecíveis. A flexibilização é uma terapia necessária à convivência social, inclusive entre nações.

Sob o aspecto econômico, a globalização constitui um dos problemas fundamentais que está a requerer, por parte dos poderes do Estado, atitudes de sábia prudência.

Portanto, este trabalho, obedecendo aos mencionados desideratos, organizar-se-á, sistematicamente à luz da seguinte sequência: o capítulo primeiro descreve o projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro e sua genealogia, desde a criação de uma Comissão de Juristas no Senado Federal, com ênfase específica direcionada à problemática dos conflitos entre interesses coletivos e interesses individuais, até a sua consolidação*.

Em sucessivo, analisar-se-á, dentro desse contexto, a problemática das causas repetitivas ou de massa, como elas foram tratadas pela legislação antecedente e quais as alternativas propostas no novo código. Inclue-se nesse rol de preocupações a suspensão de segurança em liminares de casos repetitivos, a uniformização jurisprudencial, e pedido de uniformização de interpretação da lei federal nos juizados especiais cíveis federais, julgamento imediato de improcedência, súmulas vinculantes, e julgamento de recursos extraordinários e especiais.

O passo seguinte compreende uma análise histórica das causas repetitivas no sistema brasileiro, vis-a-vis outros sistemas jurídicos estrangeiros, a exemplo do sistema

inglês, alemão, americano e português.

Dando continuidade a essa interpretação histórica, procurar-se-á, então, verificar em que medida a nossa tradição jurídico-cultural se choca com a modernidade, rompendo com alguns valores do liberalismo clássico remanescentes do antigo CPC, ainda em vigor, e a nova proposta contida no atual projeto do novo Código de Processo Civil.

Para direcionar o foco dessa análise ao objeto desse estudo, far-se-á uma análise do ponto de vista econômico acerca do incidente das demandas repetitivas e como o problema foi tratado no novo Código de Processo Civil. Nesse tópico, entram em linha de consideração as situações jurídicas homogêneas e a legitimidade das ações individuais e coletivas.

O capítulo VI procurará discorrer sobre a funcionalidade dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, compreendendo: a instauração do incidente, a legitimidade para sua propositura; a divulgação/publicização do incidente; o contraditório; e a competência para admissão, processamento e julgamento do incidente; e finalmente, as instâncias recursais.

O capítulo VII pretende analisar, de um ponto de vista mais genérico, o papel do Poder Judiciário na manutenção do equilíbrio do mercado e na preservação dos direitos fundamentais. Aqui, dois paradigmas servirão como modelos interpretativos dessa análise: a) o paradigma de Richard A. Posner, e sua concepção comportamentalista, face às demandas judiciais, e b) a teoria crítica acerca do papel do mercado exposta por Zigmund Bauman. Como então, diante dessas concepções, o sistema jurídico brasileiro poderia ser interpretado? Um dos referenciais teórico-práticos dessa análise é a obra *Processo e Ideologia*, de Ovídio Batista da Silva.

O desfecho da pesquisa conduzirá a uma tentativa de explicar em que medida o novo Código de Processo Civil representa uma síntese entre tradição e progresso, ou seja, entre o mecanicismo do sistema dogmático tradicional e o organicismo inerente à nova legislação proposta. Semelhanças e diferenças, portanto, irão ser apontadas para melhor iluminar esta síntese.

CAPÍTULO I

PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CRIAÇÃO DE COMISSÃO DE JURISTAS PARA ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1.1 Criação pelo Senado Federal da comissão de juristas para elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil

Por meio do Ato 379/2009, do Presidente do Senado Federal, restou criada uma Comissão de Juristas com o encargo de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

A referida Comissão, uma vez instaurada, buscou nortear seus trabalhos com o propósito de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional, pela criação de novos institutos processuais e abolição de outros já existentes, por sua ineficácia ao longo do tempo.

Segundo informou a sobredita Comissão, há empenho em se erigir “instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário”¹.

Entre esses novos e diversos instrumentos sugeridos pela Comissão, está o incidente de resolução das demandas repetitivas, que teria por objetivo evitar a multiplicação das demandas judiciais “na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz, 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”².

A Comissão de Juristas faz incluir no Projeto do Novo Código de Processo

¹ Conf. correspondência do Presidente da Comissão de Juristas, encaminhada ao Presidente do Senado: <http://www.senado.gov.br/agencia/vernoticia.aspx?codNoticia=98555&codAplicativo=2>, link: <http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/docs/novocpc.doc>, consultados em 19 de janeiro de 2010.

² Idem

Civil, instrumento propondo que litígios de massa possam ser solucionados através da concentração, nas mãos de um único magistrado, por via do sobredito incidente de coletivização, importando na suspensão de todos os demais litígios, para que aguardem o advento de uma decisão de largo espectro em uma única causa (também denominada causa piloto), decisão essa que, por analogia, estender-se-á aos demais processos.

Assim se reporta Sua Excelência Luiz Fux, Ministro do STJ, ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney³:

Honrado com a designação para Presidir a Comissão instituída com a finalidade de elaboração de um Novo Código de Processo Civil, venho, pelo presente, apresentar a V. Exa os resultados da primeira fase dos trabalhos, quiçá o mais significativo, qual o da aprovação das proposições que serão servís à elaboração do anteprojeto a ser submetido às audiências públicas, ao controle prévio da constitucionalidade pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal e, finalmente ao processo legislativo.

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

³ Idem.

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 de uma 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.

Tudo indica que uma solução dessa natureza, embora atenda à dimensão formal dos processos quanto ao seu conteúdo, não terá o alcance de obter uma solução justa e equânime para os casos que se apresentem ao Judiciário em grande volume de litígios.

Isso porque a multiplicidade de demandas envolvidas, tendo cada uma delas aspectos singulares que as individualizam, não permite, sem sacrifício da justiça, uma horizontalização decisória única/genérica.

Por outro lado, deve-se analisar os benefícios econômicos do incidente de coletivização de demandas, vez que se observa que a demora e insegurança jurídicas emprestadas às mesmas afogam o Judiciário com ações individuais, muitas vezes de pouco interesse econômico, trazendo, não raro, temor aos jurisdicionados, na medida em que diversas decisões distintas podem surgir de um mesmo fato à luz de uma mesma norma. Decorrendo disso, ainda, sérios problemas à confiança do cidadão comum no Judiciário.

A relevância deste trabalho decorre da incidência que suscita uma maior reflexão sobre até que ponto é possível compatibilizar o princípio da celeridade e duração razoável do processo – conforme se busca Projeto do Novo Código de Processo Civil – com o objetivo de efetividade da prestação jurisdicional, cujo desiderato seria compatibilizá-los com o conceito de justiça capaz de conciliar e harmonizar os interesses conflitantes.

Acreditamos, por um lado, que decidir um litígio não se resume à celeridade do

feito, fazendo-se necessário, ainda, de forma prudente, cautelosa, que os bens e valores envolvidos na lide sejam respeitados na individualidade de cada caso em particular, em homenagem ao princípio do direito de ação.

Contudo, não se há que negar que a concentração de feitos dessa natureza, decidindo-se todos de uma mesma maneira, importa em economia para o Estado – portanto para toda a coletividade –, e também em segurança e celeridade pela decisão uniformizada e mais breve. Então, *quid juris?*

De bom alvitre esclarecer que não se está tratando apenas da economia que se reporta ao erário, posto que esta estaria resguardada pelas taxas e emolumentos judiciários. Pretendemo-nos reportar a uma economia de mercado, ampla; aquela espécie de economia que atinge o comércio e a indústria, fazendo diminuir a arrecadação de impostos, quando empresas optam por não se instalar em uma nação, por conta das dificuldades apresentadas pelo Judiciário na solução das lides.

Há uma outra dimensão do problema que não deve ser desprezada. Cardozo adverte que ao submeter diferentes tipos de litígio a um único juiz, ainda que compartilhem de um mesmo fundo de direito, deve-se também estar atento ao próprio julgador, suas idiossincrasias, preconceitos e, sobretudo, sua formação e experiência do ponto de vista técnico, intelectual e moral. Diz ele:

É uma questão de grau se a lei que toma minha propriedade e limita minha conduta, prejudica minha liberdade de maneira indevida. Assim, dever de um juiz se torna também uma questão de grau, e ele é um juiz útil ou um juiz medíocre quando calcula a medida de forma exata ou imprecisa. Ele deve equilibrar todos os seus ingredientes, sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso de direito e todo o resto, e acrescentando um pouco aqui e retirando um pouco ali, deve determinar do modo mais sábio que puder qual peso fará pender a balança. [...] Após ter terminado o cansativo processo de análise, deve haver para todo juiz uma nova síntese que ele terá de fazer por si mesmo. O máximo que ele pode esperar é que, com muito pensamento e estudo, com anos de prática como advogado ou juiz e com a ajuda daquela graça interior que chega de vez em quando ao eleito de qualquer vocação, a análise possa ajudar um pouco a tornar a síntese verdadeira (2002, p.540).

Conforme alegado no texto da correspondência encaminhada pela Comissão de Juristas ao Presidente do Senado, várias tentativas frustradas de emprestar celeridade e eficiência ao Poder Judiciário estão levando a soluções aparentemente equivocadas; ou de simplesmente ofertar celeridade ao jurisdicionado, desafogando os Tribunais, ao elevado preço do detrimento da justiça.

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 financeiros aptos a desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso país⁴.

Em síntese, tudo isso conduz a constatação de que uma experiência, para ser rica e profícua, necessita de contínuas avaliações; é necessário, sobretudo, submetê-las ao exame das variáveis de cada situação jurídica e as alternativas por elas suscitadas. Só então se torna possível chegar a uma solução mais prudente e funcional acerca da situação problemática em lide.

1.2 Análise do projeto do novo Código de Processo Civil

É preciso analisar a adequação da proposta do novo Código de Processo Civil, selecionando, adrede, algumas alternativas já existentes e que, por sua importância, se mostram, até o momento, amplas e funcionalmente adequadas à solução das lides de massa é, por conseguinte, essencial à sua efetividade.

O ordenamento processual atual já apresenta soluções eficazes para o deslinde de algumas situações que envolvam interesses de massa, tais como a tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou ainda dos difusos, sem o inconveniente de restringir a apreciação do magistrado nos casos concretos postos à sua apreciação, quais sejam, as ações civis públicas ou as ações coletivas.

Ensina Mazzilli:

⁴Conf. correspondência do Presidente da Comissão de Juristas, encaminhada ao Presidente do Senado: <http://www.senado.gov.br/agencia/vernoticia.aspx?codNoticia=98555&codAplicativo=2>, link: <http://www.senado.gov.br/comunica/agencia/docs/novocpc.doc>, consultados em 19 de janeiro de 2010.

Constitui erro supor que, numa ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos, ou somente individuais homogêneos). Nelas, não raro se discutem interesses transindividuais de natureza distinta. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater aumentos ilegais de mensalidades escolares e ainda buscar a repetição do indébito; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo, interesses coletivos em sentido estrito (a *ilegalidade* em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado), e também interesses individuais homogêneos (a *repetição do indébito*, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado). (2002, p. 89).

Prossegue Mazzilli trazendo à baila uma outra ilustração atinente à situação problemática ora em análise. Ele procura, em síntese, demonstrar que não há incompatibilidade na prestação jurisdicional, em uma mesma ação civil pública, contemplar interesses coletivos e interesses individuais, de modo concomitante:

Outro exemplo, ainda. Tomemos um aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a *ilegalidade* do aumento não será maior para quem tenha mais cotas: a ilegalidade será a mesma para todos (interesse coletivo). Entretanto, *será divisível a pretensão de repetição do que se tenha pago ilegalmente a mais*; tendo havido pagamentos, os prejuízos serão individualizáveis (interesses individuais homogêneos). Sem dúvida, na mesma ação civil pública, será possível pedir não só a nulidade do aumento ilegalmente aplicado, a ser decidida identicamente para todos os integrantes do grupo (interesse coletivo), como também a repetição do indébito, que há de favorecer cada integrante do grupo de forma divisível e individualmente variável (interesses individuais homogêneos). (2002, p. 90).

Os interesses coletivos – em sentido estrito, assim como os interesses individuais, são todos transindividuais, no sentido de que eles afetam o indivíduo como pessoal, como ser social. Portanto, passíveis de defesas individuais por parte de cada interessado/lesado, naquilo que lhe for mais particular.

A mera criação de mecanismos processuais destinados a desafogar o Poder Judiciário, sem contudo enfrentar os variados problemas estruturais desse Poder, tais como déficit de juízes e servidores, necessita de uma flexibilização normativa.

Contudo, essa não é uma posição consensual na doutrina e na filosofia do direito. Kelsen, por exemplo, através da sua visão lógico-positivista, considera que extrair novas normas das já vigentes constituiria uma excrescência à sua concepção pura do Direito. Senão vejamos:

O ponto de vista segundo o qual a interpretação seria o conhecimento do direito positivo e, como tal, um processo para extrair novas normas das já vigentes é o fundamento da denominada jurisprudência conceitual, também descartada pela teoria pura do direito. Esta destrói a opinião de que se possam criar novas normas por via do conhecimento, opinião essa que, em última análise, surge da necessidade de representar o direito como um ordenamento forte, que determina a conduta humana e, em particular, a atividade dos órgãos aplicadores do direito, principalmente, dos tribunais; de modo que a função destes, assim como a interpretação, deve ser encarada como o processo especial de normas já existentes, e que deverão ser descobertas por um determinado procedimento. É a ilusão da segurança jurídica que a teoria tradicional do direito – consciente ou inconscientemente – se esforça por manter. (2006, p. 120).

Não se pretende aqui, em contrapartida, afirmar que a proposta sob análise busque afastar categoricamente, ou negar, o direito de ação dos jurisdicionados. Contudo, dita proposta aparenta limitar esse direito quando retira da seara da parte litigante o direito/possibilidade de discutir as particularidades de seu caso concreto, para deixar que a decisão judicial seja proferida genericamente, sem a apreciação das particularidades fáticas, limitando-se ao fundo de direito da questão.

Dos ensinamentos de Camargo, quando se debruça sobre os estudos de Castanheira Neves, depreende-se:

Toda realização do direito é por ele determinada, bem como todo o

seu significado. Logo, na medida em que o sistema serve como referencial único ao processo de interpretação e aplicação das leis, a ‘hermenêutica deve cingir-se a um âmbito conceitual próprio, que encontra seus limites previamente fixados. Essa noção extremada de limite é o que nos leva a identificar tal forma de entendimento com o positivismo, que só se preocupa com os mecanismos de reconhecimento de validade da lei posta pelo Estado ou pelas autoridades competentes. Ao contrário, o que procuramos agora é entender o direito a partir, também, de uma ótica externa ao sistema, isto é, a partir *do problema* submetido à decisão judicial que, por sua vez, encontra-se referenciado por uma série de outros fatores que não apenas os conceitos e os possíveis valores extraídos da lei isoladamente. O problema procura uma solução à qual o Direito deve servir, atendida toda sua complexidade. Não se quer, com isso, abandonar a figura do sistema, mas, apenas, arejar seus contornos, para que respire o ar da realidade e dos valores que orientam o que-fazer humano. (2001, p. 181).

Fica evidente que a hermenêutica não pretende criar mecanismos para diminuir os problemas gerados por um sistema de normas, mas encontrar soluções para que essas normas sejam eficazmente ampliadas e utilizadas na solução dos problemas que se apresentem.

A utilização da analogia, procura extrair da prática cotidiana melhores resultados para a solução dos problemas apresentados ao Direito.

Camargo, ao voltar o foco da decisão prioritariamente para o problema e não para os preceitos lógico-normativos que formalmente o disciplinam, emprega uma metodologia pragmática segundo a qual a análise de uma situação problemática começa a ser aferida à luz dos efeitos e consequências que produz; efeitos e consequências que irão, certamente, não só iluminar a mente do julgador sobre as implicações de natureza prática que estão envolvidas no problema, mas também ampliar o leque das alternativas de ordem jurídico-formal relacionadas à sua decisão.

Assim, estendendo os seus argumentos à esfera do pensamento posto em ação, no sentido de resolver tais problemas, Camargo prossegue afirmando:

Deste modo podemos definir o pensamento prático como aquele que se compromete diretamente com problemas, uma vez que é chamado a

resolvê-los. E com isso abandonamos a ideia de Direito como simples *aplicação* de normas, conforme a concepção tradicional, em prol da ideia de que o direito se constitui num verdadeiro ato de *criação* normativa que se dá a cada caso concreto. Segundo Castanheira Neves, a lei contém uma intenção normativo-jurídica vinculante que deve ser buscada para sua realização. Mas esse realizar, que corresponde a um ato de criação, não é automático como um mecanismo lógico que independe da vontade de um terceiro mediador. Para o autor, o direito caracteriza-se, precisamente, pelo fato da mediação. (2001, p. 183).

