

AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado da União.

Resumo: O artigo tem por objeto a análise comparativa entre as ações-teste instituídas por Alemanha (*Musterverfahren*) e Inglaterra (*Group Litigation Order*) e o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL 8.046/2010).

Abstract: This paper concerns about the comparative analysis between the test claims established by Germany (*Musterverfahren*) and England (*Group Litigation Order*) and the new Brazilian Civil Procedure Code (PL 8.046/2010).

Palavras-chave: processo civil – ações-teste – sistemas alemão, inglês e brasileiro.

Keywords: civil procedure – test claims – Germany, England and Brazilian systems.

Sumário: 1. Introdução. 2. As ações-teste na Alemanha: o *Musterverfahren*. 3. As ações-teste na Inglaterra: a *Group Litigation Order*. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A sociedade contemporânea caracteriza-se, dentre inúmeros outros aspectos, pela massificação de múltiplas relações jurídicas idênticas ou semelhantes. Uma sociedade de massa, no dizer de Mauro Cappelletti, gera litígios de massa, ou seja, uma multiplicação de processos sobre idênticas questões fáticas ou jurídicas, e que, por tais razões, podem ser considerados como ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido.¹

¹ FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/ Andrea Carla Barbosa... (et. al.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22.

Este panorama crescente de demandas repetitivas descontenta, a um só tempo tanto a sociedade, visto que os jurisdicionados sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir de modo satisfatório de suas atribuições.

Tais circunstâncias passaram a pôr em xeque o sistema processual tradicional, principalmente pela sobrecarga de trabalho imposta aos órgãos judiciais, inviabilizando a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Do mesmo modo, passou-se a constatar, cada vez com maior frequência, a prolação de decisões judiciais discrepantes acerca de situações jurídicas idênticas, fator que fere de morte os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Os instrumentos processuais típicos para a tutela de pretensões individuais, que a princípio seriam adequados para tratar destes direitos individuais homogêneos, passaram a se revelar insuficientes, devido à explosão da litigiosidade, que também é marca de nosso tempo.²

Surge, então, a necessidade de criação de uma categoria distinta de processo, que não se identifique com os instrumentos utilizados nas demandas puramente individuais nem com os mecanismos de representação processual, típicos da tutela coletiva.³

² Neste sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho sustenta que: “Na realidade, a complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Assim, os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração liberal-individualística, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos. Portanto, continuar, conforme a tradição individualística, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica dos direitos coletivos.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva*. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdiacao_coletiva_061103.pdf> Acesso em: 04.08.2011. p. 7-8.

³ No sentido do texto, confira-se Leonardo Carneiro da Cunha: “As causas repetitivas, que consistem numa realidade a congestionar as vias judiciais, necessitam de um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional e uniforme.” CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 258. Sobre o tema, são relevantes as lições de Antonio Adonias Aguiar Bastos: “Atenta a estes acontecimentos, a doutrina começa a afirmar a existência de ações de grupo, que consistiriam em procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. (...) 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.” BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. p. 4950. Disponível em

Diante dos problemas constatados nas ações de classe, ou mesmo a total falta de tradição com processos coletivos, como no caso da Alemanha, vários ordenamentos buscaram criar instrumentos de tutela que fossem capazes de conferir tratamento adequado a processos repetitivos, mas sem a formação de uma classe, sem a representação por substitutos processuais e, conseqüentemente, sem os problemas práticos e teóricos advindos dessa ficção jurídica.

Conforme apontado por Claudio Consolo e Dora Rizzardo: “*Sono così sorti processi com centinaia o migliaia di parti, difficili – se non quase impossibili – da trattare attraverso gli strumenti tradizionali.*”⁴

É exatamente dos mecanismos processuais desenvolvidos para enfrentar este novo panorama mundial que se ocupa o presente artigo.

As ações-teste consistem, em suma, em instrumento de direito processual individual, mas que têm por escopo justamente a pacificação de questões controvertidas que possuam a potencialidade de produzir, ou mesmo já estejam produzindo grave insegurança jurídica, por afetarem a situação jurídica de um expressivo número de pessoas.

De fato, tais instrumentos processuais perseguem seus objetivos sem se valer das notas típicas dos mecanismos de tutela coletiva, dentre os quais se destacam a representação processual extraordinária e a extensão subjetiva da coisa julgada.

Nos modelos que serão vistos a seguir, assim como no modelo que desponta para o sistema brasileiro no Projeto de novo Código de Processo Civil, os membros do grupo são tratados como verdadeiras partes, e não como “não-partes substituídas”, tal como ocorre nas ações representativas.

No que concerne à extensão dos efeitos da decisão proferida, também há nítida diferença entre a ação teste contemplada no Projeto de novo Código de Processo Civil e o sistema brasileiro em vigor para as ações coletivas que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituídos somente nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>
Acesso em 15 de maio de 2011.

⁴ CONSOLO, Claudio. RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano LX, 2006, p. 895.

que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações repetitivas será dotada de efeitos *erga omnes* e produzirá eficácia *pro et contra*.

Em contraposição ao sistema norte-americano, tradicionalmente adepto das *class actions*, e ao sistema alemão, àquele avesso, e que recentemente instituiu o sistema do procedimento-padrão, tudo indica que, no ordenamento brasileiro, os dois mecanismos coexistirão. A bem da verdade pode-se afirmar que isso já ocorre, uma vez que dispomos de um amplo sistema de ações coletivas e dos mecanismos que compõem o denominado microsistema processual para a tutela dos direitos massificados, composto basicamente pelos artigos 285-A, 543-B e 543-C do Código de Processo Civil.

Vistas as circunstâncias que conduziram ao surgimento das ações-teste,⁵ passam a ser analisados nos tópicos seguintes os seus objetivos e suas regulamentações nos ordenamentos alemão e inglês, cotejando-os, no que couber, com a legislação brasileira projetada para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2. As ações-teste na Alemanha: o *Musterverfahren*

No ano de 2005, foi editada na Alemanha a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercados de Capitais⁶, (*Gesetz zur Einführung Von Kapitalanleger-Musterverfahren* cuja abreviação é *KapMuG*), que instituiu um procedimento-padrão (*Musterverfahren*) com o objetivo precípuo de racionalizar o julgamento de milhares de ações idênticas propostas por investidores do mercado de capitais da Bolsa de Frankfurt que sofreram prejuízos em virtude da divulgação de informações falsas.

O ordenamento alemão se viu obrigado a disciplinar uma técnica processual que contivesse o afluxo de demandas propostas nos Estados Unidos em face de empresas alemãs. Utilizando-se da técnica da *class action*, demandantes alemães ingressavam com pedidos de ações coletivas nos Estados Unidos, principalmente em face das empresas *Deutsche Telekom*, *Daimler Chrysler* e inúmeros bancos alemães.⁷

O caso mais significativo foi protagonizado pela empresa de telecomunicações *Deutsche Telekom*, que, ao deixar de prestar informações aos seus investidores, deu ensejo à propositura de aproximadamente 2200 ações por mais de 14000 autores. Diante

⁵ Os termos “ações-teste”, “ações-piloto”, “processo-modelo”, “processo-paradigma” e “procedimento-modelo” serão utilizados indistintamente ao longo do artigo.

⁶ Tal Lei nasceu com prazo de vigência de cinco anos, o qual restou prorrogado no mês de novembro do ano de 2010 por mais dois anos.

⁷ FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

deste cenário, o Poder Judiciário alemão chegou a asseverar que o julgamento de todas estas ações em 1º grau de jurisdição poderia levar até quinze anos.⁸

Diante deste cenário, e considerada a inexistência de um sistema de ações coletivas no direito alemão⁹, o legislador decidiu intervir para criar um procedimento-modelo (*Musterverfahren*), o qual tem por escopo racionalizar a prestação jurisdicional quanto a estas demandas repetitivas.¹⁰

Tal racionalização no julgamento destas ações segue a lógica típica das *test claims*, ou seja, é buscada através da resolução de questões comuns a todas as ações isomórficas a partir de um processo individual tomado como paradigma.

O entendimento firmado neste procedimento-modelo passa então a ser aplicado aos demais casos semelhantes, proporcionando isonomia entre os jurisdicionados, segurança jurídica e celeridade processual.

Passa-se, a partir deste momento, à análise crítica dos principais dispositivos da *KapMuG*, bem como ao cotejo de certos aspectos da regulamentação do procedimento-padrão alemão com a legislação brasileira projetada para disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas (atualmente, Projeto de Lei n.º 8046, em trâmite na Câmara dos Deputados e que, uma vez aprovado, tornar-se-á o novo Código de Processo Civil brasileiro).

A análise mais detida do sistema alemão se justifica em razão da inspiração declarada da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo CPC naquele procedimento-modelo tedesco.¹¹

⁸ HESS, Burkhard. “Relatório nacional da Alemanha”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

⁹ Ressalvadas as menções a previsões legais esparsas existentes no sistema jurídico alemão e apontadas por Antonio do Passo Cabral: “O ordenamento processual alemão não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva tal qual existe no Brasil. Ao contrário, optou o legislador tedesco por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis preventivas de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais. Raras manifestações de instrumentos de tutela coletiva são encontradas no § 33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ou *GWB*, a Lei dos Cartéis), no § 13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* ou *UWG*), e nos §§ 13, 22 e 22a, todos da Lei das Condições Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviada de *AGB-Gesetz* ou *AGBG*).” CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 130.

¹⁰ Além de Frankfurt, hoje tramitam procedimentos-modelo também em Stuttgart e Munique.

¹¹ Conforme Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código Civil, p. 21: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de

A Lei alemã encontra-se dividida em três partes e vinte seções. A Primeira Parte trata do requerimento de instauração do procedimento-padrão e de seus procedimentos.

