

INTRODUÇÃO

Desde a célebre obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Capelletti e Bryan Garth, a ineficácia do modelo procedimental individualista passou a ser enfrentada como um obstáculo para efetivar os direitos coletivos, tornando-se, por consequência, crescente a preocupação com a coletivização dos procedimentos, de forma a permitir que um provimento jurisdicional pudesse alcançar um maior número de pessoas, atingindo até quem não teria condições de ter acesso ao Judiciário.

Assim, o processo coletivo surge com a marcante necessidade de viabilização do acesso à jurisdição, visando à tutela de direitos que tivessem muitos titulares, ainda que as parcelas devidas a cada um sejam inestimáveis ou indivisíveis. Busca-se, portanto, uma única decisão que inclua todos os potencialmente afetados.

Dessa forma, o processo coletivo passa a ter extrema relevância no contexto do Estado Democrático de Direito, pois permite que um maior número de jurisdicionados seja atingido por uma decisão judicial.

Nos últimos anos, o Direito Brasileiro, com inspirações do Direito Alemão e do Direito Norte-Americano, passou a demonstrar, ainda que de maneira discreta, uma tendência de coletivização do procedimento, sem que isso, todavia, signifique uma verdadeira preocupação com a regulamentação do processo coletivo e, principalmente, com a teorização desse processo. Isso se deu por meio da instituição de mecanismos de criação de precedentes vinculantes, na contramão do Direito Português, em que houve a declaração de inconstitucionalidade e posterior revogação dos assentos¹.

A partir de uma análise de tais mecanismos, é possível perceber, claramente, que a pretensão das últimas reformas legislativas foi permitir a extensão dos resultados de um julgamento para outros casos considerados idênticos.

Tais procedimentos implicam no reconhecimento do caráter coletivo das matérias neles debatidas. Isso porque fazem com que o provimento jurisdicional proferido em um procedimento individual alcance os outros casos idênticos, tratando-se, portanto, de procedimentos destinados à tutela de direitos individuais homogêneos. Assim, devem ser analisados a partir de uma perspectiva do processo coletivo.

¹ Os assentos podem ser compreendidos como “as prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, compete emitir para resolver um conflito de jurisprudência – prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por qual o tribunal se decida na solução desse conflito, num enunciado normativo com força obrigatória de geral” (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Assento. In: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 345).

Deste modo, o objetivo do presente trabalho é abordar a vinculação dos julgamentos dos Tribunais por meio dos mencionados procedimentos diante do Estado Democrático de Direito, principalmente no que se refere ao processo coletivo, visando demonstrar a inadequação do tratamento do processo coletivo, que obsta a concretização da democracia.

Os estudos dos referidos institutos procedimentais como meios de tutela de direitos coletivos serão embasados no Processo Constitucional, principalmente sob o enfoque das ações coletivas como ações temáticas, em conformidade com a teoria apresentada por Vicente de Paula Maciel Junior, em sua obra “Teoria das Ações Coletivas”.

Pretende-se uma breve análise acerca do processo coletivo, buscando alcançar um modelo para adequá-lo ao Estado Democrático de Direito.

Em seguida, discorrer-se-á sobre a tendência de instituição de mecanismos destinados à construção de precedentes vinculantes, a fim de demonstrar porque devem ser tratados como procedimentos de coletivização e quais são os problemas de ignorar seu caráter coletivo.

A presente pesquisa justifica-se pela atualidade do tema referente às ações coletivas e pela crescente busca da efetividade e celeridade. Ademais, acaba por apontar os problemas relativos à aplicabilidade dos institutos, tendo em vista ainda inexistir estudos completos e profundos acerca de institutos destinados à tutela de direitos coletivos.

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Para que seja possível a compreensão das técnicas de julgamento como instituto destinado à tutela de direitos coletivos, necessário esclarecer que se entende por Processo Coletivo aquele que visa tutelar os direitos coletivos, dentre os quais se tem os coletivos em sentido estrito, os difusos e, ainda, os individuais homogêneos, sendo necessário, portanto, defini-los para uma melhor compreensão do tema proposto.

Ressalte-se, inicialmente, que incorreta a expressão “interesses coletivos”, tendo em vista que, conforme entendimento de Vicente de Paula Maciel Junior, o interesse, entendido como manifestação de vontade em face de um bem, “é sempre individual, porque pertence à esfera psíquica que liga um sujeito a um bem” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 54).

E sobre a relevância de distinguir interesse de direito, esclarece Roberta Gresta:

(...) a realidade contemporânea faz prova da heterogeneidade de interesses manifestados a par de previsão legal expressa, os quais são, muitas vezes, realizados por seus titulares, quer por aceitação social espontânea, quer por meio de decisão judicial que, recorrendo a princípios de direito, confere à regra jurídica um sentido até então não vislumbrado, quer, até mesmo, pela alteração legislativa. (GRESTA, 2011, p. 6.642).

