

Universidade de Ribeirão Preto
Faculdade de Direito Laudo de Camargo
Mestrado em Direito

DANIELA MECA BORGES

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO**

RIBEIRÃO PRETO

2019

DANIELA MECA BORGES

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO**

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito para obtenção do título de Mestra em Direito. Área de Concentração em Direitos Coletivos e Cidadania. Linha de pesquisa em Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos.

Orientador: Prof.º Dr. º Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira



Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

Borges, Daniela Meca, 1992-

B732i Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: análise da
Constitucionalidade do Instituto / Daniela Meca Borges. - - Ribeirão
Preto, 2019.
160 f.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2019.

1. Constitucionalidade. 2. Isonomia. 3. Segurança Jurídica.
4. Microssistema Processual. I. Título.

CDD 340

DANIELA MECA BORGES

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO.**

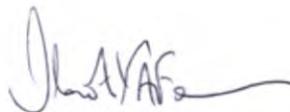
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 01 de novembro de 2019

Resultado: Aprovada

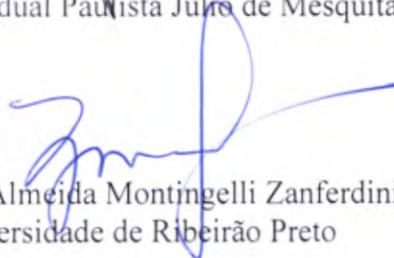
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. José Duarte Neto
UNESP– Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho



Profa. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2019

Dedico este trabalho a *Deus, Elohim, El-Shaday, Jeová Jireh, Tsidkenu Yaveh*, o Alfa e o Ômega, o princípio e o fim, pois, como está escrito “os teus olhos viram o meu corpo ainda informe; e no teu livro todas estas coisas foram escritas [...]” (Salmos 139, n. 16)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, *Denise e Ocimar*, por suas orações em meu favor.

Também externo minha gratidão a todas as demais pessoas que contribuíram, de forma direta e indireta, para conclusão deste trabalho e conquista do título de Mestra em Direito, em especial:

Ao estimado *Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira*, que além de orientador, tornou-se um amigo pessoal que levarei por toda a vida. Durante o curso, recebi todos os subsídios necessários, foram vários livros emprestados, reuniões e correções. O sucesso de uma pesquisa começa pela escolha do orientador e fui muito feliz na minha!

Ao admirável *Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni*, que não obstante ser um dos maiores processualistas da atualidade, conserva sua grandeza na forma simples e humana com que trata todos em sua volta. Ele é autor da frase “o mundo é processo civil” e dela se denota toda sua paixão pela disciplina. Foi um grande privilégio ter cursado a disciplina ministrada por ele durante o mestrado!

À ilustre *Profa. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini*, que, com muita competência, pontuou cada uma das correções indispensáveis à conclusão deste trabalho. A ela, meus sinceros registros de enorme admiração, respeito e carinho.

Ao querido amigo, *Dr. Jorge Antonio Conti Cintra*, magistrado aposentado, que mesmo com inquestionável saber jurídico, possui a humildade e o compromisso de sempre estudar o direito, há sempre um livro em suas mãos. Jurista de face séria e coração generoso. A conclusão do mestrado também é fruto de uma das sementes que ele plantou durante os bancos da graduação. Sou grata por todas as orientações recebidas e, principalmente, pela amizade, pois, como disse Mario Quintana, “a amizade é um amor que nunca morre”.

À minha querida amiga, *Dra. Thaís Pereira Ramazza*, e à sua doce filhinha, *Manuella*, as quais estiveram presentes desde a fase de ingresso no programa de mestrado até a conclusão, oferecendo-me apoio e torcida!

Ao admirável advogado, *Dr. Brasil do Pinhal Pereira Salomão*, por sempre me encorajar a escrever, pelas horas dedicadas à leitura dos meus trabalhos e por ser um grande exemplo de ser humano e advogado.

Ao amigo, *Dr. Rodrigo Forcnette*, que desde a graduação acreditou no meu potencial e cujas mãos sempre estiveram estendidas para me ajudar.

Ao meu coordenador e amigo, *Dr. Marcelo Tadeu Xavier Santos*, pelo convívio diário, por compartilhar comigo sua experiência e por me dar espaço para discutirmos as teses jurídicas que envolvem nosso trabalho.

Ao meu gestor e amigo, *Dr. Ricardo Sordi Marchi*, pela oportunidade de integrar sua equipe e por contribuir para o meu crescimento profissional.

Ao amigo, *Dr. Henrique Furquim Paiva*, pela sua generosidade, amizade e por acreditar em mim.

À *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES*, pelo apoio e fomento à pesquisa indispensáveis à realização do presente trabalho.

A todos os professores do programa de mestrado da UNAERP, aos quais eu presto minhas homenagens na pessoa do coordenador, *Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira*, pela convivência e por me apresentarem o maravilhoso universo da cientificidade.