Por outro lado, deve-se considerar que o atual Código de Processo Civil, elaborado após meados do século XX (1973), e sob a influência do liberalismo e do individualismo, não se coaduna totalmente com a proteção aos direitos transindividuais, merecendo desse modo detida observação quanto à legitimação para as ações coletivas.

Nery, apoiando-se no instituto dos direitos difusos com base nas prerrogativas da legislação alemã sobre legitimação autônoma, acompanha analogicamente as considerações de Camargo, quando afirma:

Portanto, para que os direitos transindividuais não fiquem sem proteção jurisdicional, é preciso que sejam buscadas alternativas de sorte a tornar possível a dedução de pretensões envolvendo esses direitos em juízo. [...] Na verdade, o problema não deve ser entendido segundo as regras de legitimação para a causa, com as inconvenientes vinculações com a titularidade do direito material invocado em juízo, mas sim à luz do que na Alemanha se denomina de *legitimação autônoma para a condução do processo* (selbständige Prozeßführungsbefugnis), instituto destinado a fazer valer em juízo os direitos difusos, sem que se tenha de recorrer aos mecanismos de direito material para explicar referida legitimação. (2009, p. 192/193).

Entretanto, alterar simplesmente o ordenamento jurídico com o declarado propósito de criar óbices à apresentação, pelos jurisdicionados de litígios, sob pena de aplicação de ônus financeiro, não se nos apresenta como um *quantum satis* à solução do problema, uma vez que tão somente dificulta o acesso à justiça, sob o argumento de

emprestar celeridade ao processo sem, contudo, alterar as verdadeiras razões da mora na prestação jurisdicional.

As normas jurídicas não podem ser interpretadas e, muito menos, aplicadas tais como camisas-de-força capazes de subsumir os fatos em cadeias de raciocínios lógico-dedutivos, ainda motivados pela metodologia silogística e submetidos aos clássicos princípios da identidade, da não contradição, do terceiro excluído e da razão suficiente.

Rego, analisando o problema sob uma perspectiva pragmática, esclarece que:

Um olhar retrospectivo sobre as nossas práticas processuais deixa entrever que a metodologia aplicada ao direito ainda se assenta ao modelo subsuntivo que remonta ao século XIX. Esse modelo, no qual a decisão jurídica resulta dogmaticamente do texto legal ou estrita submissão dos fatos à lógica, opõe-se ao método pragmático. Ele parece não resistir a uma análise mais profunda dos seus resultados. Na maioria das vezes, os casos em que as normas jurídicas não se conformam aos fatos por mera subsunção, dado a singularidade de cada evento e a impossibilidade do legislador de prever a infinidade de ocorrências fáticas que a realidade venha a provocar, resultam no aparecimento de situações consideradas aporéticas. (2009, p. 69).

Portanto, se surgem dúvidas na aplicação das normas existentes pela dificuldade de o legislador prever as infundáveis possibilidades de litígios, a solução dessa dificuldade não consistiria meramente em criar novas normas.

Se o propósito consiste em desafogar o Judiciário, através da celeridade de seus procedimentos, então uma hermenêutica inteligente e criativa seria a terapia para solucionar tal problema.

Nesse sentido, a Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal delineou seu plano de ação na base dos seguintes pressupostos:

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.

Tendo em vista a existência de mecanismos judiciais de litígios coletivos que antecederam o projeto do Novo Código de Processo Civil, e que numa determinada

medida contribuíram para sanar os atuais óbices das demandas de massa, como por exemplo suspensão de segurança de liminares em casos idênticos (art 4º, § 8 da Lei nº. 8.437/92, e art 15, §5º da Lei nº. 12.016/09); Mandado de Seguranças Coletivo; incidente de uniformização de jurisprudência, a pergunta que se impõe, então, é a de se saber se, e em que medida, esses instrumentos poderiam ser paradigmas ao projeto do novo CPC.

Apresenta-se, assim, a necessidade de se examinar a eficácia de algumas alternativas atuais postas à disposição dos jurisdicionados.

Cabe, por fim, ponderar se o Projeto do novo CPC e o seu compromisso com a celeridade ao desestimular demandas consideradas como aventuras judiciais, não desprezaria o princípio constitucional de amplo acesso ao Judiciário.

Entendendo-se que a análise de algumas de suas possíveis consequências deveria levar em consideração que, em havendo a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, poder-se-ia gerar um número gigantesco de demandas, justamente objetivando aproveitar a oportunidade de uma vitória segura contra um determinado litigante habitual (*i. e.* as empresas de telecomunicações), o que poderia causar a falência do réu.

Ou seja, mesmo que cada um dos autores tenha direito a um valor insignificante, a certeza ou a esperança de uma decisão coletiva que lhes vá beneficiar, parece importar no risco de uma busca desenfreada pela “vantagem jurídica” residente no Incidente. E tal vantagem poderia, certamente, criar uma demanda judicial muito maior do que aquela que se faria existente se os litígios fossem individualizados, posto que mais caros para os autores.

Para efeito de lançar luz mais esclarecedora sobre esse aparente conflito, resultante da possibilidade de litígios individuais virem a provocar decisões coletivizadas, se faz agora oportuno tecer algumas considerações em torno dos atuais procedimentos normativos postos pela legislação em vigor, transcendendo, dessa forma, os limites estabelecidos no próprio processo, para irradiar os seus efeitos a causas análogas.

CAPÍTULO II

REGIME DAS CAUSAS REPETITIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Normas de regime processual de causas repetitivas no ordenamento brasileiro

No ordenamento brasileiro já existem normas que contemplam o regime processual de causas repetitivas, sendo que algumas delas, justamente as mais recentes, foram criadas especificamente para dar solução às causas repetitivas, enquanto outras, de mais longa data, podem ser utilizadas facilmente para empreender alguma celeridade às demandas de massa.

Diante da menção à existência dessas normas de regulação das causas repetitivas ou de massa, torna-se importante ao presente trabalho discorrer sobre algumas dessas normas, tomadas como paradigmas ao ora analisado instituto.

O elenco dessas hipóteses vai a seguir enunciado, obedecendo a seguinte ordem:

2.2 – Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos.

A primeira dessas hipóteses de suspensão de segurança está disposta no art. 4º, § 8º, da Lei nº. 8.437/92, pelo qual “as liminares cujo objeto seja idêntico, poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes mediante simples aditamento do pedido original”.

A segunda hipótese reside no art. 15, §5º da Lei nº. 12.016/09, a qual se aplica aos casos de mandados de segurança nos quais se requeiram suspensão das liminares anteriormente proferidas, conforme se transcreve abaixo:

Art 15 - Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Ambas as normas sobreditas se relacionam a decisões repetitivas ou massificadas, e dão ensejo a que o Presidente do Tribunal faça suspender de uma única vez todas as decisões liminarmente proferidas, além de vedar a concessão de novas liminares em ações futuras que tenham o mesmo objeto.

É comum que em situações dessa espécie o Judiciário conceda a alguns sujeitos processuais as liminares perquiridas, enquanto em ações absolutamente análogas, sejam negadas as liminares.

Resta possível, ainda, que, mesmo no caso de concessão da liminar, possa ocorrer que em determinadas ações tais provimentos sejam cassados e/ou revogados, enquanto em outras as liminares se demorem até o trânsito em julgado das decisões.

Desta feita, as regras em comento cumprem o objetivo de regular demandas repetitivas para fazer afastar a possibilidade de decisões divergentes emitidas pelo judiciário em ações que contenham similaridade de objeto e fatos.

Verifica-se, ainda, que resta preservado o interesse público frente ao fato de ser possível ao Presidente do Tribunal fazer a cassação de todas as liminares em um único ato. Por outro lado, se houvesse somente um ou poucos litigantes com similares pretensões contra os interesses do erário, não se poderia – ou seria difícil – de se comprovar a ocorrência de grave lesão aos interesses públicos.

Tais instrumentos são úteis nas ações em que diversos litigantes demandam causas individuais, embora de semelhante conteúdo, contra os interesses da Fazenda Pública. Justamente o elevado número de ações com concessões de decisões liminares causa o “efeito manada” que promove naqueles que ainda não propuseram ações, o interesse de litigar antes não despertado.

Em tais casos, pode-se utilizar a norma em análise para se requerer a suspensão de várias/todas as liminares concedidas, podendo ainda estender tal medida suspensiva a outros provimentos de urgência, impedindo que sejam cumpridos. E na hipótese de se requerer provimentos liminares em novas ações similares, será possível, por mero aditamento do pedido de suspensão anteriormente apreciado, promover que a decisão já proferida pela Presidência do Tribunal se estenda às lides novas e dê ensejo à proibição

ou suspensão de liminares.

Veja-se que por mera petição de aditamento em procedimento já ajuizado e em trâmite, estar-se-á evitando novas distribuições processuais, citações, contestações, protocolos de diversos documentos e, ainda, poupando o magistrado, e permitindo que este se ocupe de outros processos.

2.3 Incidente de uniformização de jurisprudência

Havendo divergência dentro de um mesmo tribunal sobre a interpretação de determinada norma jurídica, cria-se a possibilidade de se arguir o incidente de uniformização de jurisprudência, após o que o Plenário ou mesmo a Corte Especial exarará entendimento sobre a interpretação que se deve dar à norma em análise.

Tal procedimento está previsto no art. 476 do atual CPC, nos seguintes termos:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

- I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;
- II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Uma vez proferido entendimento pelo Plenário ou Corte Especial, o julgamento, antes suspenso, deverá ser retomado pela turma, câmara ou grupo de câmaras, os quais deverão adotar para o caso *sub judice* o entendimento apontado no julgamento do incidente.

2.4 Pedido de uniformização de interpretação da Lei Federal nos Juizados Especiais Cíveis Federais

Os Juizados Especiais Cíveis Federais foram criados pela Lei n.º 10.259/01, com o objetivo de abranger os litígios de pequeno valor, nos termos da Lei n.º 9.099/95, de valor até 60 salários mínimos.

O objetivo evidente da criação de tais juizados era o de desafogar as Varas Federais. Contudo, aliando-se sua criação à maior consciência/educação jurídica dos jurisdicionados, deu-se um acréscimo da demanda nas causas de competência desses juizados, o que importou, via de consequência, em demora da prestação jurisdicional.

Pela natureza das matérias afetas a tais Juizados, diversas demandas são idênticas/repetitivas, gerando assim as demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis Federais.

Uma vez decidida uma matéria em julgamento pela Turma Recursal, faz-se possível a promoção de pedido de uniformização de interpretação da lei federal objeto do julgamento, se houver alguma divergência com decisão procedentes de outras Turmas Recursais ou, ainda, com súmula ou jurisprudência do STJ que sejam dominantes.

Tal possibilidade está assentada no art. 14 da Lei n.º. 10.259/01:

Art. 14 Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

O pedido de uniformização de interpretação de Lei Federal tem por objeto a divergência que diga respeito ao direito material, e não ao direito processual, sendo portando inviável ou inadmissível neste último caso. Contudo, pode ser proposto o pleito de uniformização quando houver divergência entre Turmas Recursais de uma mesma região, e sua apreciação deve se dar pelo colegiado ou reunião das Turmas Recursais. Se se der a divergência entre Turmas de Regiões distintas, o pedido de uniformização será apreciado pela TNU – Turma Nacional de Uniformização.

A TNU também atuará para julgar pleitos de uniformização se a divergência se apresenta entre a decisão de uma Turma Recursal e uma súmula ou decisão jurisprudencial dominante do STJ. Atente-se, porém, à necessidade de haver semelhança fática entre o julgado paradigma e o acórdão da Turma Recursal. Inexistente tal semelhança, deve ser rejeitado o pedido de uniformização.

2.5 Julgamento imediato de improcedência, nos termos do art. 285-A do CPC

O Código de Processo Civil conta com dispositivo que prevê a possibilidade de julgamento imediato pelo Juízo da causa, de total improcedência do pedido, dispensando-se até mesmo a citação da parte adversária, conforme se depreende abaixo, não se dando, assim, a controvérsia:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Tal alteração foi incluída no atual CPC pela Lei nº 11.277/06, e busca justamente regulamentar caso de demandas de massa, ainda que para extinguir o processo com julgamento do mérito.

Conforme dito expressamente no artigo acima transcrito, faz-se necessário requisitos para a aplicação da norma em comento, quais sejam: a matéria controvertida ser unicamente de direito; e que já tenha sido, naquele juízo, proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Portanto, ao se exigir que a matéria controvertida seja unicamente de direito, está o dispositivo se reportando às demandas de massa.

2.6 As súmulas vinculantes

A Constituição Federal também prevê hipótese de decisão de litígio em massa, conforme se depreende do abaixo transcrito art. 103-A, por meio da edição de súmula com efeito vinculante.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Tais súmulas objetivam elidir dúvidas entre os órgãos do judiciário ou entre estes órgãos e a administração pública, analisando a validade, a interpretação e a eficácia das normas controvertidas.

Se uma decisão judicial ou ato administrativo é exarado ou publicado em confronto com a súmula vinculante, nasce a pretensão da reclamação ao STF. Nesta reclamação o Supremo analisará a sua procedência, e, uma vez verificada esta, determinará a nulidade do ato administrativo ou cassará a decisão judicial atacada, determinando que se proceda a novo ato ou a nova sentença.

Pela edição de súmula vinculante, portanto, alcança-se a uniformidade da jurisprudência, racionalizando-se as decisões de causas massificadas. Resta evidenciado, pelo exposto, que as súmulas vinculantes constituem importante instrumento para solução das causas repetitivas, traduzindo-se em isonomia e segurança jurídica, bem como em economia processual.

2.7 Julgamentos por amostragem dos recursos extraordinário e especial – a repercussão geral

Desagua nos Tribunais Superiores toda a força de multiplicação dos recursos realizados em causas repetitivas, o que causa gigantesco acúmulo de trabalho que, ao fim, tem a mesma natureza.

Objetivando dar desfecho mais racional aos recursos extraordinário e especial que se apresentam repetitivos, foram editados e inseridos no Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C.

Desta feita, quando se apresentem recursos múltiplos de idêntica controvérsia, se fará necessária a análise da repercussão geral, a qual deverá ser processada nos termos

do Regimento Interno do STF, fundado no art. 543-B do CPC.

Os Tribunais de origem ficam responsáveis pela seleção de alguns recursos que representem a matéria controversa e fazer seus encaminhamentos ao STF, devendo ainda sobrestar o andamento dos demais recursos até ulterior decisão nos recursos selecionados e encaminhados, nos ditames do §1º do art. 543-B do CPC. Se negada a repercussão geral, todos os recursos sobrestados serão automaticamente considerados não admitidos (543-B do CPC).

O STF julgará *um, ou alguns* recursos extraordinários que envolvam *mesma questão de direito*. Se negar a existência da repercussão geral, todos os demais recursos, que ficaram sobrestados, *no aguardo da definição daquele recurso escolhido para análise*, reputam-se não admitidos.

Por outra, reconhecida a existência da repercussão geral e, *julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais Superiores, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se* (543-B, §4º do CPC).

Nessas hipóteses, pode-se considerar que as causas repetitivas serão apreciadas e julgadas com celeridade, mediante tratamento uniformizado às causas que tenham similares fundos de direito.

Vejamos agora a origem e o desenvolvimento dessa figura jurídica de solução de causas repetitivas e sua ocorrência no sistema jurídico nacional brasileiro. Ademais, uma análise comparativa do problema ampliará a sua percepção não apenas no âmbito nacional, mas contribuirá, outrossim, para que à luz de procedimentos adotados por modelos similares, se possa analogamente inferir certas diferenças e semelhanças entre os aludidos sistemas.

A análise comparativa ampliará a percepção do problema não apenas no âmbito nacional, mas contribuirá, outrossim, para que à luz dos procedimentos adotados por modelos similares se possa inferir analogamente certas diferenças e semelhanças entre eles.

CAPÍTULO III

ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA DAS CAUSAS REPETITIVAS NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL E ANALOGIAS COM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

3.1 Origem e evolução dos processos coletivos no Brasil

A origem dos processos coletivos é remota, verificando-se pelo gradual aparecimento de demandas que tratavam de questões que excediam o âmbito do patrimônio jurídico individual dos demandantes, atualmente denominada de ação “pseudo-individual”(Watanabe, 2006, p. 29/35) ou transindividuais, pela doutrina.

Zaneti e Diddier Júnior registram que a dimensão coletiva da tutela dos direitos já podia ser historicamente visualizada desde o surgimento do antecedente romano da ação popular em defesa da coisa pública (2008, *passim*).