Desse modo, tendo em vista o supramencionado conceito de interesse, como algo existente somente na esfera individual, inviável falar em interesses na esfera coletiva, revelando-se mais correta a adoção das expressões direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Sobre tais direitos, ainda que com o referido defeito técnico, o Código de Defesa do Consumidor adota, em seu artigo 81, os seguintes conceitos²:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No caso dos procedimentos instituídos pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro, que serão analisados a seguir, demonstrar-se-á que englobam direitos individuais homogêneos, que consistem em “um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles” (ZAVASCKI, 2007, p. 43). Conforme alerta Sofia Temer, a litigância repetitiva ou serial compreende “tanto a reprodução de demandas homogêneas, relativas a pretensões isomórficas”, como “áreas homogêneas em demandas heterogêneas” (TEMER, 2016, p. 27). Ou seja, os interessados compartilham prejuízos divisíveis de mesma origem, tal como preconizado no supracitado art. 81, III, do CPC.

² A fim de realizar uma breve comparação é de se ressaltar que o legislador português não cuidou de definir as espécies de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, de modo que o sentido conferido pela doutrina portuguesa a cada um dos termos não coincide com as definições que lhes são dadas pelo regramento brasileiro. Da mesma forma, quando menciona expressamente a proteção a “interesses colectivos ou difusos”, o constituinte português não se preocupou em diferenciá-los.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o “adjetivo ‘homogêneos’ só indica que o fato gerador é único, já que a dimensão qualitativa ou quantitativa do direito pode variar em razão do indivíduo” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30), e prossegue fazendo a seguinte distinção entre os direitos tutelados pelo processo coletivo:

A categoria dos interesses individuais homogêneos guarda distinção fundamental em relação aos interesses coletivos e difusos: enquanto estes são transindividuais, porque o aspecto de relevo é o grupo, e não seus componentes, aqueles se situam dentro da órbita jurídica de cada indivíduo. Por outro lado, os direitos transindividuais são indivisíveis e seus titulares são indeterminados ou apenas determináveis, ao passo que os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são determinados. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 30).

Diante de tais considerações, será demonstrado que os procedimentos do novo CPC brasileiro consistem em mecanismo de coletivização do procedimento, tendo em vista que ocorre, em um único julgamento, a discussão acerca de matéria de direito coletivo, cujo provimento valerá para os demais casos idênticos. Ou seja, possuem natureza vinculante em relação aos direitos individuais homogêneos.

Todavia, esses procedimentos destoam do modelo de procedimento coletivo adotado pela legislação brasileira, também não guardando consonância com o modelo participativo (ações coletivas como ações temáticas), que seria mais adequado às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

O modelo de procedimento coletivo adotado pela legislação brasileira, conforme previsto na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, prevê o sistema representativo, com grande influência das *class actions*, porém com a representatividade definida por lei.

A Lei de Ação Civil Pública prevê em seu art. 5º, quem são os representantes adequados, elencando-os em rol taxativo (Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações, constituídas há mais de um ano e tenha por finalidade a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). O mesmo ocorre no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Desse modo, tem-se que, no sistema brasileiro, a representação adequada é definida pela legislação. Sobre a legitimação para propositura de ações coletivas no direito brasileiro, leciona Hugo Nigro Mazzilli:

Em se tratando de defesa de interesses individuais homogêneos ou interesses coletivos, o lesado, individualmente considerado, não poderá ser autor de pedido coletivo: só poderá, por legitimação ordinária, pedir a defesa de seu próprio interesse em ação individual, quer nesta compareça sozinho ou em litisconsórcio com outros lesados individuais. Mas, em ação civil pública ou coletiva já regularmente ajuizada por um dos co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC, o indivíduo que compartilhe lesão individual homogênea ou coletiva apenas pode habilitar-se como assistente litisconsorcial, desde que, tendo processo individual em andamento, a tempo tenha requerido sua suspensão. (MAZZILLI, 2005, p. 301).

Sobre a mesma questão, ensina Pedro Lenza que

(...) o representante adequado da coletividade age em nome próprio e, pouco importando se, também, na defesa de seus interesses institucionais, necessariamente, na defesa de um direito alheio, de uma coletividade, mais ou menos organizada, substituindo-a. (LENZA, 2005, p. 191).

Em assim sendo, no sistema representativo adotado pelo direito brasileiro, somente os representantes adequados, com autorização legal, podem propor e participar da ação coletiva, sem a participação direta dos interessados, que serão diretamente afetados pela decisão proferida.

Patrícia Paoliello apresenta a seguinte crítica a este sistema:

A legitimação apenas de entidades, na sua grande maioria ligadas ao próprio governo, por si só, já constitui um filtro a essa atuação. No entanto, há que se lançar o seguinte questionamento: os legitimados ativos exercem, de fato, a representação efetiva dos interessados? Eles conseguem realmente atender ao clamor, na defesa desses interesses difusos?

A restrição existente vai exatamente de encontro à própria natureza dos interesses difusos, criando barreiras ao exercício desses interesses,

afastando o cidadão do acesso ao Judiciário. (PAOLIELLO, 2012, p. 33).