A Primeira Seção, que versa sobre o requerimento de instauração do procedimento-padrão em um processo individual de primeira instância, fixa as hipóteses de seu cabimento, ao estabelecer que este processo deverá versar sobre uma pretensão para compensação de danos decorrentes de informações públicas do mercado de capitais falsas, enganosas ou omitidas, ou para cumprimento de um contrato baseado em oferta regida pela lei de valores mobiliários e aquisições de empresas.

Esta Seção também prevê que o requerimento de instauração do *Musterverfahren* pode ser feito pelo autor ou pelo réu, além de definir o alcance da expressão “informações públicas do mercado de capitais”.

Cumprido destacar que, a *contrario sensu*, a instauração do procedimento-modelo alemão não poderá ocorrer a partir de uma iniciativa do juízo, tal como previsto no parágrafo 1º do artigo 930 do Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, que, ao dispor sobre a legitimação para propositura do incidente de resolução de demandas repetitivas, prevê, em seu inciso I, a possibilidade de que o requerimento para sua instauração emane de um juiz de primeira instância ou de um desembargador relator.

Ainda no que diz respeito ao requerimento de instauração do procedimento-modelo, o item n.º 2 da Primeira Seção da *KapMug* traz três exigências: a) o requerimento deve ser elaborado no momento em que o judiciário analisa a questão (antes de sua definição, evidentemente) e deve conter a indicação expressa de seu objetivo e da respectiva informação pública sobre mercado de capitais; b) o requerimento deve conter informações sobre todas as circunstâncias fáticas e legais (pontos de disputa), bem como a descrição das evidências que o requerente pretende usar para fundamentar ou refutar demandas concretas, e c) o requerente deverá demonstrar que a decisão sobre seu pedido de instauração de procedimento-modelo pode ter relevância para outros casos similares, ou seja, a questão sobre a qual se solicita a instauração do *Musterverfahren* deverá transcender o interesse individual das partes que formam o processo originário no bojo do qual tal pedido é realizado. O mesmo dispositivo estabelece que ao requerido é garantida a oportunidade de submeter uma petição escrita sobre o assunto.

Quanto ao disposto na alínea “b”, cumpre alertar para uma importantíssima diferença entre as disciplinas do *Musterverfahren* e o incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro: o objeto.

Nas precisas palavras de Antonio do Passo Cabral, o objeto da cognição judicial no procedimento-modelo alemão

pode versar tanto sobre questões de fato como de direito, o que denota a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual. Esse detalhe é de extrema importância, pois evita uma potencial quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo. Vale dizer, se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão, o que não ocorre aqui, com a vantagem de evitar as críticas aos processos-teste.¹²

O julgamento do procedimento-modelo alemão, portanto, terá como limite a definição das questões fáticas e jurídicas que sejam comuns às ações repetitivas¹³. Esta é exatamente a ideia de cisão da cognição judicial ou de processo de cognição seguímentada.¹⁴

¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Op. Cit.*, p. 132-133.

¹³ Burkhard Hess, responsável pelo Relatório nacional da Alemanha apresentado no XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil, realizado em Salvador/BA, no ano de 2007, aduziu que: “*After the master decision has become final, the court of first instance must then decide each action on a case-by-case basis. Although the master decision may address a number of common issues raised in each case, it is still possible that the court of first instance has to decide a variety of questions that are not common to several actions. However, the most important issues are decided by appellate courts in the master proceedings.*” *Op. Cit.* p. 144.

¹⁴ Sobre a cisão da cognição judicial ou processo de cognição seguímentada, confira-se Dierle José Coelho Nunes: “*O mecanismo de pinçamento, em última análise, é uma clara técnica de varejo para solucionar um problema do atacado, que somente poderia ser abordado adequadamente tematizando-se a utilização de ações coletivas representativas ou a utilização de procedimentos com cognição seguímentada (como o Musterverfahren tedesco), no qual em um procedimento coletivo (incidente), com ampla participação de todos os interessados, resolvem-se as questões comuns das causas onde se debatem pretensões isomórficas, deixando para um procedimento complementar a decisão de cada caso concreto*” NUNES, Dierle José Coelho. *Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>. Acesso em: 4 jul. 2011. p. 3.

Ao estudar o objeto do *Musterverfahren*, Cristiana Hamdar Ribeiro explicita sua característica de processo de cognição sequenciada nos seguintes termos:

O Tribunal Superior (Corte de Apelação) decidirá apenas as questões relativas à existência, ou não, de informação falsa, enganadora ou omitida, ou mesmo sobre a responsabilidade nos contratos de aquisição de ações, e não se o investidor faz jus, efetivamente, à indenização ou não. Esta análise será feita, de forma individual, pelos tribunais originários de cada causa, nos quais deverá ser provado pela parte reclamante o dano sofrido para que seja concedida a indenização pleiteada.”¹⁵

No mesmo sentido, Renato Xavier da Silveira Rosa assevera que:

Uma vez definida a decisão-modelo, cada magistrado de primeiro grau deve julgar individualmente cada uma das ações, obedecendo à eficácia da decisão-modelo, julgando apenas as demais questões do caso concreto submetido à jurisdição por meio da demanda individual. Assim, ainda que haja mais questões a serem decididas, as questões centrais, a tese jurídica em si, já foi decidida, e de maneira uniforme para todos os processos individuais.¹⁶

No modelo de procedimento-padrão brasileiro também haverá uma cisão da atividade cognitiva, uma vez que o objeto de cognição do incidente de resolução de demandas repetitivas será apenas a definição da tese jurídica central e comum à totalidade das ações repetitivas.

Todavia, o Projeto do novo Código de Processo Civil, ao contrário do sistema alemão, não previu a possibilidade de que questões fáticas submetam-se ao rito de julgamento delineado pelo incidente, o qual terá por objeto tão-somente questões de direito capazes de causar grave insegurança jurídica, conforme disposto no *caput* do art. 930.¹⁷

¹⁵ RIBEIRO, Cristiana Hamdar. *A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V, p. 626.

¹⁶ *Op. Cit.* p. 17.

¹⁷ Daí surge o risco da já citada “quebra da necessária correlação entre fato e direito no juízo cognitivo”, com a conseqüente “abstração excessiva das questões jurídicas”. Lenio Streck já manifestava preocupação com tal fenômeno à época das discussões que precederam a inserção em nosso sistema das súmulas vinculantes: “O precedente, para ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que gerou o aludido precedente. Além disto, o próprio precedente deverá ser examinado no contexto da posição (atual) que o Tribunal tem sobre a referida matéria. Numa palavra: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de

A despeito desta diferença, que certamente não compromete a identidade de escopos precípuos dos incidentes alemão e brasileiro, defende-se o posicionamento de que ambos os procedimentos revestem-se da característica de verdadeiros processos objetivos.¹⁸

Com efeito, o objeto das ações-teste é a definição das questões comuns à totalidade de ações repetitivas, as quais se revestem de interesse coletivo justamente em razão do amplo espectro de pessoas e situações jurídicas que atingem. Tal modalidade de julgamento vinculará as instâncias inferiores apenas quanto à definição de tais questões, resguardando a liberdade dos juízes quanto ao julgamento dos demais aspectos periféricos e eventuais peculiaridades das ações individuais seriadas.¹⁹

Neste sentido, pode-se sustentar que o procedimento-modelo alemão, assim como o incidente delineado no Projeto de novo CPC, possui natureza de processo objetivo, uma vez que ambos têm por escopo não a resolução da lide individual na qual surgem, mas sim a elaboração de uma “decisão-quadro” para as questões comuns que dão origem à multiplicidade de demandas repetitivas.

O terceiro e último parágrafo da Primeira Seção trata das hipóteses em que o requerimento de instauração do procedimento-modelo deverá ser inadmitido. São elas: a) a decisão judicial sobre a ação individual na qual o requerimento de instauração do procedimento-modelo é formulado já está próxima, pronta para ser proferida; b) a solicitação de instauração do procedimento-modelo é feita com o propósito de protelar a ação individual; c) as evidências descritas (provas) são inapropriadas para a instauração do procedimento; d) as razões do requerente não justificam a instauração do procedimento e e) a questão legal suscitada não parece carecer de esclarecimento.

cariz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas as universalidades de cada “caso” jurídico, a partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular...! Isto significa chamar a atenção da comunidade jurídica para o fato de que a instituição das súmulas vinculantes é (também e fundamentalmente) um problema filosófico (hermenêutico). STRECK, Lenio Luiz. O Fahrenheit Sumular do Brasil: O Controle Panóptico da Justiça, p. 4. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40>. Acesso em 02.08.2011.

¹⁸ Veja-se, neste sentido, o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha por ocasião da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à possibilidade de desistência de recurso especial escolhido como paradigma nos termos do artigo 543-B do CPC, “quando se seleciona um dos recursos para julgamento, instaura-se um novo procedimento. Tal procedimento incidental é instaurado por provocação oficial e não se confunde com o procedimento principal recursal. Este último procedimento tem uma feição coletiva, não devendo ser objeto de desistência, da mesma forma que não se admite a desistência em ações coletivas (Ação Civil Pública e Ação Direta de Inconstitucionalidade). O objeto desse incidente é a fixação de uma tese jurídica geral, semelhante ao de um processo coletivo em que se discutam direitos individuais homogêneos. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 9. ed. Bahia: Editora JusPodium, p. 321.

¹⁹ Neste sentido, NUNES, Ob. Cit. p. 4 e ss.

O dispositivo prevê, ainda, que o juízo de admissibilidade do requerimento de instauração do *Musterverfahren* emanará da Corte competente para o julgamento da ação individual na qual aquele fora formulado, ou seja, tal competência foi confiada ao juízo *a quo*.