3.2 Processos Coletivos no Brasil

No Brasil, a tutela coletiva dá os seus primeiros passos com a criação da Ação Popular, prevista originalmente no art. 157 da Constituição Brasileira de 1824, instrumento pelo qual qualquer um do povo poderia demandar em juízo em prol da coisa pública.

Com o Código Civil de 1916, de natureza eminentemente individualista, voltado à propriedade e à autonomia da vontade, a tutela dos direitos coletivos foi mitigada. Foi suprimida a ação popular, prevista no texto constitucional, como também as demais demandas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, já que foram retiradas as tutelas cíveis de interesses coletivos/não individuais.

Apesar da influência individualista do Código Civil de 1916, a ação popular teve sua atuação ampliada pela Constituição Brasileira de 1934 e, embora excluída do ordenamento jurídico pela Constituição de 1937, foi resgatada e mantida nos textos de todas as outras Constituições, até a presente, embora sua regulamentação somente se tenha dado com a edição da Lei nº 4.717/65.

Os demais procedimentos que vieram, posteriormente, a completar o conjunto de técnicas processuais foram:

- a) para a tutela coletiva de direitos surgiram leis extravagantes e dispersas, como a Lei nº 1.134/50, que concedeu às associações poderes de representação judicial e extrajudicial de seus associados;
- b) a Lei nº 7.347/85, que instituiu e regulou o procedimento da Ação Civil Pública, a própria Constituição Federal de 1988, que introduziu no ordenamento o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, enfim,
- c) a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que ampliou as espécies de direitos coletivos *latu sensu* tuteláveis através da própria Ação Civil Pública.

Obviamente, a tutela coletiva no Brasil não se restringe a esses diplomas normativos citados. Como bem define Mazzei, o microsistema é formado por todas as normas inerentes ao direito coletivo (aptas a nutrir carência regulativa das demais normas) que, unidas, formam um sistema especialíssimo. (2009, p. 383).

3.3 Vantagens e desvantagens dos processos coletivos

Se, de um lado, as demandas coletivas diminuem a desigualdade entre pequenos litigantes e grandes réus ou réus costumeiros, sendo sua técnica apontada por alguns doutrinadores como libertária, ao passo que o modelo do processo individual seria opressor e elitista, nas palavras de Hein Kötz citado por Antônio do Passo Cabral (2007, p. 125), de outro lado, a substituição processual traria inconvenientes, como: o de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em prol do interesse de uma coletividade geograficamente dispersa; que haja conflitos internos na classe representada não considerados na propositura e no julgamento do conflito coletivo; mitigação aos princípios processuais dispositivo e devido processo legal; contradições teóricas e obstáculos práticos em relação a várias questões, como legitimidade extraordinária, vinculação de terceiros ao resultado da demanda coletiva, extensão do instituto da coisa julgada e à repartição equitativa do ônus financeiro do processo (Cabral, 2007, p. 125).

Na verdade, o Poder Judiciário Brasileiro, apesar de já ter dado passos significativos para a ampliação da tutela coletiva, ainda exhibe sinais de restrição quanto a alguns temas, como legitimidade extraordinária, tutela de interesses individuais

homogêneos, litispendência, competência e efeitos subjetivos da sentença e da coisa julgada.

Em se tratando do Poder Legislativo, pode ser citada a tentativa de limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada criada pela alteração da redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, implementada pela Lei nº 9.494/97, restringindo o âmbito da incidência da coisa julgada da sentença da ação civil pública apenas aos limites da competência do órgão prolator, bem como o art. 2º-A, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.494/97⁵, que pretendeu limitar tanto os efeitos da coisa julgada coletiva, como também o acesso à justiça, ao dizer:

Art. 2ºA - A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória no 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. BRASIL. Lei no 9.494/97, de 10 de setembro de 1997 (DOU de 24.12.1997).Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm#art2, acesso em 10/06/2012.

Tal tentativa vem sendo chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça; ao menos é o que se verifica nos seguintes julgados: 1ª Turma, Resp nº 665.947, rel. Min. José Delgado, j. 02/12/2004, publicado no DJ de 12.12.2005; 1ª Turma, Resp nº 625.996, rel.

⁵Art. 2o-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória no 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. BRASIL. Lei no 9.494/97, de 10 de setembro de 1997 (DOU de 24.12.1997).Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm#art2, acesso em 10/06/2012.

p/acórdão Min. Teori Zavascki, j. 15.03.2005, publicado no DJ de 02.05.2005. Não será objeto do presente trabalho perquirir se as ações coletivas de fato apresentam as citadas desvantagens, seja no aspecto teórico ou pragmático, por motivos metodológicos. Mas não se pode deixar de registrar que as ações coletivas são instrumento adequado para enfrentar a problemática da multiplicação de processos de massa, independente das atuais restrições que lhe são atribuídas pelo Poder Judiciário e Legislativo.

O processo coletivo exige regramento próprio para diversos institutos, que devem acomodar-se às suas peculiaridades: competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiro, execução, etc. De um modo geral, a legislação brasileira avançou bastante no tema, possuindo regramento próprio e geralmente bem adequado em todos esses aspectos. É possível e preciso ir além, contudo. (Didier Jr, Fredie e Zaneti Jr, 2003, p. 139).

3.4. Causas-piloto

Esses entraves, melhor visualizados no âmbito do Judiciário, têm contribuído para a criação de alternativas legais ao processo coletivo, tanto no Brasil como em ordenamentos jurídicos estrangeiros, que tentem preservar os princípios do processo individual, mas permitam a tratativa coletiva de questões comuns. Uma das soluções apresentadas no exterior, por exemplo, é a dos processos-teste ou das causas-piloto. Tais institutos têm apresentado soluções inovadoras. Na Alemanha, o instituto é conhecido sob a terminologia de “Musterverfahren”, enquanto na Inglaterra, intitula-se de “Group Litigation”, nos Estados Unidos chama-se “Class Actions” e, em Portugal Agregação de Causas.

Cabral destaca que as causas-piloto têm vantagens, pois elas preservam os princípios do processo individual e permitem simultaneamente um tratamento coletivo, caracterizando-se pela ausência de um procedimento representativo, considerado desvantajoso na ótica continental (sistema romano-germânico). Nas suas palavras:

[...] procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de *incidente coletivo* dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a

especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma 'não-parte substituída'. É a tentativa de estabelecer 'algo análogo a uma *class action*, mas sem classe'. (2007, p.).

Assim, surgem as *causas piloto* ou *processos-teste*, caracterizados pela escolha de uma ou mais causas similares para serem julgadas inicialmente. A partir da solução dessa causa piloto, os demais casos são solucionados de maneira uniforme.

Essas novas perspectivas para as ações de grupo têm forte influência na repercussão da tutela dos direitos individuais homogêneos. A aplicação de um procedimento-modelo para a defesa desses direitos apresenta-se como uma alternativa, principalmente em ordenamentos jurídicos que não contemplem a possibilidade de utilização de processo coletivo para defesa de direitos individuais homogêneos.

Experiências como estas, das ações de grupo, são importantes para determinar um modelo ideal, que concilie direitos fundamentais do indivíduo relacionados ao processo civil, e a necessidade de atuação estatal na esfera privada individual; não que isso seja um aval às assestadas críticas aos processos coletivos para defesa de direitos individuais homogêneos.

Uma análise mais detalhada dos tipos acima referenciados e que têm a sua origem nos sistemas alemão e inglês, servirão, como já se mencionou acima, não apenas para ilustrar, mas também para servir de referencial comparativo à compreensão de modelos jurídicos similares que podem servir de base a possíveis analogias com o sistema jurídico nacional brasileiro.

3.5 Apontamentos sobre o Musterverfahren alemão

Criado em 2005 e com vigência temporária até 2010, o Musterverfahren foi um procedimento adotado para o julgamento de lides repetitivas que tinham pedido e causa de pedir similares, e que defendiam interesses de investidores de mercado de capitais.

O objeto da cognição judicial poderia abarcar tanto fatos quanto matérias de direito, havendo, ainda, possibilidade de cisão da cognição em temas de extensão coletiva e temas de extensão individual. A instauração do procedimento somente ocorreria em caso de pedido do autor ou do réu e poderia ser deferido caso houvesse repercussão extraprocessual que interferisse em outros litígios. (Cabral, 2007, p. 131 a

143).

A delimitação do objeto do julgamento da questão coletiva era feita pelo juízo de origem, mas o julgamento se efetivava no tribunal de hierarquia superior. Antes do deferimento (decisão irrecurável), havia publicação, em cadastro eletrônico público do requerimento, facilitando a adesão de outros processos com questões comuns. (Cabral, 2007. p. 131 a 143).

O próximo passo era a escolha de um líder (porta-voz) para os vários autores e outro para os réus, mas isto não inibia eventuais contribuições convergentes dos demais. Uma vez instaurado, são suspensos os processos individuais (decisão irrecurável), inclusive dos que não aderiram ao procedimento modelo. (Cabral, 2007, p. 131 a 143).

A decisão do Musterverfahren era vinculante para todos os juízes e eficaz para todos os intervenientes (partes dos processos individuais, mesmo que não tenham requerido o tratamento coletivo). Os futuros litigantes não sofreriam os efeitos da coisa julgada, pois esta só atinge os processos pendentes e as custas são rateadas com todos os intervenientes proporcionalmente.

3.6 Modelo de agregação de causas do Direito Português

Em Portugal foi editado o Dec.-lei nº 108/2006, criando um procedimento experimental para processamento e julgamento de demandas repetitivas. O Decreto visa a concretizar o imperativo - gizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2005⁶, de 30 de Maio de 2005, que aprovou o “Plano de Acção para o Descongestionamento dos Tribunais” - de assegurar um tratamento específico, no âmbito dos meios jurisdicionais, aos litigantes de massa, permitindo, designadamente, a prática de decisões judiciais que abranjam vários processos⁷.

Trata-se de um procedimento que possibilita a associação transitória dos processos e apenas para a prática de um ato, seja ele ato da secretaria, a audiência preliminar, a audiência final, despacho interlocutório ou sentença. O ato a praticar

⁶ Transcreve-se parte do relatório que justifica a edição da Resolução: “As medidas e orientações resumidas na presente resolução partem da identificação de factores concretos que concorrem para a actual situação de sobrecarga do sistema e excessiva concentração da procura judiciária. Visam prevenir, eliminar ou reduzir o efeito de causas que induzem ao recurso em massa à intervenção judicial e também actualizar soluções e mecanismos cujo potencial pode ser melhorado.” Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2005/05/103B00/35743575.pdf>, acesso em 30/09/12, às 11:46 hs.

⁷ Exposição de motivos do referido Dec.-lei disponível em: <http://www.dre.pt/pdfgratis/2006/06/111A00.PDF>, acesso em 30/09/12, às 12:30hs.

conjuntamente pode circunscrever-se à realização de uma determinada diligência de instrução - como a inquirição de testemunhas arroladas em vários processos ou a prestação de esclarecimentos pelos mesmos peritos - ou à discussão, em audiência preliminar ou final, de uma única questão de fato ou direito comum a várias causas⁸.

Findo ou praticado o ato, os processos prosseguem individualmente a sua marcha. O juiz passa, portanto, a poder praticar “atos em massa”, bastando que exista um elemento de conexão entre as ações e que da realização conjunta de um ato processual ou diligência resulte a simplificação do serviço do tribunal.

Tal regime, segundo Nuno de Lemos Jorge, (2007, p. 177) se assenta em duas ideias principais: aprofundamento do princípio da adequação formal, permitindo que o juiz flexibilize o procedimento para ajustá-lo às peculiaridades do caso concreto; e, por outro lado, a possibilidade de praticar atos processuais únicos destinados a produzir efeitos em vários processos.

Em resumo: o procedimento experimental permite a realização de atos processuais de forma conjunta, inclusive prolação de decisão que surta efeitos para todos os processos reunidos temporariamente.

A exposição de motivos do Dec. Lei nº 108/2006 deixa bem claro que o procedimento de agregação foi criado com o intuito de desafogar alguns Tribunais sobrecarregados de processos, permitindo-se assim que os processos dos litigantes ocasionais tramitem com maior celeridade.

Segundo dispõe o item “1” do art. 6º do Dec.-lei nº 108/2006 de Portugal, a agregação de causas que estão tramitando perante juízes diversos deve ser precedida de requerimento de uma das partes. Quando os processos estão vinculados ao mesmo juiz, a agregação poderá ser declarada de ofício pelo magistrado, conforme dicção do item “3” do referido artigo⁹.

⁸ Exposição de motivos do referido Dec.-lei disponível em: <http://www.dre.pt/pdfgratis/2006/06/111A00.PDF>, acesso em 30/09/10, às 12:40hs.

⁹ PORTUGAL. Dec. Lei nº 108/2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=855&tabela=leis, acesso em 30/09/12, às 11:35 hs.

O artigo da lei processual civil portuguesa prevê a possibilidade de o juiz decretar a agregação de ofício, sem audiência das partes, o que vem sendo criticado pela doutrina. Segundo Nuno de Lemos Jorge, a regra contida no n.º 03 do art. 6.º do CPC Português não deve ser considerada absoluta, apesar de o texto legal assim parecer indicar. Isso porque entende o autor que o juiz poderá ouvir as partes caso considere tal ato adequado aos fins do processo, conforme dicção da alínea “a” do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 108/2006. Por outro lado, acrescenta o jurista português que, quando a agregação seja requerida por uma das partes, parece indiscutível que a contraparte terá de ser ouvida, sob pena de compressão intolerável do direito ao contraditório, que o novo regime não quis certamente revogar (e aqui faz alusão ao disposto no art. 3.º, n.º 3 do CPC). (Jorge, 2007, *passim*)”¹⁰.

Os processos que tramitam no Contencioso Administrativo, regulados pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos, também possuem um procedimento específico para processamento e julgamento de processos repetitivos, previsto no art. 48 do CPTA (título “Processos em massa”), *in verbis*:

Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são apensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais.

Detalhe relevante do procedimento criado pelo art. 48 do CPTA é que a decisão judicial que determina o julgamento coletivo dos processos é precedida de oitiva das

10 O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” PORTUGAL. Dec. Lei n.º 108/2006, *Ibidem*.

partes, preservando-se o contraditório. A posterior suspensão de processos que discutem a mesma questão de fato ou de direito também é precedida de contraditório¹¹.

Enquanto pela regra de agregação prevista no Dec. Lei nº 108/2006 os processos são, transitoriamente, reunidos para que haja a prática conjunta de um ou alguns atos processuais, no Contencioso Administrativo escolhe-se um ou alguns processos para que sejam apreciados e julgados (amostragem), ficando os demais suspensos até o desfecho daqueles.

A grande característica desses institutos da lei processual civil portuguesa é a preservação das questões singulares porventura existentes nos processos submetidos a processamento e/ou julgamento coletivo, através de mecanismos que permitem que a parte se aproveite deste na medida em que a questão esteja abrangida em sua lide, além do fato de que, no Contencioso Administrativo, a parte pode optar pela extensão ou não dos efeitos da decisão coletiva ao seu processo, podendo prosseguir individualmente.

3.7 Class Actions (ações coletivas) Norte Americanas

Sem dúvidas, esse é o modelo mais difundido da noção de ações de classe, tanto pela ampla divulgação por meio de mídias como cinema e televisão, como ainda pelos diversos livros que, sejam romancesados, sejam técnicos, abordam o assunto.

Pode ser definido como uma ação judicial na qual uma única pessoa ou pequeno grupo representam os interesses de um grupo maior. Dá-se quando os interesses coletivos de um grupo de pessoa é tão unitário que basta que um único membro aja para fazer valer o interesse comum do grupo. Até a primeira metade do século XX tal tipo de ação era muito restrita, limitando-se, na maioria das vezes, aos detentores de valores mobiliários contra os administradores de sociedades.

Contudo, no ano de 1966 a Suprema Corte Americana homologou uma modificação na Regra 23 do Código Federal de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), o que viabilizou o acesso da grande maioria às *class actions*, e permitiu que

¹¹ número “2” do art. 48 da CPTA, disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/pdf/CodigoDeProcessoNosTribunaisAdministrativos.pdf>, acesso em 30/09/12, às 11:43 horas.

surgissem ações monumentais que envolviam milhões de dólares.

Para a formação das *class actions* são necessárias quatro condições primordiais que estão previamente estabelecidas na já referida Regra 23: a) aquele demandante que busca representar o grupo de interesse e busca ser certificado por uma Corte Federal deve, de logo, provar que o grupo é “tão numeroso que é praticamente impossível juntar todos os membros ao julgamento”; b) que existem “questões de direito ou de fato comuns a todo esse grupo”; c) que “as demandas ou as defesas” do representante da classe são “representativas daquele grupo”.