Já no Direito Português, é de se ressaltar que a tutela dos direitos coletivos se dá por meio da Ação Popular, prevista na lei n.º 83, de 31 de agosto de 1995, que nos artigos 2º e 3º, institui como possuidores do direito de ação popular qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos, além das associações e fundações defensoras dos interesses legalmente previstos, bem como as autarquias locais desde que trate dos interesses dos residentes de sua circunscrição (CANHEU, 2006, p. 135). Assim, percebe-se a adoção de um sistema misto, em que se exige a representação adequada por meio de associações e fundações, mas também amplia a legitimidade para qualquer cidadão.

Em que pese também existir a Ação Popular no Direito Brasileiro, com a mesma amplitude da legitimidade ativa, o seu objeto é mais limitado, reduzindo-se tão somente à “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio” da Administração Pública.

Assim, no modelo brasileiro, não sendo possível que qualquer cidadão leve ao Judiciário o debate sobre questões coletivas, nem mesmo sendo possível a participação de qualquer cidadão, não há observância das diretrizes do Estado Democrático de Direito, o que ocasiona a “exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 119).

2.1 O modelo participativo do processo coletivo

Vicente de Paula Maciel Junior apresenta, em sua obra “Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas”, visão diversa acerca do Direito Processual Coletivo, podendo ser considerado como um “modelo participativo”, apresentando uma proposta de estudo das ações coletivas como ações temáticas, resgatando aos interessados a “legitimação que lhes foi roubada pelo modelo de processo coletivo centrado no individualismo” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 189).

Desse modo, em contraposição com o modelo representativo adotado pelo legislador brasileiro, o foco na ação coletiva deveria ser o objeto, e não o sujeito; por isso a denominação de “ações temáticas”, permitindo uma ampla e irrestrita participação dos interessados, necessária para a construção do provimento no Estado Democrático de Direito, a permitir a participação a partir da delimitação do tema debatido.

Vale ressaltar que tal modelo apresenta maior conformidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito³, admitindo a formação participada do mérito do provimento jurisdicional, diante da legitimação de todos os interessados difusos.

Leciona Flaviane de Magalhães Barros Pelegrinni que “para se definir que serão as partes em um processo, em concreto, deve-se analisar o provimento jurisdicional requerido e os sujeitos que serão afetados pelo respectivo provimento” (PELEGRINNI, 2003). Assim, também deveria ser no processo coletivo, assegurados os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) a todos aqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional, o que significa dizer que, em se tratando de demanda coletiva, todos os interessados deveriam poder participar da construção da decisão judicial.

No Estado Democrático de Direito, é inviável, mesmo no âmbito do processo coletivo, limitar a garantia fundamental do devido processo legal, que abrange a ampla defesa, o exercício do contraditório, a isonomia, o direito ao advogado e a devida fundamentação das decisões judiciais.

Isso porque o devido processo legal é meio de conter as arbitrariedades nas decisões jurisdicionais, e permitir a participação igualitária das partes na formação dos provimentos, ressalvando que a observância de direito não se limita ao âmbito jurisdicional, abrangendo também os processos legislativos e administrativos, bem como as relações entre particulares.

Assim, no Processo Coletivo, “a legitimação do provimento decorrente de uma ação coletiva se dá pelo procedimento que permita a inclusão dos legitimados para a participação na construção da decisão” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 178), em observância ao devido processo legal e ao modelo constitucional do processo.

Tal ampliação da legitimidade para agir decorre de uma compreensão da impossibilidade de se estabelecer condições para o exercício do direito de ação. Nesse sentido:

A lei processual, diante do imperativo constitucional, não poderia estabelecer condicionantes à ação. A única condição existente para o acesso à Justiça, segundo esse modelo constitucional, é a afirmação perante o Poder Judiciário da existência de lesão ou ameaça a direito. Ou seja, todo cidadão brasileiro tem direito a uma decisão ‘sobre o mérito’, para verificar a ocorrência ou não de uma lesão ou uma ameaça a um direito. [...] Mas todo exercício de uma faculdade exige em contrapartida uma responsabilidade e a parte deve pensar que, se a

³ Entende-se por Estado Democrático de Direito, conforme lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, na obra “Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito”, como a junção do princípio democrático ao princípio do Estado de Direito, limitando a atuação do Estado pelo direito positivado e reconhecendo a legitimidade do exercício do poder pela democracia, ou seja, pela sua origem no povo.

demanda é movida sob falsos argumentos, falsas alegações, fatos distorcidos, má-fé, tudo isso poderá gerar uma reação da [outra] parte no sentido de se ressarcir de eventuais prejuízos decorrentes da ação movida e seus efeitos. A ação, principalmente nos modelos constitucionais que asseguram o livre acesso à Justiça, não deve ter condicionantes, mas sim evoluir para um sistema que estabeleça responsabilidades decorrentes dos atos abusivos e ilícitos oriundos dos excessos no uso do direito de ação” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 164.).

Conforme será demonstrado, o novo CPC, em seus procedimentos de coletivização, não observa o modelo representativo e apresenta, em determinados momentos, alguma proximidade com o modelo participativo, não adotando, em verdade, nenhum dos dois. Ou seja: cria-se no novo CPC um novo modelo de processo coletivo, o que, infelizmente, ocorre sem qualquer amparo teórico e sem qualquer integridade com o ordenamento jurídico brasileiro.