Verifica-se que, quanto a este aspecto, o legislador nacional optou por solução oposta, e a nosso ver mais adequada, ao atribuir a competência para a realização do juízo de admissibilidade ao órgão *ad quem*, nos termos da regra contida no artigo 933 do Projeto.²⁰

Nota-se também que o modelo alemão instituiu um sistema vinculado de inadmissibilidade de seu procedimento-padrão, ou seja, verificada a ocorrência de uma das hipóteses descritas acima, restará à Corte negar o pedido.

Tal sistemática não foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, uma vez que, da leitura do parágrafo primeiro de seu artigo 933, infere-se que a admissibilidade do nosso futuro procedimento-modelo não se encontra estritamente condicionada ao implemento de determinadas condições previstas em lei.

Em outras palavras, o Projeto de novo CPC não previu um rol taxativo de hipóteses que, uma vez constatadas, conduzem necessariamente à inadmissibilidade do requerimento de instauração do procedimento-padrão. Ainda que o artigo 930 faça menção à “*controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes*”, é certo que o seu parágrafo primeiro, ao tratar do juízo de admissibilidade do incidente, estabeleceu que, além de considerar a presença daqueles requisitos, aos tribunais foi atribuída a *conveniência* da instauração do procedimento-padrão.

Em suma, pode-se concluir que, no sistema alemão, o juízo de admissibilidade do procedimento-modelo possui natureza vinculada, ao passo que na legislação brasileira projetada, ainda que haja um norte para um juízo positivo de admissibilidade, tal decisão situa-se no âmbito da discricionariedade dos tribunais.²¹

²⁰ Ressalte-se que, ainda que a iniciativa de instauração parta de um juiz ou desembargador relator, nos termos da previsão contida no artigo 930, parágrafo 1º, inciso I do PL n.º 8.046/10, tal ato consiste em mera solicitação, consubstanciada em ofício (e não *de ofício*), estando sujeita à análise do tribunal.

²¹ Neste sentido, Arthur Mendes Lobo sustenta que se trata de decisão política a cargo dos tribunais. Manifestamos concordância com tal entendimento, uma vez que parece nítido que a intenção do legislador foi a de justamente atribuir esta discricionariedade ao Poder Judiciário. LOBO, Arthur Mendes. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Revista de Processo, n. 185, jul/2010, p. 238.

Prosseguindo na análise da *KapMuG*, passa-se à sua Segunda Seção, a qual dispõe sobre o registro público dos procedimentos-modelo.

A Lei alemã estabelece que, uma vez admitida a instauração do *Musterverfahren* pela Corte competente para o julgamento da ação na qual aquele fora suscitado, caberá àquela realizar anúncio público de sua decisão na Gazeta Federal eletrônica.

Disciplina semelhante foi estabelecida no Projeto de novo Código de Processo Civil, uma vez que seu artigo 931 prevê que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos de ampla publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

A Lei alemã dispõe sobre o registro de requerimentos de instauração de procedimentos-modelo que se refiram à mesma matéria, asseverando que, nestes casos, eles serão listados em ordem cronológica de acordo com a data de seus anúncios públicos. A *KapMuG* prevê, entretanto, que solicitações para a instauração do procedimento-padrão não deverão mais ser anunciadas no registro público se as condições para a admissão do procedimento descritas na Seção 4 (1) já forem conhecidas.

Nosso Projeto de novo Código de Processo Civil não disciplina tais casos. Parece que, ao menos no que concerne ao registro de incidentes relativos à matéria idêntica, deveria ter sido previsto seu agrupamento e listagem em ordem cronológica, a fim de que, em se tratando de matéria de repercussão nacional, pudesse haver o deslocamento da competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para o Superior Tribunal de Justiça,²² ou ao menos a ciência prévia por parte dos tribunais de segunda instância da instauração do procedimento-modelo em corte de jurisdição diversa.

A Quarta Seção da *KapMuG* estabelece que o juízo no qual tramita a ação individual em que fora suscitado o requerimento de instauração do procedimento-modelo submeterá a questão à corte de instância imediatamente superior, evidentemente se o juízo de admissibilidade for positivo, e desde que atendidos outros dois requisitos legais: a) o primeiro requerimento de instauração do procedimento-modelo deve ter sido formulado perante aquele juízo e b) ao menos em outros nove processos semelhantes tenham sido formuladas, no mesmo juízo ou em outros, solicitações de instauração do procedimento-padrão dentro do período de quatro meses, contados a partir da data de publicação no registro eletrônico do primeiro requerimento.

²² Tal solução, embora pudesse conferir um efeito uniformizador da jurisprudência ainda mais amplo ao incidente de resolução de demandas repetitivas, reclamaria, a princípio, a edição de emenda à Constituição da República, uma vez que o rol taxativo de competências do Superior Tribunal de Justiça constante do artigo 105 não contempla esta atribuição.

Uma vez supridas tais exigências, o juízo *a quo* encaminhará a(s) questão(ões) coletiva(s) à corte superior. Tal remessa, que a nosso sentir reveste-se da natureza de decisão de admissibilidade do procedimento-padrão, não se sujeita a qualquer tipo de recurso e possui efeito vinculante em relação ao órgão *ad quem*. Em outras palavras, desde que atendidos os requisitos dispostos na Quarta Seção, o tribunal não poderá se furtar ao julgamento das questões de interesse coletivo.²³

Relevante destacar que tais questões de interesse coletivo, que constituem justamente o mérito do *Musterverfahren*, são delineadas pelo juízo de origem e não pelo tribunal que efetivamente o julgará.²⁴ Com efeito, o item n.º 2 da Quarta Seção confere ao juízo *a quo* o poder-dever de descrever o objetivo do procedimento-modelo, com todos os pontos controvertidos relevantes para decisão coletiva, as provas a serem produzidas e um resumo dos direitos reclamados e os correspondentes argumentos em sentido contrário apresentados pela parte ré.

A lei prevê a possibilidade de que, para garantir segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos (nos *Ländern*, Estados-membros), possa a matéria ser atribuída ao julgamento de um tribunal superior, admitindo ainda que, por acordo ou convênio entre os governos estaduais, possa ser a decisão submetida a um determinado e específico tribunal.²⁵ Ao comentar este dispositivo, Renato Xavier da Silveira Rosa sustenta, a nosso ver com total propriedade, que:

Se o procedimento for afeto a várias cortes de segundo grau, o julgamento do procedimento-modelo será feito pelo tribunal superior, impondo então a todo o território alemão a decisão, o que tem o condão de com melhor eficiência adjudicar questões que envolvam todo o território do país, efetivamente uniformizando a jurisprudência dos tribunais, sobre as mesmas questões de fato ou de direito.²⁶

A Quinta Seção, que encerra a Primeira Parte da *KapMuG*, dispõe sobre os efeitos preclusivos operados pelo juízo de admissibilidade positivo do *Musterverfahren*.

²³ Reforça-se aqui o caráter vinculante da instauração do procedimento alemão. Parece-nos, todavia, que tal disposição se coaduna perfeitamente com o sistema proposto. Vale dizer: uma vez delineados requisitos rígidos, sem os quais não se permite a instauração do incidente, parece razoável não franquear ao tribunal a discricionariedade sobre o julgamento de questões de relevância coletiva fortemente demonstrada.

²⁴ Neste sentido, CABRAL, *Op. Cit.* p. 135.

²⁵ CABRAL, *Op. Cit.* p. 135.

²⁶ ROSA, *Op. Cit.* p. 16.

Após a constatação da presença dos requisitos elencados na seção precedente e da consequente remessa do procedimento à instância superior, veda-se a instauração de um novo procedimento, que seria suspenso em razão da identidade de objetos, conforme a regra disposta na Sétima Seção.

Não existe previsão similar para o incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de Novo CPC. Com efeito, dispõe o artigo 934 que, uma vez admitido o incidente, “o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição”.

Tal previsão não impede, todavia, a coexistência de dois ou mais procedimentos-modelo com idêntico objeto tramitando em tribunais diversos, hipótese que possibilitará o indesejável efeito de fixação de teses jurídicas antagônicas acerca de questões de direito que transcendam os limites territoriais do órgão jurisdicional.

Com o nítido objetivo de mitigar tais efeitos indesejáveis e que acabariam por comprometer um dos principais escopos do instituto, qual seja, a uniformização da jurisprudência, criaram-se regras facilitadoras da subida das questões de repercussão nacional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (artigos 937 *caput*, 938 parágrafo único e 940).

Ainda que rendamos homenagens a tais regras, consideramos que teria sido preferível a adoção do modelo alemão quanto a este ponto. Assim, uma vez constatada a discussão acerca de questão jurídica com o potencial de gerar grave insegurança jurídica e decisões conflitantes em todo o território nacional,²⁷ reiteramos o entendimento exposto linhas acima, no sentido de que a competência para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas nestes casos deveria ter sido atribuída desde logo ao Superior Tribunal de Justiça.

A Sexta Seção inaugura a Segunda Parte da Lei, relativa aos procedimentos aplicáveis ao *Musterverfahren*, ao trazer a disciplina dos procedimentos do registro público do procedimento-modelo.

A Sétima Seção, por sua vez, estabelece que, após o registro público da instauração do procedimento-modelo por parte do tribunal, serão suspensos *ex officio* pelas instâncias inferiores todos os processos pendentes ou quaisquer processos ajuizados anteriormente à instauração do procedimento-modelo cujas decisões ou questões jurídicas a serem resolvidas dependam da decisão a ser proferida naquele procedimento-padrão pelo tribunal.

²⁷ Tal como a hipótese de discussão acerca da legalidade de determinado tributo federal ou sobre a forma de cálculo de determinada gratificação a servidores públicos federais.