Ao ilustre professor *Dr. Lucas de Souza Lehfeld*, que contribuiu duplamente para que eu me tornasse mestra. Primeiro, com as aulas de metodologia da pesquisa, para que a investigação fosse dotada de técnica, coesão e alcançasse o objetivo de contribuir com a comunidade acadêmica. Segundo, porque foi o primeiro coordenador de um curso de graduação em direito a me conceder a oportunidade de lecionar.

Ao notável professor *Me. José Roberto Bernardi Liberal*, pelo acolhimento durante a realização do estágio docente.

A todos os funcionários da UNAERP que recebem os alunos e os professores com muito respeito, dedicação e carinho, em especial, à *Flávia*

Domingues Feitosa, à Ana Luísa de Oliveira, à Amanda Estrella, à Patrícia Araújo Machado e à Joana Néia Vieira.

À Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP que sempre será a minha, amada, casa!

Torno-me mestra, professora e pesquisadora graças ao trabalho e amizade de cada um dos senhores.

Muitíssimo obrigada!

Talvez seja vago dizer que do processo se espera justiça, tanto quanto é vaga a afirmação de que o fim do Estado é o bem comum.

A certeza pacífica e é por isso que não constitui um escopo em si mesma, mas degrau na obtenção do objetivo último de pacificação, ou eliminação do estado anímico de insatisfação (Cândido Rangel Dinamarco).

RESUMO

Passados três anos de vigência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) continua sendo uma das novidades mais polêmicas do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, não obstante os escopos primordiais do IRDR serem a busca pela isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo, recaem sobre o instituto graves críticas quanto à sua constitucionalidade, notadamente, por suposta violação às garantias do contraditório, da ampla defesa, do direito de ação e da competência dos tribunais e dos juizados especiais. Enfrentando este paradoxo, a presente pesquisa se destina ao exame da constitucionalidade dos artigos 976 a 987, todos do Código de Processo Civil. A investigação foi feita por meio de um levantamento bibliográfico e com emprego dos métodos dedutivo e dialético. Dedutivo, porque a análise sempre partiu das normas constitucionais para o Código de Processo Civil. E, dialético, porque foram contrapostas as posições favoráveis e contrárias à constitucionalidade do IRDR. Deste cotejo, concluímos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é constitucional, padecendo do vício de inconstitucionalidade apenas um de seus dispositivos, qual seja, o parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Constitucionalidade. Microssistema Processual. Isonomia. Segurança Jurídica. Razoável Duração do Processo.

ABSTRACT

Three years of validity have passed, the Incident of Repetitive Demand Resolution (IRDR) continues being one of the most polemic news of the Code of Civil Procedure of 2015. Notwithstanding the primordial scopes of IRDR are the search for isonomy, legal security and reasonable time of the procedure, fall over the institute serious criticisms due to its constitutionality, mealy, by supposed violation to the guarantees of the contradictory, of the broad defense, of the right of action of the court competence and of the small courts. Facing this paradox, the present research aims stary to the constitutionality exam of the articles 976 to 987, all from the Code of Civil Procedure. The investigation was conducted through a bibliographic research and using deductive and dialectic methods. Deductive, because the analysis has always been based on constitutional norms for the Code of Civil Procedure. In addition, dialectic, because they were opposed to the favorable positions and opposite to the constitutionality of the IRDR. In the and we concluded that the Incident of Repetitive Demand Resolution is constitutional, suffering from the inconstitutionality addiction just one of its device, which is, the only paragraph, of the article 978, of the Code of Civil Procedure.

Key-words: Incident of Repetitive Resolution. Constitutionality. Microsystem Process. Isonomy. Legal Security. Reasonable Duration of the Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública. Lei nº 7.347/1985.
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ART	Artigo
ARTS	Artigos
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> – Tribunal Federal de Justiça.
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> – Tribunal Constitucional Federal Alemão.
CDC	Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.079/1990.
CEF	Caixa Econômica Federal.
CNJ	Conselho Nacional de Justiça.
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC/73	Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/1973.
CPC/15	Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/2015.
CPR	<i>Rules of Civil Procedure</i> – Código de Processo Civil inglês.
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.
GLO	<i>Group Litigation Order</i> – Ordens para o litígio em grupo.
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social.
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.
KapMuG	<i>Gesetz über Musterverfahren in kapitalmaktrechtlichen Streitigkeiten</i> - Lei dos Processos Modelos dos Investidores de Capital.
LAP	Lei da Ação Popular. Lei nº 4.717/1965.
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> – a tradução literal seria <i>Tribunal Superior</i> , mas a expressão ou sua abreviação é usada neste trabalho para se referir ao Tribunal de Segunda Instância alemão.
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> – Estatuto do Processo Civil alemão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL ..	16
2.1 NATUREZA JURÍDICA	16
2.2 OBJETIVOS	21
2.3 SUJEITOS PROCESSUAIS QUE PODEM REQUERER A INSTAURAÇÃO DO IRDR	30
2.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE	35
2.4.1 Efetiva Repetição de Processos	37
2.4.2 Questão Unicamente de Direito	40
2.4.3 Risco de Ofensa à Isonomia e à Segurança Jurídica	43
2.4.4 Inexistência de Recurso Especial ou Extraordinário Afetado Como Repetitivo	45
2.5 PROCEDIMENTO	46
2.5.1 Juízo de Admissibilidade e Providências Preliminares	47
2.5.2 Instrução	50
2.5.3 Sessão de Julgamento	54
2.6 CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO QUE FIXA A TESE JURÍDICA	55
2.7 RECORRIBILIDADE DA DECISÃO	57
2.8 REVISÃO DA TESE JURÍDICA	58
3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM FACE DO DIREITO COMPARADO	59
3.1 <i>MUSTERVERFAHREN</i>	59
3.1.1 A Tramitação do Procedimento-Modelo nos Conflitos de Competência das Justiças Administrativas (§ 93 ^a) e da Previdência e Assistência Social (§ 114 ^a)	62
3.1.2 A Edição da Lei Sobre o Procedimento-Modelo nos Conflitos Envolvendo o Mercado de Capitais (<i>Gesetz Über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG</i>)	64
3.1.2.1 As três fases do Musterverfahren	66