3 A COLETIVIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO POR MEIO DA INSTITUIÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

O Direito Processual Brasileiro, em sua última reforma macroestrutural, se preocupou em instituir mecanismos para a criação de precedentes vinculantes, sendo eles: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Incidente de Assunção de Competência e Recursos Repetitivos.

Tais procedimentos objetivam prevenir ou corrigir divergências jurisprudenciais, de modo que uma questão de direito seja subjetiva uma única vez à apreciação de um Tribunal Superior ou Tribunal de Segunda Instância, sendo o entendimento firmado de observância obrigatória no julgamento dos demais casos, atuais ou futuros.

Analisando os objetivos traçados na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, percebe-se uma incessante busca pelo alcance da duração razoável do processo, da segurança jurídica, da previsibilidade e da uniformidade das decisões, bem como da resolução da litigiosidade coletiva, serial e repetitiva, a partir da atribuição de maior importância às decisões dos Tribunais Superiores e dos demais Tribunais de Segunda Instância.

Assim consta da referida Exposição de Motivos:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de

modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (BRASIL, 2010).

Percebe-se que elaboração de um novo Código de Processo Civil também buscou solucionar problemas como a morosidade da atividade jurisdicional, na tentativa de trazer celeridade e efetividade ao processo, simplificando os procedimentos, sendo que tais objetivos também serão atingidos pela aplicação dos entendimentos padronizados dos tribunais, como será demonstrado adiante.

Nesse novo texto, observa-se uma grande preocupação com a estabilização da jurisprudência, buscando estabelecer maior vinculação dos provimentos aos precedentes judiciais, como forma de simplificar o julgamento dos casos futuros. Tanto é que, logo ao tratar do “Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, no Livro III (o último), o novo CPC já traz, imediatamente, a seguinte informação em seu art. 926: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

E prossegue destacando que os precedentes firmados pelos tribunais deverão ser observados:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Todavia, essa mencionada preocupação não aproxima o provimento jurisdicional da perspectiva democrática, que deveria ser alcançada no novo Código, já que o principal objetivo deste é adequar o Processo às diretrizes constitucionais- como também prometido na Exposição de Motivos.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, no menor número de vezes possível, tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais eficiente, quantitativamente, através do

estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema.

Ou seja, apesar de não mencionar que se trata de processo coletivo, este passa a ser uma grande preocupação do legislador no novo CPC, como se demonstrará a seguir pela breve análise de alguns institutos abordados no referido texto legislativo.

3.1 Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos e a Repercussão Geral

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a intitulada “Reforma Constitucional do Judiciário”, inseriu-se no ordenamento jurídico o instituto denominado Repercussão Geral, como pressuposto intrínseco de admissibilidade do Recurso Extraordinário, consistindo na aplicação de critérios políticos no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário.

Acerca da definição de repercussão geral, é informação contida no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.

Sobre este instituto, assim, dispõe o art. 102, §3º, da CR/88, incluído pela EC 45/2004:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Entende-se, portanto, que a Repercussão Geral consiste em pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que visa limitar os recursos que são remetidos ao STF, admitindo-se aqueles que sejam considerados relevantes sob o ponto de vista político, social, jurídico ou econômico, e criando uma forma de julgamento por amostragem.

O ora analisado instituto assemelha-se à anterior arguição de relevância, que era “verdadeiro processo de triagem”, pela verificação da relevância da questão federal por critério claramente discricionário, “do ponto de vista do interesse público – pela repercussão, pelo número de casos, pelas consequências amplas”. Assim, tem-se que tanto na repercussão geral quanto na arguição de relevância, a “questão relevante federal transcende ao próprio conflito de interesse envolvido na lide”⁴.

No novo CPC, o art. 1.035, § 1º, define o conceito de repercussão geral, determinando que esta existe quando a controvérsia abranger “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, sendo também transcendente, ou seja, deve ultrapassar o âmbito de interesse das partes.

Pelo supracitado dispositivo legal, tem-se que o reconhecimento da repercussão geral implica no reconhecimento de um caráter abrangente da questão discutida. Ou seja, reconhece-se sua coletividade.

Vale destacar que o próprio CPC reconhece essa coletividade ao determinar que, diante de outros casos idênticos, ou seja, diante de direitos individuais homogêneos, estes deverão ser suspensos, a fim de aguardar o julgamento do recurso em que houve o reconhecimento da repercussão geral. É o que esclarece Lênio Streck:

(...) a repercussão geral pode vir a ser um importante mecanismo para a reconstrução histórico-institucional do direito, na medida em que possibilita uma generalização minimamente necessária dos casos, evitando a continuidade do processo de fragmentação das decisões judiciais. (STRECK, 2013, p.600)

No presente estudo, interessa também a redação dada ao art. 1.036 do novo CPC, que versa acerca da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais fundados na mesma questão controvertida, hipótese em que o julgamento do recurso escolhido como representativo servirá de parâmetro para o julgamento dos demais.