A suspensão será aplicada às ações de objeto idêntico que tenham sido ajuizadas antes da instauração do procedimento-modelo, independentemente da existência de requerimento neste sentido. Em outras palavras, serão suspensas mesmo as ações individuais nas quais não tenha havido requerimento de instauração de procedimento-padrão.

Por fim, a *KapMuG* dispõe, nesta Seção, que a decisão de suspensão destas ações não se submete a nenhum tipo de recurso.

Existe disposição semelhante no Projeto de novo CPC, qual seja, o artigo 943, que prevê a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição pelo presidente do tribunal que admitir o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A Oitava Seção da *KapMug* traz o regramento acerca das partes do procedimento-modelo, mediante a escolha (irrecorrível) de um autor “modelo” e de um réu “modelo”.²⁸ Antonio do Passo Cabral preleciona que tais “líderes”, denominados, respectivamente de *Musterkläger* e *Musterbeklagte*, serão os interlocutores diretos dos vários autores e réus com a corte. Prossegue sustentando que:

Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um “porta-voz”. Estes são uma espécie de “parte principal”: são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial.²⁹

Constata-se que a Comissão de Juristas designada para a elaboração do Anteprojeto de novo CPC não encampou nem mesmo uma singela influência do modelo alemão neste ponto.

Aliás, nem deveria tê-lo feito, já que o nosso modelo projetado para o incidente de resolução de demandas repetitivas contempla a já mencionada cisão da cognição judicial, mediante a atribuição de competência aos tribunais para o julgamento das questões de direito comuns às demandas isomórficas, com a posterior restituição de tais

²⁸ Quanto à irrecorribilidade da decisão que elege as partes-líderes ou modelo, veja-se uma vez mais HESS In “Relatório nacional da Alemanha”: “*This selection of the master plaintiff is based on the discretion of the appellate court.*” *Op. Cit.* p. 143.

²⁹ CABRAL, *Op. Cit.* p. 137.

ações ao juízo inferior, ao qual competirá julgar o processo levando em consideração todos os seus aspectos fáticos e eventuais questões de direito periféricas, sem poder se afastar, todavia, da observância da tese jurídica relativa à questão jurídica central firmada no procedimento-modelo.

Ainda que o sistema do procedimento-modelo alemão também se caracterize por esta técnica de cisão da cognição judicial, tal fenômeno se passa de maneira diversa, já que são submetidas ao julgamento do tribunal não apenas questões jurídicas, mas também os aspectos fáticos que possam influir no desfecho de todas as ações repetitivas, conforme já visto por ocasião da análise do objeto do *Musterverfahren*.

Esta distinção fundamental quanto à extensão do objeto dos dois modelos parece deixar fora de dúvida que a adoção do sistema alemão de partes “modelo” ou “líderes” revelar-se-ia, a nosso sentir, desnecessária e mesmo incompatível com os limites mais estreitos que o Projeto do novo CPC conferiu ao instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Isto porque, ao se limitar à definição da tese jurídica aplicável às demandas isomórficas, o incidente brasileiro relega aos juízes de primeira instância e também às partes destas ações um maior campo de discussão, uma vez que todos os seus aspectos fáticos poderão, ao menos em tese,³⁰ constituir objeto de debate e contraditório irrestrito.

Deste modo, salvaguardado o direito ao contraditório quanto a todos os aspectos do processo que não se refiram especificamente à tese jurídica central definida pelo julgamento do incidente, não vislumbramos a necessidade de encampação do sistema de eleição de partes-líderes, tal como prevista no direito alemão.

Provavelmente tal cautela por parte do legislador alemão deve-se ao fato do procedimento-modelo daquele país possuir objeto mais amplo, com a consequente redução do âmbito de decisão por parte das instâncias inferiores após o julgamento do *Musterverfahren*.

No que concerne à Nona Seção, que trata das regras gerais de procedimento, cumpre destacar algumas peculiaridades interessantes e que até o momento do fechamento deste trabalho não foram cogitadas pelo legislador para o nosso procedimento-modelo.

A primeira delas refere-se à obrigatoriedade de transcurso de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do *Musterverfahren* e a data da audiência para seu julgamento.

³⁰ Ressalva-se aqui, uma vez mais, a dificuldade de separação das questões fáticas das jurídicas, apontada por Lenio Luiz Streck.

Tal cautela parece de todo recomendável, já que o julgamento do procedimento-modelo repercutirá no desfecho de um expressivo número de ações idênticas.

Ao assegurar este considerável lapso temporal entre a divulgação da instauração do procedimento e a audiência de julgamento assegura-se a sua publicidade, e, por via de consequência, cria-se um cenário propício ao amadurecimento do debate entre todas as partes e interessados no deslinde daquelas questões comuns.

Do mesmo modo, tal regra possui o condão de viabilizar a previsibilidade da decisão, já que as circunstâncias favoráveis ao amplo debate reduzem drasticamente a possibilidade de prolação das indesejáveis decisões-supresa.

Apesar da obrigatoriedade de observância deste lapso temporal não assegurar, por si só, o respeito ao princípio do contraditório, não se pode desconsiderar que a garantia de um período mínimo de quatro semanas entre o registro público do procedimento e a audiência de julgamento contribui para que as partes possam influir eficazmente na decisão judicial que será proferida, ou seja, a fixação de tal prazo concorre para a efetivação do contraditório participativo.³¹

Por tais razões, entende-se que o legislador pátrio deveria cogitar a possibilidade de adoção de dispositivo semelhante na regulamentação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Ainda que se refute tal sugestão com base no ideal de celeridade processual positivado na Constituição da República e ambicionado pelo Projeto de novo CPC, não se pode perder de vista o fato de que o julgamento pelo procedimento-padrão de questões comuns a ações repetitivas, pela sua própria essência e razão de existir, deve pressupor o maior amadurecimento possível, visto que eventuais erros ou equívocos em seu julgamento terão o perigoso efeito de gerar uma enxurrada de novas ações ou impugnações.

Ainda quanto a esta Seção, é digna de nota a previsão de utilização da forma eletrônica do procedimento-padrão.

Tudo leva a crer que, uma vez em vigor, nosso incidente de resolução de demandas repetitivas também tramitará por meio eletrônico. Contudo, o Projeto de Novo CPC não traz nenhuma disposição neste sentido, o que, a nosso sentir, poderia ser

³¹ Leonado Greco ensina que contraditório “*é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões.*” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450.

repensado, a fim de evitar a utilização de mecanismos de tramitação totalmente díspares entre os diversos tribunais estaduais e federais.³²

Outra relevante distinção entre o incidente constante do Projeto de novo CPC e o procedimento-modelo alemão é que, neste último, admite-se a ampliação de seu objeto por iniciativa das partes na fase de preparação para a audiência.

Com efeito, estabelece a Décima Seção que, no procedimento de preparação para a audiência, o juiz poderá instruir as partes interessadas citadas para a audiência a submeter pedidos adicionais às postulações escritas formuladas pelo autor-modelo ou pelo réu-modelo.³³ Poderá ainda o juiz fixar um prazo limite para o esclarecimento de certos pontos em disputa que requeiram melhor elucidação.

Tais pedidos de acréscimo do objeto feitos pelas partes interessadas deverão ser submetidos ao conhecimento do autor e do réu escolhidos como líderes. Todavia, tais postulações não serão disponibilizadas para conhecimento das demais partes interessadas citadas.

Ainda quanto às demais partes interessadas citadas, mesmo as petições escritas do autor e do réu-modelo somente serão disponibilizadas para conhecimento se elas tiverem postulado por escrito neste sentido à corte competente.

A Décima Primeira Seção dispõe sobre os efeitos da desistência do pedido de instauração do procedimento-modelo por parte do autor ou do réu escolhido como modelo.

A *KapMuG* estabeleceu, em primeiro lugar, que esta desistência não altera, por si só, o status do autor-líder ou do réu-líder.

O parágrafo segundo desta Seção dispõe que, se o autor-líder desiste de seu requerimento durante o curso do procedimento-modelo, o tribunal deve designar um novo autor-líder. O mesmo se aplicará nos casos de início de procedimento para aferição de sua insolvência, sua morte ou perda de sua capacidade para demandar ou ser demandado.

³² Hoje não existe nenhuma regulamentação legal sobre a padronização de sistemas entre os 27 tribunais de justiça, 5 tribunais regionais federais, 24 tribunais da justiça do trabalho e tribunais superiores. Tal quadro prejudica os jurisdicionados e advogados, consistindo em mais um motivo de descontentamento da sociedade com o Poder Judiciário.

³³ Registre-se que tal prerrogativa dos intervenientes é criticada por parte da doutrina, porque poderia permitir uma demora excessiva no processo. CABRAL, *Op. Cit.* p. 136.

Por fim, consta a previsão de que a desistência do requerimento de instauração do procedimento-modelo formulado pelas partes interessadas citadas não produz qualquer efeito em relação ao regular processamento do *Musterverfahren*.

A Décima Segunda Seção versa sobre a posição legal das partes interessadas citadas para o procedimento-padrão.

De acordo com a regra disposta nesta Seção, a parte interessada deve ingressar no procedimento-modelo no estágio em que este se encontra no momento em que é citada. A parte será chamada a avaliar seu interesse em oferecer defesa ou submeter todos os atos processuais que considerar relevantes ao julgamento.

Importante destacar que as suas declarações e ações não poderão se contrapor à linha de atuação de sua respectiva parte principal, ou seja, o autor-modelo, se a parte for citada para ingressar no processo no pólo passivo, ou o réu-modelo, se pretender ingressar no pólo passivo.

Conforme asseverado por Antonio do Passo Cabral, a Lei alemã possibilita uma participação efetiva dos interessados, os quais poderão inclusive utilizar meios de ataque e defesa,³⁴ desde que não se verifique a contraposição acima descrita.