Além dessas quatro condições da Regra 23, outras terão de ser atendidas, em conformidade com o Código Federal de Processo Civil, pois que o Juiz tem outras opções, tal como a de “des-certificar” uma *class action*, ou de dividi-la em vários grupos ou sub-grupos, apontando dentre esses grupos aqueles que servirão como representantes da totalidade dos demais.

Uma vez realizada tal certificação pela Corte, o representante da *class action* deve dar ciência, por notificação, dessa decisão a cada um dos membros do grupo ou grupos que possam ser localizados. Essa ciência ou notificação tem por escopo permitir àqueles que não tenham interesse no litígio declararem sua vontade de não participarem e se retirarem da ação, podendo, se for o caso, intentarem ações individuais.

Veja-se que a lógica desse procedimento em muito se distancia da que nos é mais comum, pois que a parte haverá de se pronunciar nos autos da *class action* para declarar que não quer ser parte, ao revés do nosso procedimento padrão, no qual a parte/litisconsorte há de declarar seu interesse na participação do feito.

Deve-se verificar, porém, que essas espécies de litígios coletivos permitem ao litigante eventual demandar contra conglomerados e “gigantes”, sem que lhes seja necessário despender fortunas em custas processuais e honorários. Ademais, seria muito difícil conseguir que um advogado encampasse uma causa de valor ínfimo contra um grande litigante, se não lhe fosse dada a expectativa de transformar o seu patrono em múltiplos patronos e, por meio de uma causa coletiva, transformar aquilo que seriam honorários parcos na possibilidade de milhões em honorários e indenizações.

Essa mecânica financeira é que faz as ações de classe americanas funcionarem com muita força e propriedade dentro daquele sistema jurídico.

Aparenta-nos que a maior dificuldade das *class actions* está nos advogados, que se transmutam em “donos da ação” no sistema americano, pois que mover uma ação representando centenas ou mesmo milhares de interessados pode se prolongar e

encarecer de forma exacerbada. Coaduno-me com as críticas de Garapon e Papadopoulos, ao afirmarem que os advogados preferirão um acordo célere, que lhes garanta honorários vultosos, a horas intermináveis de preparação, estudos e audiências, para uma sentença com resultado aproximado ao do acordo.

Dizem eles que:

O advogado não deseja entrar forçosamente com o processo: ele tem mais interesse em economizar milhares de horas de trabalho para preparar a audiência e forçar um regramento negociado, mesmo que seja de pouco valor, com um réu bem escolhido por seu “bolso fundo”, por exemplo Ford Motor Co. ou Philip Morris, que se apressará em negociar a fim de evitar o comparecimento diante de um júri popular vingativo que o condenará a pesadas indenizações punitivas.(2008, p. 216 e 217).

3.8 A Group Litigation inglesa (GLO)

A *Group Litigation Order* (GLO), incorporada ao sistema processual civil Inglês em 2000, é um procedimento judicial utilizado pelos tribunais para tratar casos cujos fatos e razões de direito sejam similares entre si. Nestes casos, o juiz reúne em *Group Litigation Order* os casos cuja matéria de fato e de direito sejam os mesmos, para processamento e julgamento por um único órgão judicial¹².

Andrews observa que na Inglaterra a *Group Litigation* pressupõe uma coincidência entre matéria de fato e de direito, para que o julgamento seja proferido por um único órgão judicial. Segundo ele, isso corresponde a uma forma compacta de macrojustiça, porque permite que problemas comuns sejam decididos de maneira eficiente, consistentemente, com finalidade, com uma distribuição equitativa da responsabilidade pelos custos, e concomitantemente assegurando a devida celeridade. (2010, p. 351).

O procedimento está previsto no item 19 do Código de Processo Civil Inglês e foi idealizado para atingir alguns objetivos. Segundo Lord Woolf, magistrado nomeado para empreender pesquisa relativa à justiça civil inglesa e propor sugestões para seu aprimoramento¹³. Nesse sentido, Lord Woolf assegura que a adoção de tal postulado seria de preciosa ajuda para: a) incrementar o acesso à justiça, principalmente nos casos

¹²Ibidem , p. 131 a 143.

¹³Informação disponível em: http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Procedure_Rules, acesso em 12/07/12.

em que o dano individual não seja de trâmite economicamente viável; b) propiciar métodos expeditos, efetivos e proporcionais para a resolução de casos em que os prejuízos individuais sejam grandes o suficiente para justificar demandas singulares, mas que não podem ser satisfatoriamente conduzidos com os procedimentos normais, tendo em vista o número de autores e a natureza das questões envolvidas; c) atingir um equilíbrio entre os direitos dos autores e réus e os interesses de um grupo para exercer, como um todo, o seu direito de ação, de modo efetivo¹⁴.

Depreende-se que o fenômeno da coletivização de demandas individuais sob o ponto de vista do trâmite processual e julgamento fora impulsionado na Inglaterra com a finalidade de permitir a ampliação do acesso à justiça a pequenos litigantes e diminuir as diferenças entre as partes adversas em tema de persecução e defesa no processo civil, além de propiciar condições técnicas para a viabilidade de processamento das demandas de massa (multi-party actions).

Qualquer parte de um litígio pode solicitar a instauração do procedimento da GLO ou o próprio Juiz (Mendes, 2002, p.58). Deverá ser formado um grupo de advogados representantes dos autores, que terá um advogado líder: (Andrews, 2001, p. 259) espera-se que os advogados interessados constituam um grupo de advogados. O grupo, por sua vez, escolhe um advogado para se responsabilizar tanto pela promoção do processo como pelo seu eventual desfecho.

O primeiro passo é conseguir fazer uma consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas (Mendes, 2002, p. 58). Uma vez conseguida a autorização deste órgão, passa-se a identificar os processos que participarão do GLO, as questões de fato ou de direito comuns e designar um Tribunal para seu trâmite. Novas ações relacionadas serão encaminhadas para o mesmo Tribunal.

Todos os processos aderidos ao GLO serão listados em um documento que será publicado. As partes de processos individuais poderão optar por aderir ou não ao GLO (Andrews, 2001, p. 259).

No *web site* da HMCS – *Her Majesty's Courts Services*¹⁵ encontram-se listados os procedimentos de GLO já instaurados, com informações individualizadas sobre os casos, como: número de referência, data de instauração, órgão julgador, tribunal

¹⁴WOOLF, Harry Kenneth. *Access to Justice – Final Report*. Julho de 1996. Disponível em: <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>, acesso em 12/07/12.

¹⁵Disponível em: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm>, acesso em 09/07/2012,

vinculado, advogado ou firma líder, além de um resumo da causa.

A decisão vincula todas as partes que estão com seus processos registrados na GLO, inclusive litigantes futuros que solicitarem inclusão no GLO (caso a ação ajuizada tiver fundamento na questão decidida na GLO) salvo disposição em contrário da Corte.

Ou seja, as *Rules of Civil Procedure* acabaram adotando e regulando, principalmente, o sistema do *opt in*, centrado na adoção de um registro das pretensões que ficariam vinculadas ao julgamento das questões comuns. Apesar disso, verifica-se que o sistema criado oferece possibilidade de extensão dos efeitos da decisão a casos posteriormente inscritos na GLO, se esta for a determinação da Corte julgadora.

Esse procedimento caracteriza-se pela sua extrema flexibilidade, em vários sentidos, e pelos amplos poderes conferidos aos juízes (Mendes, 2002, p. 60) para determinar quais são as questões comuns, o prazo para o *opt-in*, a extensão dos efeitos para futuros optantes e possibilidade de criação de um processo-teste cujo resultado, *a priori*, possui efeito vinculante sobre as demais demandas previamente registradas.

O Tribunal competente para julgar a GLO administra o caso conforme seja mais bem atendido o interesse da eficiência processual da justiça e da igualdade entre as partes. Dentre as instruções e questões que o Tribunal pode decidir estão a escolha de uma ou mais ações como processos-teste ou causa-piloto; designação de um advogado das partes para representar os autores ou os réus e a designação de prazo final para o *opt-in* na GLO (Andrews, 2010, p. 346).

A apresentação desses modelos denota algumas características mais gerais que podem ser inferidas quando colocamos, lado a lado, a experiência brasileira e aquelas acima referenciadas. Uma primeira constatação consiste em que, não obstante se tratem de realidades sócio-culturais diferentes, persiste uma preocupação comum a todos esses sistemas, a saber: como solucionar o conflito entre interesses individuais e coletivos.

Todavia, os instrumentos concebidos em cada um desses países para dar conta da problemática, estão condicionados, para a sua efetivação, às forças culturais e suas tradições históricas, filosóficas e jurídicas, implicando, conseqüentemente, nas diferenças normativo-processuais delas decorrentes.

Relativamente ao caso alemão, cumpre de logo salientar que a experiência por eles adotada é pragmática, no sentido de que ela se limitou no tempo e na matéria, na duração e no conteúdo, à solução de um problema que estava a requerer uma resposta contextual adequada à natureza do mesmo.

Percebe-se, nesse caso, que há influências bastante nítidas, relativas ao incidente de resolução de demandas repetitivas do modelo alemão no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Assim, por exemplo, o objeto a que se circunscreve o julgamento de uma questão coletiva é, no caso brasileiro, como no alemão, preliminarmente de competência do juízo de origem, muito embora uma vez suscitado o incidente, deverá ser o mesmo, ato contínuo, encaminhado ao tribunal superior.

Por outro lado, diferente do sistema brasileiro, no sistema alemão há a presença de líderes/advogados que conduzem vários autores e réus sem, contudo, com isso cercear possíveis interferências de interesses de terceiros.

Comparando, por outro lado, o sistema inglês com o brasileiro, constatam-se acentuadas diferenças entre ambos. Assim, na Inglaterra, a autonomia do juiz é muito mais intensa/profunda do que no caso brasileiro, o que faculta muito mais flexibilidade e criatividade ao processo. Outro aspecto é que, no aludido sistema britânico, os advogados participam ativamente da condução do processo, embora sempre sob a fiscalização/delegação do relator competente.

CAPÍTULO IV
ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE TRADIÇÃO E MODERNIDADE
O ROMPIMENTO DO LIBERALISMO DO ANTIGO CPC FRENTE ÀS NOVAS
NORMAS DO NOVO CPC

O novo cenário econômico decorrente do neoliberalismo tem na globalização a sua espinha dorsal. Este novo fenômeno vem causando um impacto na vida econômica e social, ao ponto de seduzir pessoas através de deslumbramentos relacionados à circulação de riquezas e à própria universalização do conhecimento.

O conceito econômico de fronteira, seja local ou internacional, sofreu considerável processo de relativização, o que faculta não apenas uma maior circulação de pessoas em ambiente pluricultural, mas inclusive incrementa as relações comerciais privadas entre indivíduos e Estados.

Não obstante o fascínio que tem provocado, a globalização também se apresenta como um fardo, posto que tem criado desestabilizações aos Estados, pela universalização de regras, principalmente as econômicas, que são impostos pelo próprio mercado. Ao mesmo tempo, tem por consequência alterações nas relações sociais tanto externas como internas nas nações.

Essas alterações políticas, mercantis e sociais geram incertezas e angústias no campo jurídico, colocando em questão as atuais concepções monistas positivadas de ordem jurídica. Isso denota que o atual ordenamento não se apresenta capaz de gerir as crises sócio-jurídicas que lhe são suscitadas, fazendo-se necessária uma reavaliação sobretudo do atual sistema processual, para atender a uma crescente demanda de ações, mormente aquelas que guardam estreita similaridade entre si.

Essa situação problemática poderia ser melhor compreendida à luz do conflito dialético que coloca, de um lado, os que defendem a total liberdade do capitalismo, e a consequente hegemonia dos mercados; e de outro, aqueles que vêem o Estado como uma força interveniente capaz de disciplinar os excessos e as injustiças resultantes de um modelo econômico sem fronteiras.

Essa polarização constitui o pano de fundo da presente análise. Logo, a temática entre “demandas de massa e ações repetitivas” será a seguir analisada sob esse enfoque.

Maravilhas advindas da globalização, sejam decorrentes da facilitação às informações, ou da possibilidade de circulação de pessoas e povos num mesmo país ou em perspectiva transnacional, têm, todavia, também produzido dificuldades no sentido

de regar as diferenças havidas entre pessoas físicas e jurídicas e seus valores nas diferentes culturas.

Com a globalização surgiram novas questões que afetaram diretamente a noção tradicional de soberania nacional e mesmo de soberania econômica, fazendo surgir a necessidade de uma nova concepção de soberania, na qual se respeite/preserve, ainda, a autodeterminação do Estado, com a presença da livre concorrência no mercado nacional, simultaneamente ao respeito às normas e práticas supranacionais relacionadas à atividade mercantil e econômica.

Como, então, aplicam-se a essas pessoas, nas suas relações comerciais e mercantis, um único modelo normativo, sem que se leve em consideração indivíduos, situações e valores distintos entre pessoas, nações e povos?

Tal problema é agravado pela necessidade de se obedecer aos preceitos de direitos fundamentais dos homens, mormente por serem esses preceitos distintos entre algumas sociedades ou povos.

A celeridade das relações humanas atuais não é compatível com a ideia de um sistema jurídico único que subsuma diferentes culturas. Há uma ingente necessidade de levar em consideração a diversidade ético-valorativa entre culturas, mesmo que as fronteiras entre elas estejam a requerer, cada vez mais, respostas eficazes às demandas jurídico-sociais da atualidade.

Como havia afirmado Oliver Wendel Holmes Jr, a vida do direito não pode ser reduzida à lógica; ela encontra suas raízes na experiência (1991, p. 1). A palavra experiência é usada pelo autor no sentido de cultura, história, mas ela encontra suas raízes na experiência. Se a afirmação de Holmes é verdadeira, e há um consenso generalizado acerca da sua aceitabilidade, cabe então observar, à luz dos direitos fundamentais do homem, qual a interveniência de preceitos e valores distintos entre algumas sociedades e culturas, e essa visão monista de um sistema econômico globalizado.

Em contraponto, surgiu a consciência de que determinados valores, mesmo que atrelados ou pertencentes a determinados grupos sociais, são fundamentais a toda a coletividade, tal como o patrimônio sócio-ambiental.

Essa espécie de direito passou a ser categorizado como transindividual, e contando com instrumentos processuais aptos à sua tutela em juízo, a exemplo das Ações Populares e suas conseqüências do ponto de vista transnacional.

Ademais, a deflagração de conflitos envolvendo vários titulares de um mesmo

lado do processo, com multiplicidade de titulares de direitos individuais, fez surgir o entendimento/definição dos direitos individuais homogêneos.

Aparentemente decorre disso uma certa crise na estrutura jurídica do Estado, agravada pela dificuldade do Judiciário em solucionar as novas lides e a demanda por novos direitos – tais como os cibernéticos-, bem como vencer o volume de demandas que assomam diariamente às barras dos tribunais.

O direito nas sociedades contemporâneas e plurais não pode ser posto como um valor equivalente ao religioso, pois que não se pode impor um lugar comum aos jurisdicionados que ora se apresentam com diferenças e necessidades absolutamente distintas.

As sociedades contemporâneas suscitam, outrossim, não um direito posto, mas um direito pressuposto, cuja amplitude abrigue as diferentes manifestações do plurinacionalismo e do transconstitucionalismo.

Se direcionarmos nosso enfoque para o sistema jurídico brasileiro, o que se constata é o perfil tradicionalmente individualista do nosso código de processo civil, constituído para solucionar litígios entre dois ou poucos indivíduos, o qual não se tem adequado às novas demandas de massa.

Se por um lado é imperativo que se leve em linha de conta a nova perspectiva nacional e globalizante que se infiltra nas diversas culturas, por outro lado é curial que se estenda essa crítica ao tradicionalismo e ao imobilismo de certos sistemas jurídicos que persistem em manter regras processuais que contemplem apenas situações isoladas e que se restringem às suas próprias idiossincrasias nacionais/locais, envolvendo apenas indivíduos ou grupos.

Faz-se necessário que se conceba um modelo inteligente capaz de conciliar – como já se asseverou – interesses e valores culturais distintos com as demandas mais amplas da sociedade contemporânea. O que se pretende não é simplesmente chegar a uma solução eclética, nem a um acordo de cavalheiros entre as partes em disputa, mas encontrar, do ponto de vista metodológico, uma solução mais funcional que, ao mesmo tempo, contemple e supere os dilemas da globalização econômica versus os interesses nacionais e individuais.

Cunha, já advertira que as normas do direito processual brasileiro foram inspiradas no paradigma liberal da litigiosidade, pelo que cada ação judicial retrata um litígio específico entre duas ou mais pessoas, ou grupo de pessoas. Portanto, o processo civil pátrio é individualista e se caracteriza pela rigidez formal. (Cunha, 2010, p.

139/174).