Assim, o art. 1.036, § 1º estabelece competência ao Tribunal de origem para selecionar dois ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia, com fundamentação abrangente, para que sejam encaminhados ao STF ou ao STJ, que servirão de paradigma para todos os demais procedimentos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a

⁴ A arguição de relevância, prevista no art. 119, a e d, Constituição de 1967 e nos arts. 325, I a XI e 327, §1º, do Regimento Interno do STF, exigia que a questão levada a debate no Supremo Tribunal Federal versasse sobre matéria de interesse público. Tal pressuposto de admissibilidade não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Segundo Bruno Dantas, a arguição de relevância “se prestava a catalisar o ponto de vista da Corte sobre a sua própria função recursal extraordinária e sobre os grandes temas que mereceriam apreciação da Corte e razão da contribuição que sua decisão daria para o desenvolvimento do sistema positivo e para o aperfeiçoamento das instituições” (*Repercussão Geral: Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: Questões Processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 257).

questão e tramitem no território nacional, aguardando o Tribunal Superior estabelecer seu entendimento acerca da questão, a fim de que o mesmo entendimento seja aplicado aos demais casos que tratem de matéria idêntica.

Cria-se, assim, uma forma de julgamento simplificado dos recursos repetitivos, com vinculação dos demais tribunais às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal Federal.

Resta, portanto, indubitado que tal instituto também implica no reconhecimento do caráter coletivo da questão debatida no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial, motivo por que se revela a importância do estudo deste tema na perspectiva das ações coletivas.

Sobre tal questão, é o entendimento doutrinário:

(...) o sistema jurídico aposta em “precedentes vinculativos” para a resolução do problema decorrente do crescimento das demandas pela concretização dos direitos perante o Poder Judiciário (e a jurisdição constitucional). Mas, quanto mais realidade, mais ficção. Quanto mais demandas e processos, mais mecanismos restritivos. Dito de outro modo, quanto mais “coisas”, mais “conceitualizações” (STRECK, 2009, p. 15).

Por meio de tais procedimentos, os recursos que tratem de temas recorrentes nos Tribunais Superiores poderão ser julgados “por amostragem”. Isso significa dizer que, diante da multiplicidade de recursos que abordem uma mesma questão, somente alguns desses recursos serão analisados como representativos da controvérsia. No entanto, o resultado obtido afetará os recursos não analisados, podendo, inclusive, ensejar novo julgamento do acórdão de segundo grau recorrido.

Esses procedimentos, ainda que de forma sutil, tratam da vinculação do precedente judicial criado no julgamento dos recursos repetitivos. Mesmo que ausente a expressão “vinculante”, é certo que os recursos idênticos sobrestados somente poderão ter dois caminhos: novo julgamento pelo tribunal de origem, para se adequar ao entendimento firmado pelos tribunais superiores ou terão seguimento negado, caso o acórdão recorrido coincida com o tal entendimento.

É o que prevê o art. 1.040:

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o

recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Sobre a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional, o art. 1.038 autoriza que o Relator do Recurso Especial ou Extraordinário solicite ou admita “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria” e, ainda, que fixe “data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

3.2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Conforme alerta Sofia Temer, a litigância repetitiva ou serial compreende “tanto a reprodução de demandas homogêneas, relativas a pretensões isomórficas”, como “áreas homogêneas em demandas heterogêneas” (TEMER, 2016, p. 27). E o novo CPC, seguindo a tendência já demonstrada anteriormente por meio dos recursos repetitivos, estende a possibilidade de litigância serial a todos os tribunais, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se encontra previsto nos artigos 976 a 987 do novo Código de Processo Civil e autoriza que o juiz ou Relator do recurso ou de procedimento de competência originária dos Tribunais, as partes, Ministério Público ou Defensoria Pública solicitem a instauração do incidente quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁵. Ou seja, o referido incidente foi o mecanismo criado pelo novo CPC para julgar casos idênticos, já existentes ou futuros, de maneira única, idêntica e vinculante, sendo, portanto, metodologia de construção de precedentes judiciais.

Sobre esse novo procedimento, informam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

⁵ O conceito de “segurança jurídica” adotado pelo legislador é esclarecido por Hermes Zaneti Junior, que afirma que se trata de “necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça” (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 339).

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 178).

Trata-se de uma tentativa de buscar maior previsibilidade dos julgados por meio da padronização decisória, o que demonstra claramente uma predisposição de utilização no direito brasileiro das tendências do *common law*, ou seja, um significativo aumento da relevância dos precedentes judiciais como fonte do direito. Apesar disso, vale ressaltar que os precedentes, “como estão sendo criados e compreendidos/aplicados não são nem precedentes nos moldes do *common law*, nem jurisprudência, porque prescindem de uma necessária reiteração de julgados no mesmo sentido” (ROSSI, 2015, p. 154).

No caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, não é necessário que exista multiplicidade de julgados em sentidos diversos para que se chegue à construção de um precedente, bastando que haja multiplicidade de casos idênticos, o que ocasionará risco de julgamentos distintos, o que, segundo o novo CPC, poderia ocasionar ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sobre as hipóteses de cabimento, prevê o art. 976:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Após suscitado o incidente, o feito será transferido para o órgão competente para o julgamento, que será determinado pelo regimento interno de cada tribunal, o qual será responsável, inicialmente, por analisar a admissibilidade do incidente e, em seguida, por fixar a tese jurídica, já julgando o caso (recurso, remessa necessária ou procedimento originário) em que o incidente foi suscitado.