O processualista consigna, neste ponto, a crítica que vem sendo feita ao legislador alemão, uma vez que este tratou a participação dos interessados por intermédio da *Beiladung*, que consistiria numa curiosa modalidade interventiva, às vezes assemelhada às intervenções de terceiros, outras similar ao litisconsórcio, que é prevista em alguns procedimentos especiais do Código de Processo Civil alemão, mas sem qualquer tratamento uniforme.³⁵

A Décima Terceira Seção trata da ampliação do objeto do procedimento-padrão. Consta a previsão de que os autores-líderes, os réus-líderes, bem como as demais partes interessadas citadas podem procurar o estabelecimento de pontos adicionais de disputa para definição pelo procedimento-modelo, desde que a decisão sobre tais questões esteja relacionada ao objeto do *Musterverfahren*. Demais disso, exige-se que o juízo de primeira instância (a quem compete a decisão sobre a definição do objeto do procedimento, como já visto) considere relevante para o deslinde do caso o acréscimo de tais pontos de disputa.

Esta decisão proferida pelo juízo *a quo* acerca da ampliação do objeto do procedimento-modelo vincula o tribunal e não se sujeita a qualquer tipo de recurso.

³⁴ *Op. Cit.* p. 136.

³⁵ *Op. Cit.* p. 136.

A decisão do procedimento-modelo foi disciplinada pela Décima Quarta Seção, a qual estabelece que a mais alta corte regional a proferirá em audiência, com ciência ao autor e ao réu-modelo, sem que sejam nomeadas em sua ementa as partes interessadas citadas, as quais somente tomarão conhecimento do teor da decisão por notificação informal.

O parágrafo segundo desta Seção estabelece que a decisão sobre as custas referentes aos processos semelhantes que foram suspensos permanecem como de competência dos juízos de primeira instância nos quais aqueles procedimentos tramitavam antes do julgamento do *Musterverfahren*.

O terceiro e último parágrafo da Seção traz a regra segundo a qual a conclusão do procedimento-modelo por intermédio de acordo somente poderá ocorrer mediante a prévia aquiescência de todas as partes interessadas.

Tal dispositivo ressalta a opção do legislador alemão em considerar todos os interessados no deslinde da questão de interesse coletivo como verdadeiras partes. Isto porque, apesar destes formalmente ocuparem a posição de meros terceiros em relação ao julgamento de algumas demandas individuais nas quais se admitiu a instauração do procedimento-modelo, despontam como verdadeiras partes para fins de resolução do litígio dotado de repercussão coletiva por intermédio de acordo.

Esta característica do *Musterverfahren* certamente confere uma nota garantística ao instituto, revelando-se coerente com a tradição da doutrina tedesca em repudiar a representação processual extraordinária, a qual se manifestaria de forma inequívoca caso a *KapMuG* tivesse atribuído o poder de realizar acordos ao autor ou ao réu escolhidos como modelos.³⁶

A Décima Quinta Seção traz a regulamentação acerca dos recursos contra a decisão que julga o *Musterverfahren*.

Frise-se, desde já, que tais recursos somente poderão versar sobre questões de direito. Ainda assim, a lei condiciona a admissibilidade do apelo à verificação de

³⁶ No sentido do texto, confira-se Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario: “*Esse é um dos aspectos que diferencia o Musterverfahren das class actions, pois, nestas, o legitimado coletivo assume uma proeminência absoluta, não deixando nenhum espaço de atuação aos substituídos, o que não ocorre no procedimento ora examinado.*” BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)/Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 474.*

importância fundamental dentro do escopo descrito no *ZPO* (Código de Processo Civil alemão).³⁷

Desde que atendidas tais condições, todas as partes serão consideradas legitimadas para a interposição de recurso. A lei também admite a adesão a recursos propostos por outras partes.

Para viabilizar tal prerrogativa, a Corte de Apelação notificará as partes interessadas citadas para o procedimento-modelo do recebimento de recurso, desde que este seja admissível de *per se* e interposto conforme a forma prescrita em lei e dentro do prazo permitido.

O parágrafo terceiro desta Seção dispõe que, se o autor-modelo interpuser recurso contra a decisão do *Musterverfahren*, ele deverá continuar a figurar no procedimento-modelo nesta posição destacada, desta feita designado como apelante-modelo. Se, todavia, ele desistir de seu recurso, a Corte de Apelação deverá designar um novo apelante-modelo dentre as partes interessadas que tenham intervindo naquele apelo, a menos que estas também tenham desistido do recurso.

Se o recurso acerca de pontos de direito decididos no procedimento-modelo não for interposto pelo autor-líder, mas por uma ou algumas das partes citadas para o procedimento, então esta ou a primeira que interpuser o apelo deverá ser designada como apelante-modelo pela Corte de Apelação.

Por fim, se o réu-líder interpuser um recurso a respeito da decisão proferida no *Musterverfahren*, a prerrogativa de oponente-líder recairá sobre a pessoa que havia sido indicada pelo tribunal como autor-modelo.

A Décima Sexta Seção inaugura a Terceira e última parte da *KapMuG*, a qual se ocupa dos efeitos da decisão proferida no procedimento-modelo e seus custos.

Quanto ao primeiro e importantíssimo tema, tal Seção estabelece que a decisão proferida no *Musterverfahren* vinculará os juízos de instância inferior cujas decisões dependam da fixação da tese ou da resolução das questões legais enfrentadas no procedimento-padrão.

Cabe ressaltar que, ao contrário do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil, que, ao que tudo indica, será dotado de efeitos prospectivos, isto é, afetará as decisões que serão

³⁷ Antonio do Passo Cabral considera, a nosso sentir com razão, que a exigência de tais requisitos específicos confere a este recurso a característica da fundamentação vinculada, tal qual ocorre como a exigência de demonstração de repercussão geral em nosso recurso extraordinário. *Op. Cit.* p. 142.

proferidas em ações individuais em curso e também nas que lhe forem posteriores,³⁸ no procedimento-modelo alemão o julgamento das questões comuns afetará tão somente as ações individuais propostas até a decisão de mérito, sem interferir nos processos futuros, conforme se infere do parágrafo primeiro desta Seção da *KapMuG*.

Somos da opinião de que o legislador pátrio andou bem neste ponto, visto que a adoção do sistema alemão neste particular esvaziaria quase que por completo o escopo de racionalização da justiça perseguido pelo novo instituto. Nas palavras de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario:

Não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado.³⁹

A decisão adotada no procedimento-modelo produzirá efeitos a favor ou contra todas as partes interessadas citadas, independentemente destas terem expressamente discutido todos os pontos de disputa ou de terem intervindo em eventual recurso.

Esta regra também será aplicada nos casos onde as partes interessadas tenham desistido de suas pretensões em seus processos individuais, uma vez que tais procedimentos poderão ser reiniciados pela parte que ocupou o pólo oposto do procedimento-modelo após a submissão da decisão final e vinculante proferida no *Musterverfahren*.

Resta claro que a lei alemã buscou evitar uma “fuga” dos efeitos vinculantes desfavoráveis da decisão exarada no procedimento-modelo por intermédio do artifício da desistência das ações individuais nas hipóteses em que seria possível aos seus autores vislumbrar previamente uma grande probabilidade de decisão contrária aos seus interesses no julgamento do processo-piloto.

Em suma, pode-se afirmar que a decisão proferida no procedimento-modelo alemão acerca das questões fáticas ou jurídicas de repercussão coletiva sempre

³⁸ Neste sentido, vide Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario: “*Portanto, ao que parece, a decisão do incidente almeja projetar-se para o futuro, o que permite a equiparação da decisão do incidente a um verdadeiro precedente vinculante.*” BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Op. Cit.* p. 480.

³⁹ *Idem.* p. 480.

vinculará os autores individuais de ações que estejam em curso naquele momento e que cujo mérito verse sobre tais controvérsias dotadas de interesse transindividual.

Ressalvada a limitação de alcance dos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren* às ações individuais já em curso no momento daquele julgamento, vale lembrar que a *KapMuG* não fez qualquer ressalva a este efeito vinculante, seja quanto a eventuais efeitos desfavoráveis gerados pela decisão proferida no incidente (conforme se passa no sistema brasileiro de extensão dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, ou seja, *secundum eventum litis*), ou a eventuais falhas ou mesmo conluíus entre autor e réu na instrução probatória (motivos que servem de alicerce à limitação da extensão de efeitos subjetivos da decisão pelo sistema *secundum eventum probationis*). De igual modo, o ordenamento alemão não estabeleceu a possibilidade de exclusão voluntária e prévia do grupo, tal como ocorre nos sistemas que preveem a possibilidade de exclusão (*opt-out*).⁴⁰

Diante da constatação de que no modelo alemão inexistia a possibilidade de não se sujeitar aos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren*, consideramos relevante esclarecer que a opção de inclusão (*opt-in*) conferida a cada autor para participar do incidente, mencionada no “Relatório nacional da Alemanha” e comentada por Ada Pellegrini Grinover e Eurico Ferraresi⁴¹ não guarda nenhuma relação com o modelo de vinculação *opt-in* relativo às ações coletivas.

Com efeito, o sistema de vinculação *opt-in*, assim como o *opt-out*, bem como os modelos de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, mencionados linhas acima, consistem em mecanismos de grande utilidade prática na regulamentação das ações coletivas, as quais se regem pela lógica da representação processual extraordinária por um único ente, onde todos os membros do grupo, que são os verdadeiros titulares dos direitos materiais em jogo, são por aquele substituídos, e, portanto, não participam do processo, não podendo ser considerados como partes formais.