A forte incidência liberal no procedimento implica na adoção do sistema dispositivo, mantendo-se a igualdade formal, pressupondo-se a disparidade entre os litigantes, e impossibilitando o judiciário de atenuar, por quaisquer medidas, as diferenças entre as partes.

Ainda segundo Cunha, as diversas reformas efetuadas no Código de Processo Civil ao longo dos anos têm, por outro lado, reforçado e ampliado o papel do juiz na direção dos feitos, conferindo tendências socializantes ao procedimento. Mas, sem eliminar ainda a primordial evidência de regulação do processo eminentemente individual. Já se percebe, todavia, um mais amplo arejamento procedimental nos processos. (2010, p. 139/174).

Adeodato, considera a tolerância como a categoria que, desprovida simplesmente de um conteúdo ético, seria, entretanto, hábil para lidar com conflitos de direito sem uma finalidade previamente estabelecida. (2009, p. 142 ss).

A tolerância, assim, apresenta-se como uma forma de analisar os direitos subjetivos sem incorrer em ofensas à dignidade humana, e sem a pretensão de criar uma verdade única e absoluta. Por conseguinte, respeita as diferenças nas diversas relações jurídicas, ao mesmo tempo em que respeita a diversidade e heterogeneidade dessas relações.

Por outro lado, é preciso estar atento ao risco de se utilizar o discurso dos direitos fundamentais como argumento para impor premissas capitalistas ou impor os seus valores a sociedades e culturas periféricas.

A eficácia da aplicação do pluralismo e da tolerância para dirimir litígios que envolvam essas diferenças, pode não residir na lei em si, mas na interpretação que se dê ao texto da lei, fazendo-se interpretação normativa dissociada da estritamente lançada pelo legislador, distinguindo-se, assim, texto legal de norma, conforme cada situação jurídica se apresente. Esse modo de ver o problema guarda certas analogias com o Realismo Jurídico Crítico, pelo qual a experiência é mais valorada no direito que a lógica. (Adeodato, 2009, p. 142 ss).

Nos ensinamentos de Vandevelde, embasando-se em Holmes, os juízes decidem as causas não se utilizando da dedução formal das normas, mas levando em conta interesses políticos:

A vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas em vigor, as

instituições das políticas governamentais, confessas ou inconscientes, mesmo os preceitos que os juízes partilham com seus concidadãos fizeram muito mais que o silogismo na determinação das normas pelas quais os homens deveriam ser governados. (2004, p. 159).

O texto legal deve ser visto como mera fonte para a elaboração da norma pelo julgador, que se valerá das demais circunstâncias aplicadas a cada caso concreto para individualizar a decisão, tornando-a mais próxima do ideal de justiça.

Nessas circunstâncias, por mais elucidativa que uma norma possa parecer, ela se torna pobre em relação ao inesgotável potencial interpretativo que suscita. Logo, ela estará sempre aberta ao exercício espiritual da hermenêutica, com vista a trazer à tona o que a própria contextura do texto oculta. É o que se pode evidenciar, por exemplo, do texto de Cardozo:

Uma tarefa árdua de aplicação do direito consiste, pois, em tornar mais profunda a descoberta do significado latente do direito positivo. Muito mais importante porém, é a segunda tarefa que o sistema proporciona, a saber, o preenchimento das lacunas encontradas, em maior ou menor medida, em todo o direito positivo. Podereis chamar este processo de legislação, se quiserdes. Em qualquer circunstância, nenhum sistema de *jus scriptum* foi capaz de escapar a essa necessidade. Hoje uma grande escola de juristas continentais bate-se por liberdade ainda mais extensa de adaptação e interpretação. A lei, dizem, é frequentemente fragmentária, impensada e injusta. O juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com justiça, por meio do método de livre decisão. '*Libre recherche scientifique*'. Este é o ponto de vista de Geny, Ehrlich, Gmelin e outros. Os tribunais devem buscar esclarecimentos entre os elementos sociais de toda espécie, as forças vivas atrás dos fatos com que se relacionam. (Cardozo, 2004, p. 112).

À luz dessas considerações acima, é possível desenvolver algumas ilações

referentes ao papel do juiz no que tange ao preenchimento das lacunas inerentes ao direito positivo e verificar a sua pertinência para as suas decisões relativas às resoluções das demandas repetitivas.

Tem-se observado que, apesar da inserção dos direitos fundamentais na nossa Constituição, ainda existe uma distância entre o direito positivado e a sua real eficácia no campo social, gerando uma considerável ineficiência judicial, seja pela mora da prestação jurisdicional, seja pela insatisfação com as interpretações judiciais distanciadas das realidades multifacetárias na sociedade e no direito brasileiros.

Essa tibieza da norma tem servido de respaldo ao uso crescente dos princípios constitucionais como fundamento de decisões judiciais. Embora seja justamente este o argumento acima apontado como um possível facilitador da aplicação de uma mesma lei a fatos distintos, induzindo a uma hermenêutica mais ampla do espírito da norma, a invocação dos princípios jurídicos tem gerado, não raro, inseguranças, sobretudo quando aplicados por juízes mais liberais.

A reforma do CPC abre perspectiva para que se introduzam técnicas processuais mais adequadas às características das demandas de massa, apreciadas pelo judiciário brasileiro, e que contenham características similares, suscitando decisões mais céleres e adequadas.

Também tem feito crescer o clamor por mudanças processuais – que já se avizinham pela reforma do CPC - e por técnicas processuais mais adequadas às características do judiciário brasileiro, mormente no que se refere às lides de grande volume, que se repetem com características similares e que podem ser decididas com maior velocidade se forem adequadamente utilizados os mecanismos de decisão das demandas em massa.

A título de exemplo dessas demandas de massa ou repetitivas temos as ações judiciais decorrentes dos planos econômicos Bresser, Verão e Collor, os quais alagaram o Judiciário de demandas muito similares em seus objetos e pedidos.

CAPÍTULO V
ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE O INCIDENTE DE DEMANDAS
REPETITIVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Viu-se, até agora, que as vantagens da globalização, sejam decorrentes da facilitação das informações, seja pela possibilidade de circulação de pessoas ou mesmo povos dentro de um mesmo país ou por todo o mundo, vieram acompanhadas das dificuldades no sentido de reger/gerir as diferenças entre pessoas físicas e/ou jurídicas dentro de distintas culturas e valores.

Como, então, aplicar-se a essas pessoas e às suas relações comerciais e sociais uma mesma norma, quando parece ser inviável, ou pelo menos social e economicamente inconveniente julgar-se sob a égide de uma mesma norma situações, pessoas e valores absolutamente distintos?

Este é o problema que agora se coloca, a saber: a natureza e a função do direito coletivo, e suas implicações de ordem econômica.

Um primeiro complicador à caracterização do conceito de direito coletivo decorre da interveniência dos preceitos oriundos dos direitos fundamentais do homem, pelo fato de serem esses preceitos distintos entre sociedades e povos.

Essa linha de conciliação difícil entre a necessidade de obedecer preceitos universais inerentes ao homem e sua diversificação, do ponto de vista cultural, já fora enfrentada por Rudolph Stammler através de sua proposta neokantiana que, baseada no binômio matéria e forma, trazida à colação por Immanuel Kant, propõe uma conciliação entre certos direitos que tenham um caráter universal, mas que se manifestam de forma variável em diferentes culturas.

A celeridade nas atuais relações humanas é contrária à ideia de uma única norma ou de uma única cultura que se sobreponha às demais, criando a necessidade de se observar as várias tonalidades de princípios éticos e de valores postos na sociedade moderna, composta por múltiplos ingredientes, e a cada dia mais desprovido de fronteiras de relação entre os povos e mesmo entre um único povo, em equilíbrio com a necessidade de dar respostas céleres às demandas judiciais.

Na seção seguinte, procurar-se-á, então, definir, dentro do universo das demandas de massa, quais os diferentes tipos de ações coletivas que delas derivam.

5.1 - situações jurídicas homogêneas

As considerações de natureza fundamental que integraram o capítulo anterior vão servir, agora, de base ou pressuposto para sua aplicabilidade do ponto de vista da processualística do direito brasileiro, posta em ação. Nesse sentido, tomamos como tema de nossa abordagem a problemática das demandas de massa.

Elegemos como paradigma de análise, dentro do Projeto de Reforma do Código de Processo Civil, o incidente de coletivização de demandas repetitivas.

Como primeiro passo, cumpre fazer uma distinção entre direitos individuais homogêneos e situações jurídicas homogêneas. Direitos individuais homogêneos são aqueles nos quais cada indivíduo, isoladamente, tem pretensão jurídica que pode ser apreciada em processo autônomo; já as situações jurídicas homogêneas transcendem essa autonomia de ação, caracterizando-se pela multiplicidade de interessados e de processos de semelhante objeto.

Aparentemente, as ações de massa não se resumem aos direitos individuais homogêneos, mas estão mais intrinsecamente ligadas às situações jurídicas homogêneas.

A mera semelhança entre as demandas individuais já são tratadas processualmente como causas de conexão ou de litisconsórcio, não sendo esses os motivos determinantes das ações de massa ou coletivas. Mas sim o fato de serem apresentadas em larga escala, em grande quantidade, e que tenham em seu bojo o mesmo objeto, causa de pedir e pedido, diferenciando-se tão somente por ser diversos autores contra um mesmo réu.

Conforme Bastos:

Cuida-se de demanda-tipo, decorrente de relação-modelo, que enseja solução-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham mas não chegam a se identificar. Cuida-se de questões afins, cujos liames jurídicos materiais concretos são similares, entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo...Não lhes é comum o objeto nem a causa de pedir. Caso fossem idênticos, configurar-se-ia a

conexão, nos termos do art. 103 do CPC... As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta. (2010, p. 97).

O problema em tela não se origina da semelhança entre as demandas, mas da repetição delas em volume que justifique tratá-las como demandas de massa ou repetitivas.

É o caso, portanto, de considerar os interesses individuais homogêneos como objeto das demandas de massa ou repetitivas, com vistas a atingir resolução que se enquadre na esfera jurídica de cada uma das partes envolvidas.

A identidade da causa de pedir e do pedido das demandas dá-se em tese, e não de forma concreta, juntando-se a isso a demanda em larga escala.

Assim, teremos postos de um lado os direitos individuais, ligados ao direito subjetivo do agente; doutro, os direitos transindividuais, os quais se referem ou afetam uma coletividade, relacionados à massificação das relações comerciais e sociais advindos da globalização.

É possível, assim, conceber a semelhança entre demandas individuais e coletivas com base nos critérios de afinidade entre causas de pedir e pedido de diversas demandas distintas, tal como ocorreria na hipótese de um indivíduo pleitear reconhecimento de cobrança indevida de serviços bancários e, paralelamente, uma associação de defesa dos interesses dos consumidores pleiteasse o mesmo objeto em ação coletiva, possibilitando que as causas sejam reunidas para julgamento conjunto ou, por outra, suspendendo-se o andamento das individuais até julgamento da coletiva, desde que aceito pelo litigante individual (REsp 1110549/RS).

5.2 legitimidade para as ações individuais e coletivas

Há, obviamente, entes legitimados para a propositura da ação coletiva, visando a defesa de interesses e direitos metaindividuais, mormente pela busca da celeridade e economia processuais, bem como pela busca de uma prestação jurisdicional eficaz. Contudo, o tipo de tutela jurisdicional pretendida, nesses casos, será diverso daquele que se busca na ação individual.

Tanto no direito individual como no metaindividual, deve-se distinguir a

legitimidade para a causa e para o processo, conforme ensina Athos Gusmão:

a legitimação *ad processum* diz respeito estritamente à pessoa da parte, à sua capacidade de agir em todo e qualquer processo; ao passo que a legitimação *ad causam* decorre de uma vinculação entre a parte e o objeto da causa, isto é, entre a parte e a prestação jurisdicional pretendida 'naquele processo'... A legitimação *ad processum* é um pressuposto processual, ou seja, um requisito de validade do processo; a legitimação *ad causam* é condição de exercício regular da ação. (1996, p.96).

O objeto do conflito coletivo seria a discussão de interesses abstratos de diversas categorias profissionais e econômicas, ou mesmo de interesses difusos; e o objeto dos conflitos individuais representa interesses concretos dos indivíduos.

Assim, aquele que age como parte - seja passiva ou ativa -, pode agir processualmente em defesa de direito seu, pois postula em nome próprio e em defesa do seu próprio direito. É o legitimado ordinário. Não havendo coincidência entre o titular do direito, ou contra quem se faz a afirmação da obrigação pretendida, e aquele que está a postular. Diz-se que ocorre a legitimidade extraordinária.

A legitimidade para ações coletivas é autônoma e própria daquelas pessoas indicadas pela lei como únicas legitimadas para agirem ordinariamente no interesse que se pretende tutelar. Isto ocorre com os legitimados para a ação civil pública e ações decorrentes da relação de consumo, consoante constam nos artigos 5º e 82 das Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90, respectivamente.

O artigo 6º do Código de Processo Civil autoriza a legitimação extraordinária, que poderá ocorrer de duas formas: *representação processual e substituição processual*:

O substituto processual é parte, age em juízo em nome próprio, defende em nome próprio interesse do substituído... Nos casos de representação, parte em juízo é o representado, não o representante. Assim, o pai ou o tutor representa em juízo o filho ou o tutelado, mas parte na ação é o representado. (Carneiro, 1996, p. 45).

Haverá substituição processual quando aquele que é legalmente legitimado passa a agir em nome próprio, defendendo interesse do substituído. Já o representante age em nome alheio, no interesse alheio. Portanto, ambos os institutos não se confundem.

Contudo, nasceu a necessidade de se imprimir tratamento processual coletivo a esses litígios, buscando reunir em um único processo os interesses litigados, como forma de atentar aos princípios da celeridade e economia processual.

Verificada a inadequação das normas processuais a esses procedimentos difusos, coletivos e individuais homogêneos, foram editadas novas normas para disciplinar tais mecanismos de tutela coletiva de direitos.

Assim, editou-se a Lei nº. 4.717/1965, referente à ação popular, e a Lei nº. 7.347/1985, que regula a ação civil pública. Criaram-se ainda a ação de improbidade administrativa, pela Lei nº. 8.429/1992, e o mandado de segurança coletivo.

Identifica-se a necessidade de regime processual apropriado para tais causas, a exemplo das já existentes regras insculpidas no art. 285-A do CPC, nas súmulas vinculantes, na suspensão de liminares do §8º do art. 4º da lei 8.437/92, e ainda o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (art. 543-B e C do CPC).

Desta feita, depreende-se que tais ações estão guiadas por um sistema próprio e diferente do CPC.

Procurou-se, até aqui, distinguir as diferentes espécies de demandas coletivas já regulamentadas e seus legitimados, bem como as diretrizes indicadas pela legislação pertinente para dirimir as suas controvérsias. O passo seguinte consistirá numa análise hermenêutica do projeto de reforma do CPC, sob o ângulo das causas repetitivas e demandas de massa, objetivo último dessa pesquisa.

CAPÍTULO VI

PROCESSAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

6.1 Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Objetivando disciplinar as causas repetitivas, almejando maior uniformidade e racionalidade, o projeto de lei de reforma do CPC fez prever o que denominou de *incidente de resolução de demandas repetitivas, doravante denominado simplificadaamente de incidente*.

Tal **incidente** deverá ser instaurado perante o Tribunal, por provocação do juiz da causa, do relator, do Ministério Público, Defensoria Pública ou ainda por qualquer das partes interessadas, com vistas a fixar a tese jurídica que virá a ser aplicada aos inúmeros casos similares e repetitivos. No caso do Ministério Público, sua legitimidade está relacionada à legitimidade para a ação civil pública. A Defensoria Pública tem legitimidade por ser órgão de elevada importância, igualando-se à Advocacia e ao Ministério Público.

Uma vez que o Tribunal admita tal **incidente**, deverá ser encaminhado a registro perante o CNJ, para fins de ampla divulgação, possibilitando, assim, a todos os interessados participar dos debates de forma ampla.

Também haverá, por determinação do STJ ou do STF e mediante solicitação, a suspensão das demais causas repetitivas em âmbito nacional, que tenham o mesmo objeto apreciado pelo **incidente**, objetivando aguardar o julgamento e definição da tese jurídica a ser adotada no **incidente**, para fins de aplicação a todos os casos semelhantes.

O próprio **incidente** é a representação da controvérsia. E todas as partes dos processos suspensos podem atuar como assistentes litisconsorciais. Contudo, não se confundem com o *amicus curiae*, o qual exerce papel de auxiliar do juízo, por desenvolver atividade relacionada com o tema sob exame. Essas partes devem se manifestar e requerer juntada de documentos no prazo comum de quinze dias.