Sendo admitido o incidente, serão suspensas as outras demandas idênticas que tramitem sob a competência territorial do órgão julgador, sendo que essa suspensão deverá durar por um ano, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, prazo esse em que deverá ser julgado o incidente. Caso decorra o prazo sem julgamento do incidente, os feitos sobrestados voltarão a tramitar normalmente.

É necessário destacar uma relevante novidade trazida pelo incidente em questão, que consiste na ampliação da participação das partes interessadas, que, ao contrário do que

aconteciam nos procedimentos de litigância de massa do CPC/73 (recursos extraordinário e especial repetitivos), não se restringe somente às partes vinculadas ao recurso paradigmático.

Assim, o novo texto é elogiável no tocante à ampliação do debate em tais incidentes, prevendo expressamente que o relator deverá ouvir as partes e os demais interessados, incluindo outras pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, ainda estabelecendo a possibilidade de instrução do incidente com depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a serem ouvidas em audiência pública.

É o que prevê o art. 983:

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

A despeito de já ser significativa essa discreta ampliação do debate, tal reforma legislativa não é suficiente para adequar o procedimento de litigância de massa à perspectiva democrática, como será demonstrado a seguir.

Por fim, após julgado o incidente, a tese jurídica nele firmada será, obrigatoriamente, aplicada a todos os casos, pendentes de julgamento ou futuros, sejam eles individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985). Caso o julgador deixe de aplicar o entendimento consolidado pelo incidente, será cabível reclamação, nos termos do art. 988, IV, do novo CPC.

3.3 Incidente de Assunção de Competência

Apesar de não tratar de litigância serial, o Incidente de Assunção de Competência, novidade trazida no art. 947 do novo CPC, também trata da tutela de direitos individuais homogêneos, ao prever a vinculação de seu resultado.

O referido dispositivo legal, em clara violação ao princípio da indelegabilidade da jurisdição, estabelece que poderá haver transferência de competência entre os órgãos de um mesmo Tribunal diante da “repercussão social” do tema tratado em determinada demanda, seja recurso, remessa necessária ou feito de competência originária. Veja-se:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Referido dispositivo regulamenta e transforma em incidente aquilo que já se encontrava previsto no art. 555, § 1º, do CPC de 1973:

Art. 555. (...)

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

As novidades sobre tal incidente encontram-se no fato de que essa assunção de competência somente poderia ocorrer no julgamento de recurso de apelação, sendo, agora, estendido para qualquer recurso, remessa necessária ou procedimentos de competência originária dos Tribunais, além do já mencionado efeito vinculante.

Verifica-se, por fim, pela leitura do § 4º do art. 947, que esse procedimento também tem por finalidade evitar divergências entre as câmaras e turmas dos Tribunais, a fim de que se possa garantir que sejam idênticas todas as decisões judiciais sobre casos idênticos.

4 PROBLEMAS DECORRENTES DO EQUÍVOCO TRATAMENTO DO PROCESSO COLETIVO

Após apresentar os instrumentos do ordenamento jurídico brasileiro a serem considerados nos julgamentos de precedentes, é necessário analisá-los a partir do direito coletivo.

4.1 Legitimidade e o Litisconsórcio Ativo Necessário

Os procedimentos supra analisados têm por função transformar demandas individuais em coletivas, criando no nosso ordenamento jurídico a figura do litisconsórcio ativo necessário⁶. Ou seja, a partir da instauração de um dos referidos incidentes processuais, todos os outros interessados, que seja partes em demandas idênticas, tornam-se também parte do incidente, sofrendo os efeitos do provimento final. Não há qualquer opção de exclusão da situação de parte.

Em tese, não se admite no direito brasileiro a figura do litisconsórcio ativo necessário, uma vez que obstaría o exercício do direito constitucional incondicionado de ação. Isso porque não é possível obrigar quem não esteja disposto a exercer seu direito disponível de ação a fazê-lo conjuntamente com outra pessoa.

Todavia, ao coletivizar os procedimentos, adotando um único resultado para todos os casos idênticos, tem-se por induvidosa essa nova situação de litisconsórcio, já que todos passam a ser tratados como partes.

Percebe-se também que os procedimentos abordados não observam a regra da representatividade adequada, uma vez que qualquer litigante individual pode ser transformado em representante dos demais que estejam atuando em demandas idênticas. E, no sistema representativo adotado pelo direito brasileiro, somente os representantes adequados, com autorização legal, podem propor e participar da ação coletiva, sem a participação direta dos interessados, que serão diretamente afetados pela decisão proferida.