A lógica das ações-teste, entretanto, é inteiramente diversa. Não há de se cogitar em um sistema de inclusão pela simples razão de o indigitado titular do direito material individual (ainda que seja dotado de interesse coletivo em razão do universo de pessoas afetadas) já ter ajuizado a sua ação.

Ante o exposto, pensamos que a expressão *opt-in*, utilizada pelo responsável pelo “Relatório nacional da Alemanha” não remete, a nosso ver, ao citado sistema de vinculação à coisa julgada adotado por alguns ordenamentos que se utilizam de ações representativas. Ao contrário, acreditamos que tenha sido empregada no sentido de que

⁴⁰ Neste sentido, confira-se ROSA, *Op. Cit.* p. 16-17.

⁴¹ FERRARESI, Eurico. *Op. Cit.* p. 67.

cabará a cada titular do direito material decidir pelo ajuizamento ou não de ação judicial individual, arcando com os ônus das respectivas custas processuais geradas pelo procedimento-modelo na proporção do valor de sua causa.⁴²

A Décima Sétima Seção trata da repartição dos custos do *Musterverfahren*, dispondo, em síntese, que tais ônus serão constituídos por parte dos valores já despendidos nos processos individuais de primeira instância e que o rateio das custas será determinado levando-se consideração os valores daquelas ações individuais.

As custas relativas ao procedimento recursal estão disciplinadas na Décima Nona Seção, a qual correlaciona o rateio das despesas ao êxito e à participação efetiva (inclusive por intermédio de recurso adesivo) das partes e intervenientes no apelo.⁴³

A Décima Oitava Seção aborda a violação dos requisitos para tratamento da questão de repercussão coletiva pela mais alta corte regional.

Tal Seção prevê que a sentença de um juízo de primeira instância que enfrente o mérito da questão não poderá ser contestada com base na alegação de que a mais alta corte regional não seria o juízo competente para proferir a decisão no procedimento-modelo, ou que os requisitos para o encaminhamento para a mais alta instância de um procedimento-padrão não tenham sido verificados.

A Vigésima - e última - Seção da *KapMuG* refere-se às regras de transição, dispondo que suas disposições continuarão a ser aplicadas aos processos nos quais tenha sido requerida a instauração de procedimento-modelo em data anterior à prevista para o término do prazo de cinco anos de sua vigência, ou seja, 1º de novembro de 2010.

Analisadas as disposições do *Musterverfahren*, cumpre apenas pontuar que, após o transcurso do prazo de cinco anos inicialmente previsto, além do primeiro ano de prorrogação, cuja previsão de término é o dia 1º de novembro de 2012, a doutrina alemã considera decepcionantes os reflexos de seus resultados práticos no funcionamento da máquina judiciária daquele país. Neste sentido, Rolf Stürner assevera que:

Até agora não há nenhum resultado visível que não tivesse sido igualmente alcançado sem essa lei por

⁴² HESS, “Compared to the United States’ class actions, the German master proceedings are distinctively different: The first and most important divergence in the German rules is that there will be no abstract class definition. Each plaintiff has to opt in by filing his claim with the court and sharing the costs of litigation.” *Op. Cit.* p. 144.

⁴³ CABRAL, *Op. Cit.* p. 143.

uma habilidosa e pragmática condução processual, mediante uma qualificada magistratura.⁴⁴

3. As ações-teste na Inglaterra: a *Group Litigation Order*

Diferentemente da tradição germânica, avessa às ações representativas, como já assinalado, a Inglaterra é apontada por considerável parte da doutrina como o berço dos litígios coletivos.⁴⁵

Na Inglaterra contemporânea, no entanto, além dos processos representativos, existem outros dois mecanismos processuais para tratar de litígios com múltiplas partes, a saber, o litígio consolidado, que consiste em procedimento simplificado e cabível em apenas alguns casos (que não guarda relação com o escopo deste trabalho e, portanto, não será analisado), e a *Group Litigation Order* – *GLO* (ordem para litígio em grupo), utilizada especificamente para as ações de massa e que, por tal razão, será objeto de estudo, especialmente no que concerne à possibilidade de estabelecimento de uma ou mais ações-teste em seu bojo.

As *GLO* - *Group Litigation Order* - são uma forma específica de reunião das partes (sem a utilização da ficção jurídica da representação processual), por meio de listagem de ações com registro em grupo,⁴⁶ a fim de racionalizar o julgamento de processos que versem sobre as mesmas questões de fato ou de direito.

Ressalte-se, desde já, que as Ordens para Litígio em Grupo (*GLO*) consistem hoje no principal instrumento do sistema inglês para o tratamento dos litígios com múltiplas partes.⁴⁷

A disciplina da *Group Litigation Order* consta das regras 19.10 a 19.15 da Seção III do Código de Processo Civil para a Inglaterra e País de Gales, bem como das normas da *Practice Direction 19B*, que as complementam.

A Regra 19.10 traz a definição do instituto, que consistiria em uma decisão judicial tomada sob a Regra 19.11, para prover a “administração do caso”, ou *case*

⁴⁴ STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 361.

⁴⁵ Vide, por todos, Stephen Yeazell, YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 38.

⁴⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*/ Neil Andrews; (orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista os Tribunais, 2009, p. 343.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 343.

*management*⁴⁸ de ações que tenham origem em questões comuns ou semelhantes de fato ou de direito. Tais questões comuns são chamadas de “*GLO issues*”.

A Regra 19.11 explicita as hipóteses de cabimento do procedimento-padrão inglês, dispondo, em seu parágrafo 1º, que a Corte pode admitir a GLO onde existam ou pareçam existir um expressivo número de ações que tenham por origem “*GLO issues*”.

O parágrafo 2º desta Regra estabelece os requisitos imprescindíveis à instauração do procedimento, a saber: a) a *Group Litigation Order* deverá contemplar instruções acerca do estabelecimento de um *group register* (registro em grupo), no qual as ações administradas sob este procedimento deverão ser incluídas; b) especificação das questões comuns (*GLO issues*) que identificarão as ações a serem administradas como um grupo sob o procedimento da *Group Litigation Order*; e c) especificação do juízo (*management court*) que irá administrar as ações no *group register*.

O parágrafo 3º da Regra 19.11 traz as circunstâncias que podem ser determinadas durante o procedimento da *GLO*.

Sua alínea “a” estabelece que, com relação às ações que dão ensejo ao surgimento de uma ou mais questões comuns, pode ocorrer uma das três hipóteses a seguir: a) seu encaminhamento à *management court*; b) sua manutenção no juízo de origem até nova decisão; e c) determinação de seu ingresso no *group register*.

Poderá ainda haver a determinação de que, a partir de determinada data, ações que dão origem a uma ou mais questões comuns (*GLO issues*) deverão ser iniciadas diretamente na *management court* e cadastradas no *group register* (alínea “b”).

⁴⁸ Diogo Assumpção Rezende de Almeida ensina que o *case management* “corresponde à idéia de que os juízes são responsáveis pela condução do procedimento, estabelecendo seu formato e duração e impulsionando-o em direção à solução da controvérsia. O princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição é respeitado, mas, uma vez provocado, o juiz passa a ter o poder-dever de levar adiante o processo.” Tal noção, comum entre nós, de ordenamento jurídico filiado à família da *civil law*, consiste em ruptura de paradigma para o direito inglês, que até o advento do Código de Processo Civil, no ano de 1999, regia-se pelo sistema adversarial, no qual o processo era conduzido quase que exclusivamente pelos advogados. ALMEIDA assevera que “A nova legislação processual mexeu com tradições enraizadas na cultura anglossaxã e promoveu uma revolução na justiça civil inglesa e galesa. A nova ideologia tem como principal alicerce o controle e a gestão dos processos pelos magistrados, retirando das mãos dos advogados o poder de administrar o tempo e a forma do ato processual.” Louvando-se nas lições de Neil Andrews, o processualista informa que o Relatório Woolf, documento que serviu de base para a grande reforma processual inglesa e galesa pretendeu que: “o novo sistema de *case management* fosse capaz de i) acelerar a justiça; ii) tornar o processo civil mais acessível para pessoas comuns e empresários; iii) simplificar a linguagem usada no processo; iv) promover acordos o quanto antes; e v) transformar o exercício da jurisdição mais eficiente e menos custoso, evitando gastos excessivos e desproporcionais.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *O case management inglês: um sistema maduro?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII, p. 288-300.

Quanto à possibilidade de início da ação já no tribunal competente, ainda que a nossa legislação projetada não tenha encampado tal regra, entendemos não existir grande diferença prática entre o incidente inglês e brasileiro neste ponto, uma vez que, conforme previsto no artigo 934 do Projeto de novo Código de Processo Civil, todas as ações individuais que versem sobre a questão jurídica objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas ficarão suspensas, aguardando a definição, pelo tribunal, da tese jurídica aplicável ao caso.

Por fim, a alínea “c” prevê que a corte responsável pela *Group Litigation Order* poderá determinar instruções para a publicidade do procedimento.

Antes de avançarmos na análise da Seção III do Código de Processo Civil inglês, cumpre consignar duas importantes peculiaridades da *GLO*, quanto à legitimidade para a sua instauração e seu juízo de admissibilidade.

No que concerne à primeira, a disposição prevista no quarto parágrafo da *Practice Direction 19B* contempla a possibilidade de instauração da *Group Litigation Order* de ofício pelo próprio Poder Judiciário.

Quanto à segunda peculiaridade, a qual provavelmente foi inserida na legislação inglesa como forma de controle de eventuais abusos no exercício da prerrogativa acima descrita, refere-se à fixação de uma espécie de dupla instância de admissibilidade do procedimento.