O **incidente** deverá ser suscitado diretamente ao Tribunal, devendo ser distribuído a um relator. O relator poderá solicitar informações, no prazo de 15 dias, ao juiz da causa. Após esse prazo improrrogável, fixa-se data para exame de admissibilidade do **incidente**, com intimação do Ministério Público.

Admitido o **incidente**, o Presidente do Tribunal deve, na mesma sessão,

determinar a suspensão de todos os processos similares e pendentes em primeiro e segundo grau. Os provimentos de urgência, contudo, não estarão suspensos. Após, dar-se-á a ouvida das partes e interessados no prazo de 15 dias, dando-se igual prazo ao MP para manifestação.

Após as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do **incidente**. No julgamento, o relator exporá suas razões e, após, o Presidente dará prazo sucessivo de 30 minutos ao autor e réu originários, assim como ao MP. Os demais interessados, tais como o *amicus curiae* e os assistentes litisconsorciais também poderão se pronunciar em igual prazo, desde que inscritos com 48 horas de antecedência. O termo final para julgamento é de seis meses, com preferência sobre os demais feitos, exceto réu preso e *habeas corpus*.

Na hipótese de se ultrapassarem os seis meses para o julgamento, cessam os efeitos das suspensões sobre os demais processos, salvo decisão em contrário, fundamentada e proferida pelo relator.

6.2 Legitimidade para propositura do Incidente

A legitimação pressupõe que determinada pessoa possa propor uma ação ou agir em determinada situação processual. Essa legitimidade deverá ser analisada de forma concreta e submetida ao crivo judicial que determinará se as partes a detêm para aquele processo específico.

Tal legitimidade não se faz necessária tão somente para a propositura da ação, mas também para fins de arguição do **incidente**, devendo se resguardar a devida pertinência subjetiva da parte com a tese jurídica que se busca tutelar ou combater perante o tribunal.

Ultrapassada a questão da legitimidade, o **incidente** pode ser suscitado pelo juiz da causa repetitiva, que o fará de ofício; pelo relator de um recurso proposto perante Tribunais, quando interposto numa dessas causas; por mera petição de uma das partes da ação; pelas defensorias públicas quando atuantes nas causas repetitivas; ou pelo Ministério Público. A petição do **incidente** deverá ser dirigida ao Presidente do Tribunal competente.

No caso específico do Ministério Público, vê-se que sua legitimidade remonta às ações civis públicas. Ou seja, não seria necessário ao Ministério Público promover o **incidente**. Bastaria, por outra, promover ação civil pública, vez que legitimado para a

promoção de defesa de interesses difusos e coletivos.

No que se refere aos interesses individuais homogêneos, diverge a doutrina sobre a legitimidade do Ministério Público, havendo entendimento de que essa legitimidade seria ampla e irrestrita. Contudo, é dominante o entendimento de que falece legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos pela inexistência de previsão no art. 129, III da Constituição Federal de 1988 que atribua ao Ministério Público tal legitimidade.

Em sentido contrário, porém, há precedentes do STJ nos quais se adotam a possibilidade de legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos quando se fizer presente o interesse social da matéria *sub judice*¹⁶.

Ademais, aparenta-nos ser o mais razoável, justamente pela necessidade de se verificar, em cada caso, a concretude do relevante interesse social a legitimar a presença do Ministério Público e de suas razões para requerer o **incidente** nas causas de interesse individual homogêneo.

A Defensoria Pública, por sua vez, tem as mesmas características da advocacia, vez que se trata exatamente de advogados ofertados pelo Estado aos pobres na forma da lei, com função constitucional expressa no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988. Portanto, instituição essencial à justiça com importância similar à advocacia e ao Ministério Público.

Assim, sua legitimidade para suscitar o referido **incidente** está vinculada à adequada representação dos interesses das partes que a Defensoria Pública representa.

Cunha, apoiando-se em Gidi, entende - em aparente alargamento da interpretação da tutela dos interesses individuais homogêneos -, que se o representado pela Defensoria Pública no **incidente** não tiver legitimidade ou se lhe ocorrer de não ter interesse processual, não se deve extinguir ou rejeitar o pleito do **incidente**. Deve-se, na opinião do autor mencionado, abrir-se prazo para substituição processual. Diz Cunha:

Se, concretamente, o suscitante não ostentar legitimidade, por lhe faltar *pertinência temática* ou *legitimidade adequada*, não deve o tribunal rejeitar, desde logo, o incidente, devendo, isto sim, proporcionar prazo e oportunidade para que o requerente inadequado

¹⁶ Acórdão do STJ, 2ª T., AgReg no REsp 739.483/CE, j. 06.04.10, rel. Min. Humberto Martins, DJe 23.04.2010. Acórdão do STJ, REsp 1.185.867/AM, 2ª T., j.04.11.2010, rel. Min. Mauro Campbel Marques, DJe 12.11.2010.

seja substituído por outro, adequado.(2011, p. 266).

Qualquer desses legitimados, ao proporem o **incidente**, terá de demonstrar a necessidade de sua instauração, demonstrando que a matéria de fundo de direito é de repercussão em várias demandas repetitivas ou de massa.

6.3 Divulgação do Incidente

Após a instauração do **incidente**, deve se seguir uma ampla publicidade, o que se fará por meio de registro eletrônico no CNJ.

Também por meio de registros eletrônicos se deve dar a mais ampla divulgação do julgamento do **incidente**.

Os exemplos estrangeiros podem nortear a conduta a ser adotada pelo Conselho Nacional de Justiça neste mister de registro do **incidente**. Assim, seria adequado que se fizesse manter uma espécie de cadastro nacional unificado desses **incidentes**.

Com o objetivo de facilitar ao judiciário e aos interessados um acesso amplo e seguro às informações sobre a existência de incidentes já arguidos e a situação real de seus andamentos/julgamentos.

Tais publicidades e registros possibilitariam, ainda, a interveniência dos terceiros interessados e *amici curiae*, mostrando-se fundamentais tais procedimentos à tutela dos interesses daqueles que queiram – e possam – participar dos **incidentes**, para contribuir com seu deslinde, por meio de oferta de argumentos e elementos para a composição da tese jurídica que deverá ser adotada nas ações de massa/repetitivas que se submeterão à decisão do **incidente**.

Para tanto, a fim de promover a mais ampla divulgação e publicidade, far-se-á necessário que os Tribunais mantenham cadastros informatizados e atualizados desses dados, com as informações específicas de cada **incidente** e as questões de direito analisadas nestas, com acesso/ligação direta aos cadastros do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de dar conhecimento geral sobre tais incidentes.

6.4 Contraditório

Àqueles que tenham interesse na decisão judicial do **incidente** deve ser facultada a participação no processo como modo de respeito aos princípios da ampla defesa e do

contraditório. Ademais, a participação dos interessados e legitimados no **incidente** possibilita à parte o direito de influenciar a decisão judicial, na busca pela verdade formal do processo.

Desta feita, as partes das ações judiciais repetitivas ou de massa que venham a ser suspensas pela instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, são legitimados naturais a participar do processamento do incidente, devendo fazê-lo pela via da assistência litisconsorcial, exatamente por deterem interesse direto na decisão a ser proferida pelo Tribunal.

Nestes casos, a controvérsia se dá de forma concentrada, dentro do **incidente** e no âmbito do Tribunal, alcançando, por via transversa, todas as ações que digam respeito à matéria de direito analisada no incidente de resolução de demandas repetitivas. Cada uma das partes de cada processo suspenso será parte legítima e interessada para se habilitar no incidente, intervindo na qualidade de assistentes litisconsorciais.

Tais assistentes litisconsorciais não devem ser confundidos com os *amici curiae*. Aqueles serão partes do **incidente**; estes, uma vez admitidos nos autos, serão auxiliares do juízo, contribuindo com argumentos, dados e elementos de sua experiência ou atividade que se relaciona com o tema a ser examinado no Tribunal.

Resta evidenciado, então, que qualquer interessado, seja por interesse institucional – *amicus curiae* -, seja por interesse jurídico – partes das demandas de massa ou repetitivas -, pode participar efetivamente e interferir de forma atuante no processamento do **incidente**.

Reitere-se, contudo, que, conforme dito acima, a publicidade e divulgação do **incidente** é obrigatória, uma vez admitida sua proposição. Certo que também se faz obrigatória a divulgação e publicidade da sentença do incidente, ambos como meios de permitir aos interessados, institucionais ou jurídicos, o mais amplo acesso aos **incidentes**.

6.5 Admissão, processamento e julgamento do incidente - competência

Conforme expressamente dito no art. 933 do projeto do novo Código de Processo Civil, competirá a admissão, o processamento e o julgamento do incidente de resolução ao plenário do tribunal a que estiver afeta a causa, ou ainda, onde houver, ao órgão especial.

Depreende-se que os tribunais poderão criar órgão específico para a apreciação do incidente ou, por outra, admiti-lo e apreciá-lo no plenário, devendo cada tribunal decidir, em seu regimento interno, sobre essa opção.

De bom alvitre ressaltar que Cunha discorda desse entendimento, defendendo a tese de que são inconstitucionais os dispositivos do projeto do novo Código que determinam/preveem tal apreciação.

Argumenta Cunha que os dispositivos em comento são inconstitucionais, pois que “não é possível ao legislador indicar qual órgão interno do tribunal deva julgar o incidente de resolução de causa repetitivas. Essa indicação deve constar do regimento interno de cada tribunal”. (2011, p. 271).

De fato, merece guarida o entendimento de Cunha, pois que está em consonância com o disposto no art. 96 da Constituição Federal de 1988, o qual atribui competência privativa aos tribunais para elaborarem seus regimentos internos e disporem sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionados e administrativos.

Porém, ultrapassada esta questão, tem-se que a sistemática do projeto do novo CPC estabelece que, uma vez suscitado o **incidente**, este será submetido à distribuição, recebendo um relator, o qual poderá, se entender necessário, requisitar informações à vara ou órgão judicial do processo originário. Tais informações devem ser prestadas no prazo de 15 dias, sendo improrrogável. Ao final do prazo de 15 dias, será designada data para ter vez o exame de admissibilidade do incidente, intimando-se o Ministério Público para pronunciamento.

Se o tribunal rejeitar o **incidente**, os processos nos quais se discutem as questões jurídicas serão retomados.

Na hipótese de admissão do incidente, após a verificação de adequação de seus requisitos para instauração e ainda a conveniência da fixação da tese jurídica, o presidente do tribunal deverá, incontinenti e na mesma sessão que o admitir, determinar a suspensão dos processos pendentes em ambos os graus de jurisdição, dando-se ampla divulgação de tal decisão. Atente-se, contudo, que a suspensão em tela não impedirá a concessão de provimentos de urgência, os quais deverão ser apreciados pelos juízos de origem das causas alcançadas pelo **incidente**.

6.6 Recursos

Das decisões do relator cabem agravo interno e embargos de declaração. Das

decisões que admitam intervenções (*amicus curiae* e assistentes litisconsorciais), não cabem recurso sob o argumento de atentado à duração razoável do **incidente** e ainda pela necessidade de ampla discussão da tese jurídica.

São cabíveis tais recursos, inclusive sendo possível ainda pedido de suspensão de todos os processos no território nacional, mesmo durante a fase recursal. Quando a matéria for de natureza constitucional, o recurso competirá ao STF; quando de natureza infraconstitucional, ao STJ.

A tese jurídica firmada obriga todos os processos semelhantes que tramitem no âmbito da competência territorial do Tribunal. A inobservância por algum juízo ou tribunal dará ensejo a reclamação ao Tribunal competente. Após firmada a tese, qualquer ação proposta em sentido contrário deve ser julgada liminarmente improcedente, independente de citação do réu. Por fim, firmada a tese jurídica do incidente, os juízos estarão obrigados a aplicá-la a todos os casos que nela se fundamentem.

CAPÍTULO VII

O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DO MERCADO OU DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo-se das premissas de racionalidade individual e bem estar social (maximização da riqueza), poderíamos levantar dois questionamentos importantes para o presente trabalho: a) quais os efeitos das normas nos indivíduos e nas instituições, e b) quais as normas mais vantajosas para todos. (Rosa e Linhares, 2009, p. 57).

É comum apontar o Judiciário como um dos principais entraves ao crescimento econômico do País, pois que se demonstra cara e demorada a prestação jurisdicional, o que praticamente torna improdutivo um litígio que verse, por exemplo, sobre obrigações contratuais não adimplidas e suas consequências. Com isso, ocorre uma elevação do denominado “custo país”, afugentando, conseqüentemente, os investimentos estrangeiros, bem como desestimulando a iniciativa empresarial interna.

A segurança jurídica das relações contratuais (e de todas as demais relações jurídicas) se apresenta como forte motivo para não se realizarem negócios em países nos quais, a exemplo do Brasil, o Judiciário é demorado ou ainda apresente diversas e contraditórias decisões em casos análogos.

Para efeito de ilustrar a problemática, é pertinente trazer à colação as ideias de Posner – juiz da Corte de Apelação do Estado de Nova York e filósofo do Direito. Na sua abordagem, embora privilegie o econômico como força motivadora das decisões judiciais, Posner afirma, que a liberdade de interesses, protegida pela Constituição, não pode ser totalmente explicada por um modelo econômico.

Posner (2011, p. 320), em termos bem amplos, equaciona o problema da seguinte forma: “existem duas concepções básicas de economia. Uma delas concentra-se sobre o conteúdo, e considera a economia como o estudo dos mercados, enquanto a outra, se concentra sobre o método e vê a economia como a aplicação do modelo do agente racional ao comportamento humano” (2011, p. 281). Posner entende que aqueles que se filiam à segunda alternativa parecem se conflitar com a introdução da psicologia como um componente não racional do comportamento humano uma vez que os psicólogos advogam que dito comportamento é por natureza não racional e que o homem racional não faz parte do mundo real da economia. Nesse sentido, Posner procura explicar em que medida a psicologia é capaz de aperfeiçoar as decisões

judiciais.(2011, p. 282).

Posner fundamenta seu ponto de vista ao argumentar que: “o direito em si costuma ser visto como uma fortaleza da ‘razão’ concebida como antítese da emoção. O direito é compreendido como uma entidade cuja função é neutralizar a emotividade que as disputas jurídicas despertam nas partes envolvidas e nos observadores leigos. No entanto, qualquer pessoa que já se tenha envolvido em litígios na condição de litigante, advogado, juiz, jurado ou testemunha sabe que esse método, isto é, o método de resolução das disputas jurídicas por excelência, é um processo intensamente emocional e bastante semelhante aos violentos métodos de resolução de disputas que ele substituiu”. (2011, p. 282).

Trazendo agora a assertiva de Posner para o terreno da prática, e invoquemos uma sua decisão relativa ao caso *Mary J. Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation*, U.S. Court of Appeal for the Seventh Circuit. July 26, 1994. O aludido caso vem relatado na obra de Nussbaum (1995, p. 104/111).

O caso a seguir descrito faz parte de um artigo dos professores George Browne Rego e Flavianne Fernanda Bitencout Nóbrega (Rego e Nóbrega, ainda no prelo e gentilmente cedido pelos autores); Para iluminar como o elemento emotivo e a dimensão ética se entrelaçam com a racionalidade inerente ao direito. A ilustração é a seguinte: “Mary J. Carr foi a primeira mulher a trabalhar no revestimento de estanho das turbinas de gás da General Motors. Durante cinco anos foi vítima de assédio sexual por parte de seus colegas de trabalho. Durante quatro anos consecutivos vinha pedindo providências ao seu supervisor, sem que isso surtisse qualquer efeito. Considerando a situação insustentável, Mary pediu demissão da empresa, entrando com uma ação contra a General Motors, solicitando pagamentos atrasados, além de danos morais. No julgamento, o juiz distrital deu ganho de causa à General Motors, aceitando o argumento dos advogados da aludida empresa de que o alegado assédio se tratava apenas de uma mera zombaria, uma brincadeira de mal gosto, coisa muito comum nos locais de trabalho, e que a GM era impotente para cessar tais brincadeiras. Entretanto, a nível de apelação, a Court of Appeal for the Seventh Circuit deu provimento ao pleito da reclamante. O Juiz Posner, ao prolatar a sua decisão, declarou que, apesar de não encontrar formalmente razões de natureza legal para anular a sentença do juiz distrital, considerava que houve erros em relação aos fatos apresentados. Posner fundamenta a

sua decisão apoiado na firme convicção de que é através de um balanço de todas as implicações objetivas e subjetivas atinentes aos fatos que deve servir de fonte de sustentação para o julgamento. Aqui, quando Posner se refere a fatos, esclarece que isso não implica que eles estejam desconectados dos valores que os circunscrevem. Ele declara que, o que está propriamente em disputa não são propriamente os incidentes na sua faticidade crua e descarnada, mas no seu profundo significado humano, e ponderou: “quão intimidativos eles foram? Quão adversamente eles afetaram o clima de trabalho de Carr? Os fatos relevantes foram, então, interpretados na sua genuína dimensão de fatos humanos, e relação aos quais só um juiz com sensibilidade literária e estética é capaz de perceber”.