Trata-se de uma verdadeira e completamente atípica hipótese de legitimidade extraordinária. A mencionada autorização legal para pleitear direito alheio consiste na hipótese de legitimidade extraordinária, em que o titular do direito não se confunde com a parte do processo, ou seja, “alguém age no processo como legitimado, participando da formação de sentenças cujos resultados incidirão na órbita jurídica de terceiros” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 131). Prossegue com o ensinamento de que, nesses casos, “manifesta-se o fenômeno da substituição processual, que a doutrina assim classifica para designar o fato de alguém agir em nome próprio na defesa de direito alheio. (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 132)

Assim, qualquer interessado pode se tornar legitimado para representar os demais, ainda que não se trate de órgão responsável pela tutela dos direitos coletivos. Fica claro que o modelo representativo do processo coletivo brasileiro, abordado na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, não é adotado pelo novo Código de Processo Civil.

⁶ Nos termos do art. 114 do novo CPC: Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

É curioso observar que foi vetado no novo CPC o dispositivo que tratava da conversão da ação individual em coletiva, na primeira instância, que permitira que a parte fosse substituída pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, nos casos em que a demanda interessasse a alguma parcela da sociedade. Todavia, os mecanismos supracitados nada mais são do que a referida conversão em ação coletiva de recursos interpostos individualmente, sendo mantida a parte que instaurou a demanda, porém, com legitimidade para representar a coletividade.

Por outro lado, percebe-se alguma aproximação, ainda que sem aprofundamentos teóricos e sem uma real intenção do legislador, do modelo participativo. Isso porque, tanto nos recursos repetitivos, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, permite-se a participação de outros interessados, dentre os quais se incluem aqueles que sejam partes das demandas idênticas que foram suspensas.

Aproxima-se, assim, da ideia de que a “demanda coletiva deve ser essencialmente participativa, no sentido de permitir que o maior número de legitimados interessados possa defender suas teses em juízo” (MACIEL JUNIOR, 2006, p. 178).

Pode-se falar somente em “aproximação”, tendo em vista que o art. 983 e o art. 1.038 possibilitam a participação dos interessados na construção do entendimento judicial que servirá de paradigma para todos os casos atuais e futuros e exigem que os argumentos apresentados em tais participações sejam enfrentados quando da análise da questão pelo Judiciário, sem permitir uma nova discussão por aqueles que possam vir a se tornar interessados em momento futuro.

Assim, somente será considerado interessado com legitimidade para participar do procedimento coletivo aquele seja parte em demanda idêntica atual, não havendo tal legitimidade para discussão e debate para outros interessados em momentos futuros.

Ainda vale ressaltar quão drástica é a previsão contida no art. 986, que somente autoriza uma nova discussão da tese firmada por meio de iniciativa do próprio Tribunal, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Por derradeiro, cabe destacar que, ao adotar o prazo comum de 30 minutos para sustentação oral de todos os interessados, o legislador não está, de fato, preocupado em garantir a participação efetiva desses interessados, uma vez que tal prazo, dividido entre todos os possíveis interessados, acabará por inviabilizar a devida exposição dos argumentos necessários para o debate da questão.

Assim, fica bem claro que o novo CPC não adota o modelo representativo e nem mesmo o modelo participativo, apesar de se aproximar deste último.

4.2. Extensão dos Efeitos da Sentença

O problema ora debatido se agrava ao se realizar uma análise comparativa com os efeitos do provimento do processo coletivo, que se encontram previstos nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. Referidos dispositivos legais permitem que as partes dos procedimentos individuais, em que se debata o mesmo tema do procedimento coletivo, optem por se submeter ou não aos efeitos do provimento construído no procedimento do qual não participaram efetivamente.

Acerca dos efeitos da sentença no processo coletivo destinado à tutela dos direitos individuais homogêneos, dispõe expressamente o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso III e parágrafo § 2º.

É o que se observa:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

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

Conclui-se, portanto, que a extensão dos efeitos foi estabelecida, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. Desse modo, diante da procedência do pedido inicial, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia do julgado. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o pedido julgado improcedente não será vinculativo para todos os interessados e legitimados, caso a improcedência decorrer da insuficiência probatória.

Sobre o supracitado dispositivo legal, é o ensinamento de Antônio Gidi:

O inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a sentença fará coisa julgada somente no caso de procedência do pedido. Surge, então, a perplexidade de se saber o que aconteceria no caso de improcedência. Não haveria formação de coisa julgada material nesse caso? A coisa julgada seria apenas *inter partes*? Resolve-se o problema com uma interpretação conjugada com o § 2º do mesmo artigo. Se esse dispositivo ressalva aos ‘aos interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes’, a possibilidade de propor a sua ação individual é porque, contrario

sensu, aqueles interessados que intervieram, aceitando a convocação do edital a que se refere o art. 94, são atingidos pela coisa julgada inter partes. (GIDI, 1995, p. 139).

Sobre a coisa julgada no modelo representativo brasileiro, é o ensinamento de Fabiano Afonso:

Os limites objetivos da coisa julgada nas ações coletivas se operam para beneficiar todos os titulares de direitos ou interesses discutidos na ação coletiva em caso de procedência, havendo, assim, a coisa julgada *secundum eventum litis* para se ter eficácia *erga omnes*.