Neil Andrews explica que na Inglaterra vige um sistema de dois níveis de aprovação da ordem de litígio em grupo. Ou seja, nas hipóteses de decisão pela *GLO* de ofício pelos tribunais ou mesmo nos casos mais comuns de estabelecimento deste procedimento por provocação das partes, há a necessidade de ratificação desta decisão preliminar por um *senior judge*, conforme previsto no parágrafo 3.3 e seus incisos da *Practice Directon 19b*.⁴⁹

A Regra 19.12 aborda a questão dos efeitos da *Group Litigation Order*.

Seu parágrafo 1º determina que, nos casos em que um julgamento ou decisão são proferidos numa demanda incluída no *group register*, com relação a uma ou mais questões comuns, tal julgamento ou decisão será vinculante sobre as partes de todas as outras ações que se encontrem registradas no grupo no momento em que o julgamento é proferido ou que a decisão é exarada, a menos que a corte determine de modo contrário (regra da alínea “a”). Além disso, a corte poderá determinar que tal julgamento ou decisão também sejam vinculantes com relação às partes de qualquer demanda que seja incluída no *group register* em momento posterior (disposição da alínea “b”).

⁴⁹ *Op. Cit.* 345.

Constata-se, neste ponto, certa semelhança com o procedimento-modelo previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (artigo 938), com a extensão dos efeitos da tese jurídica aos demais casos que versem sobre a mesma questão de direito. A diferença é que, no instituto inglês, como regra, a decisão só é aplicada aos processos que se encontram previamente registrados no *group register*. A Corte poderá, todavia, conforme mencionado, estender os efeitos da decisão aos casos semelhantes posteriormente registrados. No Brasil, o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas não terá como requisito, para a extensão dos efeitos da tese jurídica nele decidida, o prévio registro de ações. Aqui, a aplicação da tese jurídica seria obrigatória para todas as demandas ajuizadas antes ou após a decisão proferida no incidente.⁵⁰

Tal limitação de efeitos justifica a filiação do procedimento-modelo inglês ao modelo *opt-in*. Ainda que tenhamos sustentado linhas acima que tal sistema de vinculação de decisões judiciais somente teria aplicação nas ações coletivas, admitimos a utilização do termo – ainda que por analogia – nas ações-teste inglesas. Explica-se: diante da possibilidade (a bem da verdade, da regra), de extensão dos efeitos da decisão proferida quanto às questões comuns apenas quanto aos autores ou réus de ações que tenham sido incluídas no *group register*, surge, aqui, certa semelhança com os sistemas de processos representativos de determinados ordenamentos jurídicos que disciplinam seus efeitos vinculantes pelo sistema de inclusão.⁵¹

Isto porque, ao não exercer seu direito de inclusão no grupo, o autor individual de uma demanda que também verse sobre as mesmas questões comuns discutidas na *GLO* não será afetado pelos efeitos da decisão proferida sob aquele procedimento.

O parágrafo 2º desta Regra prevê que qualquer parte que seja negativamente afetada pelo julgamento ou decisão que lhe alcance com efeito vinculante poderá pedir permissão para recorrer, a menos que se aplique a regra contida no parágrafo 3º.

A conjugação das regras dispostas nos parágrafos 1º e 2º deixa claro, portanto, que a decisão do tribunal quanto a uma questão comum vincula todos os membros do grupo, desde que esta lhes seja favorável.⁵²

Cabe aqui a ressalva feita por Neil Andrews no sentido de que:

⁵⁰ OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>, p. 8.

⁵¹ França, Itália, Suécia e Colômbia são exemplos de países cujos ordenamentos jurídicos adotam o sistema de vinculação *opt-in* quanto à extensão subjetiva dos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas.

⁵² Neste sentido, vide ANDREWS. *Op. Cit.*, p. 347.

Essa questão comum geralmente envolve questões de responsabilidade ou de determinada categoria de prejuízo. Daí em diante, entretanto, cada autor deve declarar que sofreu perdas pessoais. O direito inglês não permite indenização por danos sem que haja provas de perdas reais sofridas por autores individuais.⁵³

Nesta linha de raciocínio, vale afirmar que, tal como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas e o procedimento-modelo alemão, o desfecho desfavorável quanto ao julgamento das questões comuns numa *GLO* não significa, necessariamente, a derrota em processo individual que verse sobre aquele mesmo assunto, já que no julgamento da ação individual podem ser detectadas circunstâncias fáticas ou jurídicas peculiares que conduzam a uma decisão em sentido diverso.⁵⁴

Isto se dá em virtude da cisão da cognição judicial, que, conforme já sustentado neste trabalho, cria dois âmbitos distintos de julgamento, a saber, um coletivo, referente às questões comuns a todas as demandas repetitivas, e outro destinado à averiguação das peculiaridades de cada ação individualmente considerada.

Tal mecanismo confere o necessário equilíbrio às ações-teste, ao proporcionar a efetivação do princípio da efetividade da tutela jurisdicional por ocasião do julgamento das questões comuns, com a extensão dos efeitos desta decisão àqueles que se encontrem em situação semelhante, além de também assegurar as imprescindíveis garantias processuais individuais aos jurisdicionados, ao possibilitar que estes exerçam de forma irrestrita o contraditório e a ampla defesa no que concerne às questões jurídicas periféricas e eventuais peculiaridades fáticas de suas causas.

De volta à Regra 19.12, seu parágrafo 3º estabelece que a parte de uma ação que foi incluída no registro em grupo após o julgamento ou decisão que lhe produz efeito vinculante não poderá: a) requerer que o julgamento ou decisão sejam anulados, alterados ou mantidos; ou b) interpor recurso contra o julgamento ou decisão, podendo, todavia, solicitar à corte que tais determinações judiciais não lhe sejam vinculantes.

Forçoso reconhecer, portanto, três notas garantísticas do procedimento-modelo inglês: a) a faculdade de aderir ou não ao grupo, resguardando-se a possibilidade de não se submeter à eficácia vinculante da decisão nele proferida, caso o autor da demanda

⁵³ *Ibidem*, p. 347.

⁵⁴ Neste sentido, ROSSONI, Igor Bimkowski: “Contudo, importante ter presente que a vinculação às questões de fato ou de direito (*GLO issues*) é apenas em relação aos aspectos comuns tratados no *GLO* e constantes no registro. Isso não significa que o resultado do processo coletivo tenha, a priori, o mesmo desfecho do processo individual, pois decidida a questão comum, passa-se à individual.” O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a introdução do *Group Litigation* no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso? Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 18 ago. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em: 09 jul. 2011, p. 7.

individual opte pela segunda alternativa (filiação à sistemática *opt-in*, conforme já analisado); b) a possibilidade de, mesmo tendo manifestado interesse em integrar o grupo, escapar da incidência de efeitos desfavoráveis aos seus interesses, mediante a formulação de requerimento para interposição de recurso contra a decisão proferida no incidente; e c) mesmo nos casos em que a parte passa a integrar o grupo após o julgamento de questões que lhe produzem efeitos vinculantes desfavoráveis, existe a possibilidade de requerer à corte que tais determinações não lhe sejam vinculantes.

Cumprе consignar que, a nosso ver de forma acertada, nenhuma previsão semelhante foi adotada pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro.⁵⁵

De fato, como já afirmado, não se nega o caráter garantístico destas normas do direito inglês. Todavia, a “importação” de tais disposições para a disciplina do nosso incidente de resolução de demandas repetitivas comprometeria sobremaneira o seu escopo de promoção da celeridade processual tão almejado pela sociedade contemporânea e defendido com tanta veemência pela comissão de juristas que o idealizou.⁵⁶

O quarto e último parágrafo desta Regra dispõe que, a menos que a corte decida de modo diverso, a revelação de qualquer documento relacionado às questões comuns por uma parte de uma demanda registrada no grupo será considerada como revelação de

⁵⁵ Cumprе registrar que parte da doutrina manifesta-se em sentido diametralmente oposto. Confira-se, por todos, Daniel de Andrade Lévy, para quem a possibilidade de aderir voluntariamente ao grupo e, por via de consequência, de poder ou não se submeter à decisão proferida no incidente, assim como o poder de recorrer atribuído às partes que se sentirem prejudicadas no julgamento de uma ação-teste inglesa, denotam uma maior preocupação com o jurisdicionado por parte do legislador inglês, se comparado ao legislador pátrio: “*Vê-se aqui uma clara diferença de concepção do Anteprojeto, onde a tese jurídica decidida no incidente será aplicada “a todos os processos que versem idêntica questão de direito” (art. 938), ao contrário da GLO, em que os efeitos estendem-se apenas às causas registradas no grupo. Talvez se possa ver na regra do Anteprojeto uma preocupação antes com o desafogamento do Poder Judiciário e, em seguida, com as partes envolvidas, enquanto a regra da GLO transmite uma inquietação antes com os indivíduos inseridos no grupo e, após, com o bom funcionamento do judiciário.*” LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order britânica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 196, jul/2011, p. 193-194.

⁵⁶ O fundamento de tal assertiva repousa nas profundas diferenças sociais e econômicas verificadas entre os dois países, as quais acabam por refletir em diferenciados níveis de litigiosidade de suas populações. Com efeito, somente no primeiro semestre deste ano, o Superior Tribunal de Justiça julgou mais de 300 recursos repetitivos sob o rito do artigo 543-C do CPC, conforme notícia extraída do sítio do Superior Tribunal de Justiça em 25.07.2011 <<http://www.stj.jus.br>>. Ainda que se trate de instrumento processual diverso, parece inegável que o mecanismo processual de julgamento dos recursos especiais repetitivos possui natureza semelhante à do ainda projetado incidente de resolução de demandas repetitivas, podendo ser tomado de base, portanto, para uma estimativa da frequência de sua utilização, caso aprovado. Na Inglaterra, porém, as *Group Litigation Orders*, em vigor desde o ano de 2000, contam apenas com aproximadamente 70 casos formalmente instituídos, conforme informa Daniel de Andrade Lévy. *Op. Cit.* p. 185. Ante o exposto, não há como negar o abismo que separa as realidades judiciárias de Brasil e Reino Unido, razão pela qual entendemos como pertinentes e mesmo necessárias as sensíveis diferenças no regramento das ações-teste dos dois países.

tal documento a todas as partes integrantes de ações já registradas no grupo ou que sejam incluídas neste grupo em momento subsequente.