Por sua vez, Bauman demonstra que o Estado vem sendo diminuído na sua soberania por ação do mercado, que tem feito impor a sua própria soberania. Segundo Bauman, o Estado se tem enfraquecido e delegado suas funções não a poder acima de si, mas a poderes impessoais do próprio mercado. O Estado se tem entregue às chantagens do mercado, indo de encontro, assim, aos interesses populares e permitindo que o mercado, ao invés dos cidadãos, tenha o poder/status de referência e se torne árbitro das propriedades políticas (Bauman, 2008, pp. 86/87).

Assim, o poder de agir é retirado das mãos do Estado e entregue ao mercado, o qual se sobrepõe à política, e causa severos danos à sua soberania. Apegosa Bauman: “O Estado como um todo, incluindo seus braços jurídico e legislativo, torna-se um executor da soberania do mercado” (2008, p. 87).

Toda essa digressão sobre Posner e Bauman tem por objetivo demonstrar que a emoção supera a relação racional, conforme demonstrado por Posner, (2011, p. 320), fazendo com que o indivíduo seja muito mais condicionado às vertentes emotivas que às racionais, e deixe de lado as considerações econômicas e racionais para, na busca de uma satisfação puramente emocional, socorrer-se do Judiciário como forma de “aposta” numa possível ou, para ele, indivíduo, provável, vantagem econômica.

Essas atitudes, obviamente, trazem danos de ordem econômica à coletividade. Os danos ao Judiciário são amenizados pelo pagamento das custas processuais e emolumentos. Contudo, para a coletividade/sociedade, os custos das demandas judiciais aventureiras e demoradas se demonstram muito elevados; são anos de contratos estagnados aguardando decisões que, muitas vezes, apresentam-se inócuas ou mesmo prejudiciais a ambas as partes, em virtude da demora ou da parca vantagem financeira

advinda do litígio.

O aumento de demandas específicas deve ser acompanhado, obviamente, do aumento de varas especializadas, dirigidas por Juízes que não sejam generalistas, mas especialistas na matéria de direito a ser apreciada, a exemplo das Varas de Direito Marítimo, de Família etc.

Aparenta, ainda, que mais graves prejuízos advirão das decisões dos incidentes em tela quando, dentro de uma nação de proporções continentais e com cultura jurídica de *Civil Law*, passarem os Tribunais a decidir um incidente suscitado no extremo norte brasileiro e, suas decisões, implicarem ou influenciarem relações jurídicas e comerciais no sul ou sudeste. Pois, como transferir valores nortistas aos paulistanos? Supõe-se, por dedução, que uma decisão em incidente poderia fazer sucumbir empresas e relações comerciais.

Imaginemos a hipótese de um grande e habitual litigante, como as empresas de telefonia móvel, as quais têm milhares de ações de mesmo fundo de direito por todas as áreas de suas concessões e terem contra si julgado um incidente que determine a mudança de uma conduta específica ou mesmo de imposição de indenizações.

Considerando que faz parte da administração financeira e estratégica dessas empresas contarem com constantes e demorados litígios para fazerem impor suas condutas reprováveis, porém vantajosas financeiramente, a mudança brusca por decisão judicial poderia lhes levar a uma gravosa imposição financeira. Apenas para efeito de elocubração, tal decisão judicial tornaria inviável as operações financeiras dos seus serviços e, por conseguinte, acarretaria o abandono das suas atividades, com prejuízos incalculáveis para a sociedade.

Da mesma forma que o Estado busca interferir na economia para regulá-la por meio de normas de conduta e agências reguladoras, parece que os ditames das normas processuais e seus procedimentos têm similar ou superior força econômica. A demora ou erros na prestação jurisdicional não somente trazem prejuízos aos interessados diretamente numa lide específica, como fazem irradiar seus efeitos para estender-se a toda coletividade, seja pelo emperramento de uma relação comercial, seja pela ofensa aos preceitos constitucionais de livre iniciativa e tutela da economia, fazendo prejudicial ou desinteressante uma determinada atividade econômica, ao ponto de não mais ser viável se praticar o exercício de tais atividades.

Como ilustração invoque-se a problemática das locações. Anteriormente as normas locatícias, de tão favoráveis aos locatários, permitiam que os proprietários de

imóveis desocupados preferissem mantê-los vazios a colocá-los em locação, pois sabiam que os locatários não só poderiam se tornar inadimplentes por longos períodos como, ainda, teriam a seu lado a Lei de Locações para dificultar o despejo.

O déficit habitacional, assim, forçou o Estado à edição de alterações nas normas de locação para assegurar aos locadores melhores garantias contratuais e judiciais que lhes fossem estimulantes para disponibilizar à locação seus imóveis, antes fechados.

Analogamente, podemos deduzir que a construção e aplicação de normas processuais que não considerem, com o devido zelo, as implicações econômicas das relações contratuais - mormente das decorrentes das novas características de consumo moderno, as quais são exacerbadamente massificadas e alheias às fronteiras físicas -, podem resultar em prejuízos de elevada monta à sociedade. Disso poderiam decorrer verdadeiras indústrias de ações de massa, a exemplo das *Class Actions* americanas.

Ter o protagonismo judiciário ou ainda o ativismo judiciário como uma praxe admitida ou mesmo coerente com o ordenamento processual, apresenta-se apenas como parte do complexo problema de proteção do Judiciário aos valores consagrados na Constituição Federal. Deve-se levar em consideração, pois, que de suma importância se torna a possibilidade de o direito ser viável, concretizável, em razão dos custos que pode gerar tanto à sociedade quanto ao Poder Público.

O próprio erário poderia se ver prejudicado por decisão coletivizada em incidente em incidentes de diversas naturezas, o que ultrapassaria o liame da denominada *reserva do possível*.

Desta feita, o incidente de coletivização deve ser apreciado evitando-se os extremos e considerando a justificativa de seus limites financeiros frente à realização dos direitos fundamentais sociais, pois que pode ser exarada Decisão que, por sua ampla aplicação decorrente do incidente, torne justamente impossível sua realização.

Resta claro, pelo exposto, que as normas jurídicas devem se realinhar ao novo conceito de mundo e de mercado. A maioria das Constituições elaboradas na segunda metade do século XX tem como característica o “bem estar social”, pelo que se relativiza de forma acentuada a autonomia das vontades nos contratos privados.

Ademais, políticas de governo voltadas à distribuição de riquezas, relativização da propriedade privada, enfim, a evocação extremada dos ditos/eleitos “direitos fundamentais”, poderia – senão prudentemente ponderadas - vir a acarretar prejuízos consideráveis à captação de investimentos externos, causando, por conseguinte, um

processo de estagnação econômica.

Assim, para o Estado se ver incluído no mercado internacional e sem fronteiras, faz-se necessária a adoção de normas uniformizadas que busquem o equilíbrio do custo/benefício, com vistas a tornar mais competitivo no mercado internacional o que, via de consequência, aproxima o nosso sistema de *civil law* do sistema jurídico da *common Law*¹⁷.

Silva, por outro lado, argumenta como a dogmática jurídica transforma categorias processuais em verdadeiras profissões de fé; em dogmas eternos, imutáveis, que se estratificam enquanto conceitos congelados e imunes à dinâmica da vida social. Como fórmulas matemáticas, o que as caracteriza é, apenas, a precisão lógica, permanecendo incólumes num verdadeiro Olimpo de ideias, no qual habitam as estruturas processuais de direito. (2006, p. 300).

Aparentemente, resta ao juiz o dever de fazer aplicar não uma regra rigidamente interpretada, mas a interpretação mais adequada dessa regra para o caso concreto. E tal necessidade de aplicação hermenêutica exigirá ainda mais do magistrado quando se tratar de incidente de coletivização das causas repetitivas, pois que para atender à necessária importância econômica que pode decorrer do caso, o julgador haverá de se afastar da norma rigidamente interpretada e se apegar à equidade¹⁸.

Percebe-se, portanto, que o critério de reserva do possível, argumento

¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 300; A segunda consequência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais - como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas, possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é nosso dogma.

¹⁸ Equidade: A palavra equidade deriva do latim *aequitas*. Tradicionalmente seu significado era análogo ao de conceito de justiça, muitas vezes com esse se confundindo. O termo equidade, nesse sentido, corresponde a uma disposição de ânimo de tratar qualquer pessoa como ela é, de acordo com a sua própria natureza, com vistas a torna-la mais perfeita e mais feliz. Modernamente, o conceito de equidade tem outra conotação, não se confundindo propriamente com justiça. Sua nova interpretação consiste na sua conformidade em respeito aos direitos alheios. Desse modo, diz-se que *aequitas sequitur legem*, ou seja, a equidade segue a lei e jamais se opõe a ela. Desse modo, no nosso sistema processual o juiz, ao decidir por equidade, só o fará nos casos previstos em lei (art 127 do CPC).

largamente empregado pelo Poder Público para expressar suas limitações financeiras no atendimento a determinações e/ou pretensões judiciais que busquem tutelar direitos fundamentais, haverá de ser estendida ao âmbito das relações contratuais privadas.

Conforme Cambi, “a expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos. Saber quando incide ou não é questão de difícil solução que demanda uma análise mais profunda” (2009, p. 382).

Desta feita, denota-se que o julgador, ao decidir incidentes de coletivização, deve considerar em seus argumentos de valor, a repercussão econômica de sua decisão pois, embora possa estar decidindo em favor de um direito, sua decisão poderá, por outro lado, causar tão grave ofensa econômica que, conforme dito anteriormente, inviabilizará a execução da medida, frente a reserva do possível ou, o que seria pior, a própria atividade econômica *sub judice*.

7.1 - O papel do judiciário como facilitador do mercado ou dos direitos fundamentais.

Nas relações processuais individuais se tem de cada lado o litigante individual. Contudo, nas relações consumeristas modernas é comum que se apresentem de um lado um litigante eventual, que pode ser um consumidor individual, e de outro um litigante habitual ou “grande réu”, que responde a diversas demandas, de forma constante.

Esse litigante habitual tem vantagens processuais sobre o individual, e a demora da prestação jurisdicional lhe é favorável, seja porque a sentença é lenta em surtir seus efeitos, seja por se poder utilizar a demora da prestação jurisdicional como mote/argumento psicológico para propositura de acordos que favoreçam os interesses do litigante habitual.

Ao chamar para si a exclusividade da prestação jurisdicional, o Estado impede que o litigante use de suas próprias razões para solucionar litígios de seu interesse. Contudo, essa exclusividade da prestação jurisdicional vem acompanhada de um sistema jurídico emperrado, que não faz a entrega da solução em tempo hábil equiparando-se assim essa demora a uma injustiça ou mesmo a severos danos de ordem econômica.

Esse princípio condiz *modus in rebus* com o conceito de justiça distributiva de

Aristóteles, segundo o qual é defeso tratar iguais de forma desigual ou tratar desiguais de forma igual (Ética a Nicômaco).

Para amenizar tais demoras na prestação jurisdicional, já se caracterizara uma certa preocupação com a necessidade de mitigar essas desigualdades. Nesse sentido, sob a égide do atual CPC, foram criadas as Câmaras de Conciliação e Mediação; e seu objetivo era desafogar o Judiciário pela atuação de mediadores orientados pelos Tribunais de Justiça. Contudo, resta ainda a obrigação de se submeter a um longo e demorado procedimento de audiências de acordo e à submissão destes acordos à homologação judicial.

Frente à dificuldade própria da ciência do direito de proceder a empirismos, e analisando-se a hipotética relação de consumo em massa, pode-se imaginar alguns cenários que já se descortinam no nosso cotidiano, *ex vi* as relações consumeiristas das prestadoras de serviços telefônicos. Não obstante o dever de se obedecer aos princípios contratuais da boa-fé objetiva, da liberdade contratual, da função social dos contratos e da força obrigatória dos pactos, as inúmeras lides apresentadas de forma individualizadas serão sempre analisadas caso a caso.

Essa análise de cada caso, ainda que o objeto das demandas e seus pedidos (além, claro, de uma das partes), serem idênticas, provoca o surgimento de decisões que, não obstante estejam calcadas numa mesma norma, têm conteúdo e valorações diferentes.

Essa diferença de decisões causam a desconfiança dos jurisdicionados, ao tempo em que submetem o Judiciário a dois grandes desgastes: o da desconfiança da seriedade de suas decisões, e o do sobrecarregamento dos feitos repetitivos, que têm conteúdo e objeto similares, embora uma das partes seja individualizada.

Para amenizar tais discrepâncias têm surgido alternativas que se aproximam da *commom law*, tais como as súmulas vinculantes e, no caso de nosso estudo, o incidente de resolução das demandas repetitivas, ambos já analisados acima.

Tais hipóteses, anteriormente referidas, revelam essas novas alternativas de flexibilizar a rigidez normativa na medida em que aplicam a obrigatoriedade das Súmulas vinculantes. A celeridade processual atua como força no sentido de reduzir temporal e processualmente o percurso das demandas.

Já o **incidente**, tem por objetivo a criação de nova sistemática processual, com novas regras e ritos, objetivando frear as demandas de massa ou repetitivas, para analisar o fundo de direito das questões em tela de uma única vez. Dando-se, assim,

uma decisão norteadora, dentro de uma causa utilizada como paradigma (causa-piloto) para fins de decisão de todas as demais que tenham esse mesmo objeto de fundo de direito.

Partindo-se das premissas de racionalidade individual e bem estar social (maximização da riqueza), poderíamos levantar dois questionamentos importantes para o presente trabalho: a) quais os efeitos das normas nos indivíduos e nas instituições? e b) quais as normas mais vantajosas para todos? (Rosa e Linhares, 2009, p. 57).

A segurança jurídica das relações contratuais (e de todas as demais relações jurídicas) se apresenta como forte motivo para não se realizarem negócios em países nos quais, a exemplo do Brasil, o Judiciário é demorado ou ainda apresente diversas e contraditórias decisões a casos análogos.

Esta abertura às mudanças e a tentativa de ordená-las de tal sorte que se possa conjugar sua necessária racionalidade às consequências e efeitos práticos, suscitados pela dinâmica da estrutura sócio-econômica globalizada, requer do julgador criatividade. Que o juiz se torne, numa certa medida, um artista.

A lógica silogística já não atende mais a tais desideratos e, portanto, o dogmatismo começa a ser relativizado. A herança platônica que se inspirou na perfeição e na pureza dos conceitos e que por seu turno influenciou também o direito, cede agora o passo à dinâmica da realidade cultural. O direito passa então a ser submetido ao tribunal da história, e o processo civil, não se inclina apenas à naturalização dos conceitos, mas admite a interveniência dos elementos psicossociais nele imbricados, conforme Silva¹⁹:

Assim, em contrapartida, acreditar que a adoção pura e simples de determinada norma processual poderia criar “freios” às demandas judiciais implicaria, justamente em gerar efeitos opostos.

¹⁹ SILVA: “A segunda consequência do *dogmatismo* é sua tendência para conceber as categorias processuais – por isso que apenas conceituais - como se elas fossem eternas. Este pendor pela ‘naturalização’ das instituições processuais constitui propriamente o *dogma*. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente *conceitual*, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não têm história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas, possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais. O pensamento dogmático considera natural que as estruturas legais de um processo civil concebido para a sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI. Afinal, as figuras geométricas de Savigny não são as mesmas? Nosso processo civil, concebido como pura forma, ao estilo das matemáticas, para a doutrina, deveria servir a qualquer sociedade humana. Já não se sonha com um código de processo civil universal? A neutralidade da ciência processual é nosso dogma”. (2006, p. 300)..

Esta desigualdade entre o litigante habitual e o litigante eventual é o incremento de litigiosidade, mantidas as consequências perversas para a parte hipossuficiente – no caso, o litigante eventual.

Silva, ao comentar a suposição do grande jurista italiano Carnelutti, chama a atenção para a inocuidade da tese da responsabilidade civil objetiva. Segundo ele, seria de se esperar que a adoção da tese da responsabilidade objetiva traria forçosa diminuição de litígios, pois que se evidenciaria de forma cristalina a responsabilidade daquele que assume o risco da atividade empresarial. Contudo, na prática, o que se viu foi justamente o oposto; um aumento de demandas judiciais das matérias dessa ordem, frente à possibilidade de se postergar os litígios dessa natureza, tanto para fins de se atrasar o pagamento de uma indenização tida como certa, quanto para se possibilitar um acordo vantajoso ao litigante habitual²⁰.