Nos casos de improcedência da ação, não se transmitem os efeitos *erga omnes*, conforme dispõe o art. 103 do CDC. Isso deriva de que os legitimados individuais possuem o direito ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e isonomia, com a finalidade de reverterem em juízo a demanda que lhes for desfavorável de forma individual. (AFONSO, 2010, p. 324).

Ainda é certo que, em se tratando de procedimento que visa à tutela de direitos coletivos, os efeitos da sentença, conforme preconizado no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, somente podem atingir às demandas individuais quando houver expresso pedido da parte de suspensão, manifestando claramente seu interesse em se submeter aos efeitos do processo coletivo.

É o que dispõe o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Nesse sentido, leciona Ricardo de Barros Leonel:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito. (LEONEL, 2002, p. 259).

Similar é o que ocorre no sistema das *class actions*, em que os interessados, ainda que não tenham participado da construção do provimento jurisdicional, ficam sujeitos aos

efeitos da sentença, exceto se exercido o *opt-out*, o direito de exclusão, conforme leciona Antonio Gidi:

Ao contrário do que acontece no direito processual civil brasileiro, porém o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo. Seja a sentença favorável ou contrária aos interesses do grupo (whether favorable or adverse), ela está revestida pelo manto da imutabilidade do seu comando em face dos direitos individuais e coletivos de todos os membros ausentes do grupo. (GIDI, 2007, p. 272).

Assim, em se tratando de ações coletivas, somente poderá ser considerado legítimo o provimento jurisdicional construído pela ampla participação dos que serão atingidos, motivo pelo qual é necessário oferecer às partes que litigam em processos individuais a oportunidade da suspensão ou não de suas demandas, para que observem ou não o que será decidido no processo coletivo.

Também deve ser oportunizada à parte que litigará em casos futuros a possibilidade de rediscutir o entendimento já padronizado, já que não pode participar no momento da construção do precedente judicial. Critica este sistema Rosemiro Pereira Leal, afirmando que “no sistema do *civil law*, a prestação da atividade jurisdicional só tem validade, eficácia e legitimidade pela dotação normativa da lei”, não sendo possível que a aplicação normativa represente somente a vontade do juiz, “com exclusão da articulação argumentativa das partes” (LEAL, 2005, p. 90).

Somente é possível considerar que uma sentença proferida em ação coletiva produza efeitos aplicáveis e oponíveis contra todos caso permita a participação de todos os interessados, observando o devido processo legal, oportunizando, assim, o contraditório e a ampla defesa, garantindo a construção de um provimento participado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações tecidas no presente artigo, é possível perceber a total ausência de fundamentos teóricos quanto à coletivização dos procedimentos no novo CPC, não mantendo a coerência com o modelo representativo já adotado na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, nem mesmo buscando se adequar ao Estado Democrático de Direito, o que somente seria possível por meio da adoção do modelo participativo.

Assim, percebe-se que os procedimentos estudados permitem que toda e qualquer parte se torne “representante adequado” de outros interessados, pelo simples motivo de ser parte em um caso repetitivo. Por outro lado, ocorre uma inclusão dos interessados na construção do provimento jurisdicional, por meio da possibilidade de manifestação ou da realização de audiências públicas. Todavia, essa nova possibilidade de participação garante uma democratização na construção do provimento jurisdicional que servirá de paradigma nos casos futuros, mas impede por completo qualquer participação dos interessados na aplicação desse entendimento paradigma.

A discussão acerca da aplicação do entendimento paradigma, firmado no julgamento de recursos repetitivos, dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, deve envolver as partes interessadas, não podendo o precedente ser aplicado sem que tenham oportunidade de se manifestar sobre a questão nos processos individuais, não podendo, além disso, de forma alguma, obstar a propositura de futuras demandas individuais.

E também só é possível considerar legítimo um provimento jurisdicional quando construído com a participação de todos os seus interessados, o que é possível por meio da previsão contida nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a quem for parte em um processo individual optar por se sujeitar ou não aos efeitos do provimento produzido no processo coletivo.

Portanto, não se pode falar que esses mecanismos de coletivização dos procedimentos no novo CPC observam, na sua totalidade, as diretrizes do Estado Democrático de Direito, apesar de já serem menos arbitrários que os mecanismos já existentes no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Fabiano. *Liquidação de Sentença Coletiva*. Curitiba: Juruá, 2010.

CANHEU, Gustavo Casagrande. Ação Popular no Direito Português: similaridades e disparidades com o Direito Brasileiro. In: Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho. (Org.). *Ação Popular: Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 123-162.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Assento. In: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRESTA, Roberta Maia. Processo Coletivo: Entre o Estrangulamento da Conflituosidade e a Legitimidade Democrática. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória - ES. *Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6337-6365.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do novo CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. São Paulo: Saraiva: 2005.

PAOLIELLO, Patrícia Brandão. A legitimação do rol para a propositura das ações coletivas em contraposição ao princípio constitucional de amplo acesso ao Poder Judiciário. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, a. 63, nº 201, p. 21-50, abr./jun. 2012.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. In *Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, ano 2, 2003.

ROSSI, Júlio César. Precedente à Brasileira: *A Jurisprudência Vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords.) *Constituição e Processo: A contribuição do Processo ao Constitucionalismo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.