A Regra 19.13 trata do *case management*, ou seja, da administração da *Group Litigation Order* pela corte designada para tal mister, a qual poderá determinar as seguintes providências: a) alterar as questões comuns que serão decididas; b) eleger uma ou mais ações integrantes do *group register* para prosseguir como ações-teste; c) indicar o advogado de uma ou mais partes para ser o principal advogado dos autores ou réus; d) especificação dos detalhes que serão incluídos na descrição de um caso, a fim de demonstrar que o critério de inclusão de uma ação no *group register* tenha sido cumprido; e) especificação de uma data, depois da qual nenhuma ação será admitida no *group register*, a menos que a corte conceda permissão e f) para a admissão de qualquer ação particular, que enfrente uma ou mais das questões comuns no *group register*.

A Regra 19.14 trata da possibilidade de exclusão do registro público.

Seu parágrafo 1º estabelece que a parte de uma demanda incluída no *group register* pode requerer à corte que administra a *GLO* a exclusão de sua ação de tal registro.

O parágrafo 2º dispõe que, se a *management court* deferir o pedido de exclusão da ação do registro público, poderá dar orientações acerca do tratamento a ser conferido ao caso.

A Regra 19.15, última da Seção III do Código de Processo Civil inglês, trata especificamente das ações-teste que podem ser instauradas durante o procedimento da *Group Litigation Order*. Pela importância para o estudo ora empreendido, também serão comentadas as regras da *Practice Direction 19B* aplicáveis ao ponto.

Dispõe o primeiro parágrafo da Regra que, nos casos em que tenha sido expedida orientação para que uma ação do registro em grupo prossiga como uma ação teste e esta ação venha a ser extinta por acordo, a *management court* poderá ordenar que outra ação do registro em grupo a substitua como ação teste.

O parágrafo 2º, por sua vez, estabelece que, nos casos em que a ordem tenha sido exarada sob a regra do parágrafo anterior, qualquer decisão tomada na ação teste antes da data de sua substituição por outra será vinculante sobre a nova ação tomada como piloto, a menos que a corte decida de modo diverso.

A Regra 15 da *Practice Direction 19B*, ao dispor sobre o julgamento, assevera, em seu parágrafo primeiro que a *management court* pode expedir orientações tanto

quanto ao julgamento das questões comuns como quanto ao julgamento das questões individuais.

O segundo parágrafo traz a regra segundo a qual as questões comuns e as ações-teste serão normalmente julgadas pela *management court*. As questões individuais, todavia, poderão ser encaminhadas para julgamento em outras cortes cuja localização seja conveniente para as partes.

Aqui se manifesta, uma vez mais, a característica que, a nosso sentir consiste na nota típica das ações-teste e que as diferenciam tanto dos modelos processuais tipicamente individuais quanto das ações coletivas: a cisão da cognição judicial ou cognição judicial seguímentada.

De fato, tais dispositivos demonstram de forma inequívoca que, tal como ocorre nos procedimentos-modelo alemão e brasileiro, as *test claims* inglesas são igualmente regidas pela sistemática da repartição da cognição judicial entre o tribunal, a quem compete o julgamento das questões comuns, e outras instâncias julgadoras (normalmente de instância inferior), às quais cabe a análise das demais questões fáticas e jurídicas periféricas.⁵⁷

Por fim, cabe o registro do *Senior Master* Robert Turner quanto ao sucesso obtido pelo sistema da *Group Litigation Order*:

Em GLOs nas quais estive envolvido, conseguimos acordos ou chegamos a decisões em cerca de metade ou um terço do tempo que um litígio normal levaria. Em todos os casos, as partes saíram satisfeitas com os resultados. A quantidade de processos no tribunal foi drasticamente reduzida. Diversas pessoas, que de outra forma não conseguiriam indenização justa, obtiveram a compensação desejada, que nem mesmo tentariam obter não fosse o sistema GLO.”⁵⁸

4. Conclusão

⁵⁷ Neste sentido, confira-se MENDES: “Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista estas peculiaridades. (...) As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial (*management court*), que ficará prevento para, inclusive, efetuar, também o registro de pretensões individuais relacionadas com a *common question* ou com a *test claim*. Todavia, as questões individuais são normalmente julgadas por tribunais locais, levando em consideração a decisão coletiva ou o resultado da ação de ensaio e eventuais diretrizes formuladas pela *management court*.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4), p. 55-56.

⁵⁸ ANDREWS, Ob. Cit., p. 350.

Com o objetivo de atender às necessidades da sociedade contemporânea, Alemanha e Inglaterra desenvolveram mecanismos processuais próprios para o tratamento de pretensões que, apesar de individuais, revestem-se de interesse coletivo, por abarcarem expressivo número de interessados.

Tais pretensões dão ensejo à propositura de ações chamadas de repetitivas, “de massa”, isomórficas ou seriadas, e geralmente têm por fundamento um direito individual homogêneo surgido da multiplicidade de relações jurídicas idênticas ou semelhantes travadas entre o Estado e seus cidadãos, concessionárias de serviços públicos e usuários, grandes empresas e consumidores e etc.

Para enfrentar os reflexos desta nova realidade verificados na relação entre investidores do mercado de capitais e grandes empresas com ações em bolsa, a Alemanha acrescentou, no ano de 2005, a ação-teste denominada *Musterverfahren* ao seu sistema processual até então regido exclusivamente pelo modelo processual individual clássico.

Do mesmo modo, a Inglaterra, notoriamente filiada à *common law* e berço das *class actions*, também passou a adotar procedimento-modelo semelhante (*Group Litigation Order*), por ocasião do advento de seu Código de Processo Civil em 1999.

O fato de dois países com ordenamentos jurídicos tão distintos adotarem mecanismos processuais tão semelhantes conduz à conclusão de que a adoção das ações-teste pode despontar como a solução mais adequada para o tratamento das ações repetitivas.

Na esteira desta revolução processual, o legislador brasileiro inseriu no Projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n.º 8.046/10, em trâmite na Câmara dos Deputados) o incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja inspiração no modelo alemão foi declarada pela própria Comissão de Juristas encarregada da elaboração do texto.

Seja nos modelos de direito comparado ora analisados ou no incidente previsto na legislação brasileira projetada, a nota característica das ações-teste consiste na cisão da cognição judicial (também chamada de cognição judicial segmentada) entre o julgamento das questões comuns a todas as ações repetitivas num primeiro momento e, após a definição destas, a remessa para outro órgão julgador, ao qual competirá o julgamento das demais questões jurídicas e fáticas de cada ação individualmente considerada.

Seus principais escopos são a promoção dos princípios da isonomia entre os jurisdicionados e da segurança jurídica, alcançados pela uniformização da jurisprudência obtida no primeiro momento da citada cognição judicial seguitada, ou seja, pelo julgamento das questões comuns que deram ensejo à propositura de um grande número de ações isomórficas.

As ações-teste também possuem o condão de concretizar os princípios da celeridade e da economia processual, contribuindo para a racionalização da prestação jurisdicional, ao aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário.

Por tais razões, sustentamos que, uma vez aprovado, o incidente de resolução de demandas repetitivas contribuirá de forma significativa para o aprimoramento da prestação jurisdicional em nosso país.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. O case management inglês: um sistema maduro? Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VII.

ANDREWS, Neil. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 11, n. 2, Durham, Duke University School of Law, Spring-Summer 2001, p. 249-267. Disponível em www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L+249. Acesso em 14 out. 2010.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*/ Neil Andrews; (orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista os Tribunais, 2009.

BARBOSA, Andrea Carla/CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/Andrea Carla Barbosa... (et AL.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf Acesso em 15 de maio de 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Revista de Processo n. 147, maio/2007, p. 123-146.

CONSOLO, Claudio. RIZZARDO, Dora. *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, ano LX.*

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 255-279.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.*/Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha. Vol. 3. 9ª ed. Bahia: Editora *JusPodium*.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*/ Andrea Carla Barbosa... (et. al.); coordenador Luiz Fux. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HESS, Burkhard. “Relatório nacional da Alemanha”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda; WATANABE, Kazuo. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law, uma análise de direito comparado.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LÉVY, Daniel de Andrade. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da Group Litigation Order Britânica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 196, jul/2011, p. 165-205.

LOBO, Arthur Mendes. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Revista de Processo, n. 185, jul/2010, p. 233-244.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional.* 2.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4).

NUNES, Dierle José Coelho. *Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo.* Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12123>>.

OTHARAN, Luiz Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado.* Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/49-artigos-nov-2010/7267>>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A dimensão da garantia do acesso à justiça na jurisdição coletiva.* Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>

/arquivos/dimensao_da_garantia_do_acesso_a_justica_na_jurisdicao_coletiva_061103.pdf> Acesso em: 04.08.2011.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. *A lei dos recursos repetitivos e os princípios do direito processual civil brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS n.º 166/2010*. Disponível em < <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>>. Acesso em 11 de junho de 2011.

ROSSONI, Igor Bimkowski: *O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 18 ago. 2010. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em 14 de abril de 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: O controle panóptico da justiça*, p. 4. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17&Itemid=40>. Acesso em 02.08.2011.

STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Revista de Processo, n. 193, mar/2011, p. 355-371.

YAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.