Continua Silva nesse mesmo raciocínio:

Conseqüentemente, a expectativa de Carnelutti de que, com adoção da responsabilidade objetiva, seria possível colocar ‘um freio piú enérgico allá iniciativa dei litiganti’, por força de uma espécie de negação dialética, inverte a direção do princípio, provocando um surpreendente aumento da litigiosidade que, somando-se às demais causas econômicas, políticas e culturais, emperram a prestação jurisdicional.

Tudo isso conduz a uma reflexão de que não é possível estabelecer um dualismo entre decisões judiciais objetivas e os interesses subjetivos das partes. Essa tendência de separar razão de sensibilidade remonta à antiguidade, tendo em Platão o seu mais relevante expoente.

Esse conflito entre razão e sensibilidade vem perdurando na nossa recente modernidade, na medida em que as duas tendências apontadas no início deste trabalho de, por um lado, encontrar um nível de conciliação difícil entre variações culturais e,

²⁰ Silva exemplifica bem este ponto quando dialoga: Qual a consequência mais evidente do sistema da ‘responsabilidade objetiva’, na disciplina da sucumbência? É provocar um expressivo aumento da litigiosidade! Os litigantes...aceitam os riscos naturais do processo, porque os enfrentarão a custo zero, dado que o ‘outro’ é sempre o *culpado*, ao dar *causa* ao processo, por não reconhecer nosso direito ‘absoluto’ e ‘certo’; conseqüentemente haverá de pagar por sua culpa. ‘Nós’ litigaremos a custo zero; o ‘outro’ - que invertidamente somos nós mesmos – é que será condenado nas custas. Com esse estímulo ao conflito, torna-se fácil litigar. (2006, p.).

por outro, o culto aos valores individuais, constitui o calcanhar de Aquiles de todo este problema.

CAPÍTULO VIII

DO PAPEL DA NORMA PROCESSUAL NA REGULAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

No presente capítulo, far-se-á a análise de se o incidente de resolução de demandas repetitivas poderia trazer riscos à ordem econômica, sob a ótica da tutela constitucional a esta ordem, insculpida nos arts 170, 192 e 219, todos da Constituição Federal.

Tal análise se fará com base nos paradigmas anteriormente apresentados, que consideram o caráter econômico da norma processual através das ideias de consumismo de Bauman e o comportamentalismo econômico de Posner, para que então se possa verificar se o **incidente** tolheria ou prejudicaria a tutela constitucional da ordem econômica.

Para Posner, ao utilizar a análise psicológica do comportamentalismo econômico, a racionalidade do comportamento humano reside no fato de o sujeito escolher o melhor meio disponível para alcançar determinado fim ou objetivo considerando, em sua avaliação, as dimensões de utilidade ou desutilidade dos meios empregados. (2011, p. 320).

Esse raciocínio de Posner se coaduna com o de Carnelutti trazido à baila por Baptista, anteriormente mencionado, de que os efeitos psicológicos das normas sobre os sujeitos nem sempre correspondem à intenção do legislador; podendo, inclusive, vir a surtir exatamente o efeito oposto ao almejado. Em obra anterior Carnelutti(1926, V. 4, p. 56/57) trata das demandas sucessivas, indicando desde logo sua inclinação pela cassação dessas sucessividades de ações para decisão única.

No presente caso, pretende-se analisar se não seria o incidente de coletivização de demandas repetitivas, justamente um incentivo a que os jurisdicionados busquem as barras do judiciário como forma de “apostar” em uma possível decisão favorável, justamente por ser uma matéria massificada.

Como exemplo recente desses casos, podemos mencionar as enxurradas de ações judiciais decorrentes dos planos econômicos Bresser e Verão, após a divulgação na imprensa de que tais direitos estavam na iminência de serem atingidos pela prescrição, e ainda de que aqueles que tinham aplicações financeiras ao tempo dos mencionados planos teriam direito a correções financeiras não pagas. Em consequência, houve um

agigantamento dessas ações nos Juizados Especiais Federais. Contudo, muitos dos que se socorreram do judiciário sequer sabiam se tinham aplicações financeiras à época ou se as que tinham se enquadravam no direito em análise.

Disso decorreu que o Judiciário se viu obrigado a apreciar milhares de ações similares. Contudo, no que se refere aos fatos e ao direito, havia absurdas distinções, as quais impediriam de se adotar uma única decisão, pois que se havia de considerar as espécies de aplicações financeiras, seus montantes, etc.

Restou evidenciado, nesses casos, o “efeito manada” ou “instinto de boiada”, que fez com que um considerável grupo de pessoas simplesmente adotasse o comportamento de um grupo original de sujeitos, com o objetivo evidente de obter ganhos ou mesmo evitar perdas sem que, antes de agirem, tivessem considerado as vantagens ou desvantagens de se mover uma ação judicial sem a certeza ou mesmo sem a possibilidade avaliada de sucesso ou fracasso.

Os autores das sobreditas ações parecem não ter considerado, nas suas razões ou na sua racionalidade, a possibilidade de virem a arcar com os ônus da sucumbência ou ainda de se pagar os honorários dos causídicos, em contraponto aos parcos, ou mesmo impossíveis ganhos que poderiam auferir. Bastou-lhes, para adotarem a decisão de promoverem ações judiciais, que um grupo considerável de pessoas adotasse essa decisão e a esperança de um ganho futuro, ainda que incerto.

Desse episódio duas ilações poderiam ser extraídas. A primeira é que os impulsos imediatos dos indivíduos, muitas vezes no seu afã de conquistar riquezas, conduz a frustrações em decorrência da falta de uma maior reflexão sobre as consequências e os efeitos de seus atos. A segunda, intrinsecamente relacionada à primeira, consiste no fato de que essas ações de massa – decididas de maneira açodada e não reflexiva - resultariam em um enorme encargo jurídico-administrativo para o Estado. Nos dois casos o prejuízo causado para os indivíduos resulta, necessariamente, em prejuízo ao Estado e à coletividade. Relacionando essas reflexões à teoria de Posner acima mencionada, conclui-se que a racionalidade serve como um farol, um roteiro, através do qual, dentro de um conjunto de experiências determinadas, a razão tem a probabilidade de indicar qual o caminho mais proveitoso para os anseios dos indivíduos.

O homem moderno está tão intimamente relacionado com o consumismo que seria difícil, senão impossível, desvincular a ideia de satisfação material da ideia de felicidade. Bauman, em suas obras, identifica essas questões de relação de satisfação pessoal com consumo.

Reforçando as ideias de Posner, temos que os ensinamentos de Bauman seguem essa mesma linha de tendência, ao demonstrarem que numa sociedade dominada pelo mercado, a privação é socialmente definida como o impedimento de traduzir necessidades num desejo por mercadorias, e na esperança de alcançar a “vida autêntica”, a autonomia ou o autoaperfeiçoamento que este último monopoliza.

Segundo Bauman: “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade” (2008, p. 76).

As observações de Posner e Bauman sobre o comportamento psicológico e o consumo dão ao presente trabalho o estofamento necessário ao raciocínio de que, não obstante o incidente seja um remédio jurídico válido e necessário, sua utilização deve ser muito bem sopesada, devendo os Tribunais utilizar a equidade para evitar que uma norma processual construída com o objetivo de aliviar as demandas do Judiciário se tornem, pelos motivos elencados, um dano à economia e à sociedade.

A intervenção do Estado na economia é inevitável e, portanto, deve ser equalizada e pensada de forma a evitar danos patrimoniais que, obviamente, repercutiriam em toda sociedade.

Os poderes públicos sempre intervieram no mercado, devendo este – o mercado – a sua criação e existência ao próprio surgimento do estado nacional.

As leis estatais estabelecem limites, regulam e criam formas de mercado; este, sozinho, não teria conseguido ir tão bem nem tão longe, conforme se pode depreender das lições retiradas das crises financeiras de 1929 e de 2008.

Mesmo Smith, em “A Riqueza das Nações” – apesar de sua nítida inclinação anti-estatizante -, aponta, nas situações limite, para a necessidade da intervenção estatal para viabilizar a produção energética, a força laboral, além da interferência no setor privado, nas hipóteses de omissão, desinteresse e incapacidade, a exemplo das agências reguladoras hoje implantadas no Brasil (1988, V.III, p. 31).

Depreende-se, por dedução, que se o Estado se vale de normas de regulação de setores considerados primordiais ou estratégicos tanto para a segurança nacional quanto para a economia, não deve o Estado subjugar a importância das normas processuais na intervenção que estas podem fazer na seara econômica.

Desta feita, desconsiderar que regras de natureza processual, ainda que ordinárias, constituem uma ingerência do Estado na ordem econômica seria um evidente “atraso de percepção”, no conceito de Bauman, vez que os litígios, em sua absoluta

maioria, versam sobre bens de natureza patrimonial (2008, p. 8).

Portanto, a circulação de riqueza está visceralmente ligada às normas de natureza processual; pois que sua conjuntura pode proporcionar demora na prestação jurisdicional e, pior ainda, condutas que, por sua conjuntura, possam a macular os interesses econômicos em uma perspectiva ampla, a ponto de interferir na própria economia do mercado, tal como no desestímulo a uma atividade econômica específica.

CONCLUSÃO

Uma síntese das ideias até aqui apresentadas conduz a algumas constatações e conclusões que servem de epílogo ao presente trabalho.

Preliminarmente, a constatação inicial é de que as normas processuais referentes a um sistema jurídico determinado, ao mesmo tempo que recebem, também causam repercussões do ponto de vista econômico. Dessa implicação interativa entre a norma processual e o sistema econômico, abre-se um leque de possibilidades, segundo as quais uma análise percuciente e prudencial das suas consequências e seus efeitos pode servir de eficaz terapia para evitar desarticulações e conflitos entre interesses individuais e necessidades coletivas.

Assim, procurou-se, ao longo deste trabalho, demonstrar as duas faces de Janus, ou seja, a importância de que se revestem os interesses individuais desde que devidamente ponderados pelos interesses coletivos e, por outro lado, uma concepção fria e racionalista do direito que sufoque as aspirações sociais dos indivíduos, eliminando-as peremptoriamente. Posner e Bauman emprestaram relevo à inserção dos elementos psicológicos inerentes à relação jurídico-processual, tentando demonstrar como o seu uso tanto pode deteriorar as relações sociais, quanto contribuir para o seu equilíbrio.

Nessa mesma linha de reflexão, Batista, trazendo à colação o entendimento de Carnelutti, explica que se faz necessário que se imponham *frenos più energicos* nas ilimitadas pretensões das partes.

Com base nessas reflexões, cumpre agora extrair consequências e efeitos decorrentes das hipóteses de se assumir posições que optem por um binômio radical do “ou isto ou aquilo”. A prudência resultará da condição de possibilidade de estabelecer um meio-termo entre, de um lado, o incidente nas ações coletivas e as suas repercussões na esfera dos interesses sócio estatal e, de outro, a superação desse conflito através de uma linha de conciliação que articule o individual ao coletivo.

Levando agora o problema para o plano prático ou da aplicabilidade do direito, observou-se que os litígios reiterados, que fazem surgir de um lado os grandes e habituais litigantes, tais como as empresas de telecomunicações ou de planos de saúde e, do lado oposto, a massa de cidadãos e/ou consumidores, litigantes individuais e eventuais, sem recursos financeiros para manter grandes ou duradouros litígios; que não

contam com recursos de quaisquer ordem para lhes proteger em litígios massificados.

Esse contingente de pequenos litigantes, uma vez agrupados sob a égide do incidente, passarão a ter a seu favor a decisão coletivizada e, conforme se depreende das colocações acima sobre o comportamento econômico e psicológico, podem passar a se comportar como um único sistema, um único corpo e, assim, assumirem o papel de grandes litigantes.

Essa massa então poderá, em caso específico, assumir uma posição litigiosa que venha, em caso extremo, a causar danos imensuráveis às empresas que habitualmente litigam em grande volume.

Veja-se, a título de ilustração, uma decisão judicial em incidente que determine a uma empresa operadora de planos de saúde que se disponibilize determinado tratamento médico a todos os portadores de uma doença incurável, porém tratável. Tal condenação pode se abrigar na lacuna da reserva do possível, e daí decorrerem duas gravosas consequências: a empresa pode alegar que não tem condições de cumprir a determinação judicial, por ser impossível do ponto de vista prático; ou a empresa pode ir à falência, por não conseguir fazer o devido equilíbrio econômico nos seus contratos.

Ambas possibilidades se demonstram desinteressante à coletividade. Tanto pela insegurança que decorreria de uma decisão judicial que não pudesse ser cumprida, quanto pela falência de empresas que cumprem o mister estatal de prestação de serviços públicos. Ademais, nas duas hipóteses a economia pública sofreria abalos que, por derradeiro, repercutiriam na esfera particular de cada cidadão.

Desta feita, temos que decisões puramente objetivas, que não considerem sabiamente os interesses individuais demonstram a outra face de Janus, podendo acarretar decisões injustas que afetam os interesses individuais garantidos pelos princípios fundamentais da CF. Como harmonizar os interesses coletivizados com os direitos fundamentais?

Observou-se, no desenrolar dessa dissertação, que houve várias vezes uma ênfase acentuada à questão dos interesses coletivos e a sua sintonia com o sistema jurídico estatal. Tal ênfase não significa simplesmente uma radicalização, na forma acima referida, do “ou isso ou aquilo”. Mas, repita-se, tentar demonstrar que interesses individuais só fazem sentido se articulados/harmonizados aos interesses sociais mais amplos. Logo, nossa tese consiste não numa eclética conciliação entre tais valores, mas numa superação que corresponda a uma nova alternativa da solução dos problemas.

acerca das implicações de natureza psicológica, inerentes à natureza humana que estão presente em toda e qualquer forma de relação social, máxime nas relações jurídicas.

Resta evidenciada a necessidade de se proceder reforma no Código de Processo Civil para fazer frente às novas e repetitivas demandas, as quais abarrotam o judiciário com pedidos e fatos absolutamente similares, decorrentes da cultura e do consumo de massa, esclarecendo-se que embora possa o sujeito de direito agir em nome próprio nas ações individuais, falece-lhe forças e legitimidade para combater em larga escala contra os interesses de corporações ou mesmo de governos, posto que a relação de consumo ou de submissão governamental estão visceralmente ligadas aos interesses econômicos.

Não obstante a importância da circulação de riquezas, tem-se que o contraponto dessa relação sócio-jurídica é de suma importância, pois se trata do patrimônio da vida e do bem estar social.

Por esse raciocínio, vê-se que a interposição de ações coletivas frente entes corporativos ou mesmo governos se faz salutar e necessária como forma de equilíbrio de forças, tutelando o indivíduo perante o capital e/ou o governo, e evitando assim que o desejo de maior lucratividade supere a necessidade de atentar ao bem estar social, massacrando-se o cidadão em benefício do locupletamento dos que compõem os interesses meramente econômicos e/ou políticos.

BIBLIOGRAFIA:

- ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2010.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret. 2010.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. São Paulo: Repro 186, Ed. Revista do Tribunais, 2010.
- BAUMAN, Zigmund. Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CABRAL, Antonio de Passo. O novo procedimento-modelo (Müsterverjhren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. São Paulo: Repro, ano 32, nº 147. Revista dos Tribunais, maio de 2007.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.
- CARDOZO, Benjamim Nathan. A Natureza do Processo Judicial. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CARNELLUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto. Processuale Civile. Padova: CEDAM, 1926, v. IV.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 193, Ed. Revista do Tribunais, 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. São Paulo: Revista de Processo. Vol. 179, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- DIDIER JUNIOR, e ZANETI JUNIOR, Curso de direito processual civil. Volume 4, Processo coletivo, Salvador, JusPODIVM, 2008.
- GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis-- Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada / Antoine Garapon, Ioannis Papadopoulos;: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- HOLMES, Oliver Wendel. The Common Law, apud Vandavelde, Kennet Jr. Pensando como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

- JORGE, Nuno de Lemos. Notas sobre o regime processual experimental. Coimbra: Cimbra Editora, 2007, 1º vol.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In Didier et Allii (coord). Salvador: Jus Podium, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENDES, Aluizio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.
- NUSSBAUM, Martha C. Poetic Justice. Massachusetts: Beacon Press. 1995.
- POSNER, Richard A. Fronteiras da Teoria do Direito. São Paulo: Martino Fontes, 2011.
- POSNER, Richard A. A Economia da Justiça. São Paulo: Martino Fontes, 2011.
- REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamim Nathan Cardozo; in Princípio da Legalidade: dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- REGO, George Browne. NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencout. Texto ainda não publicado – no prelo.
- ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manoel Aroso. Law and Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. Processo e ideologia. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova cultural, 1988.
- WATANABE, Kasuo; Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. Revista de Processo, nº 139. São Paulo: RT, 2006.