3.1.2.2	Recorribilidade da decisão-padrão	72
3.1.2.3	Consequências das decisão-padrão	74
3.2	GROUP LITIGATION ORDER (GLO)	75
3.2.1	Requisitos para sua Admissão e Características das GLOs.....	78
3.2.2	Consequências da Decisão-Modelo e Pagamento das Custas	81
4	O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM FACE DOS LIMITES DO PROCESSO COLETIVO	86
4.1	A SUPERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO ROMANA DO DIREITO	87
4.2	OS DIREITOS COLETIVAMENTE TUTELADOS	90
4.3	O PROCESSO COLETIVO COMO ELEMENTO CONCRETIZADOR DO ACESSO À JUSTIÇA.....	93
4.4	COISA JULGADA: CONCEITO E DISTINÇÕES	99
4.5	O ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	103
4.5.1	A Origem da Reforma Legislativa	103
4.5.2	Exame da Constitucionalidade e da Aplicabilidade da Nova Redação do Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública	105
4.6	AS INSUFICIÊNCIAS DO PROCESSO COLETIVO E A CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL.....	111
5	A CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	120
5.1	POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUE DEFENDE A INCONSTITUCIONALIDADE DO IRDR.....	120
5.2	POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUE DEFENDE A CONSTITUCIONALIDADE DO IRDR	128
5.3	NOSSO ENTENDIMENTO.....	133
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	140
	REFERÊNCIAS.....	144

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou um código de processo civil mais atento aos reclamos sociais de justiça, segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo. A legislação veio em boa hora, haja vista que se evidencia um assoberbamento do Poder Judiciário que é diariamente agravado pelo ajuizamento de milhares de demandas que possuem questões semelhantes.

É claro que o legislador não poderia estabelecer os escopos, sem antes dotar o código de instrumentos hábeis a alcançá-los.

Nesse vértice, criou o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, que é composto pelos recursos repetitivos e pelo incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, este último não constante do código anterior, de declarada inspiração no procedimento alemão denominado *Musterverfahren* e que também possui semelhanças com as Ordens para o Litígio em Grupo – GLOs inglesas.

O IRDR se destina a pacificar uma questão de direito que se repete em vários processos e que tem sido entendida de forma divergente pelos tribunais brasileiros.

Nestes mais de três anos de vigência do atual código de processo civil¹, diversos trabalhos foram publicados para tentar explicar a sua sistematização, por meio da interpretação dos artigos 976 a 987, donde surgiram comparações do IRDR com outros institutos (notadamente, o sistema de precedentes² e as ações coletivas), que culminaram em críticas de supostas incompatibilidades com a Constituição da República Federal do Brasil de 1988.

¹ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **QUESTÃO ADMINISTRATIVA:** Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março, define Plenário do STJ. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/cpc-entrara-vigor-dia-18-marco-define-stj>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

² Para aqueles que se interessam pelo tema, recomenda-se a leitura das seguintes obras: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Por questões de delimitação teórica, o sistema de precedentes não será examinado nesta pesquisa.

O objetivo principal deste trabalho é a análise da constitucionalidade do IRDR, examinando as críticas que recaem quanto à violação ao processo legislativo e à competência privativa dos tribunais; decorrente do efeito vinculante da decisão de mérito do incidente; violação às garantias do contraditório e da ampla defesa; ofensa ao direito de ação; e violação à competência dos juizados especiais.

Para tanto, realizamos um levantamento bibliográfico, aplicamos os métodos dialéticos (com a justaposição de ideias antagônicas) e dedutivo, bem como adotamos como referencial teórico as lições de Candido Rangel Dinamarco sobre a instrumentalidade do processo³, por meio das quais, dividimos a pesquisa em 06 (seis) capítulos.

O primeiro é destinado a esta abordagem introdutória, permitindo que o leitor compreenda como o trabalho está estruturado, a metodologia utilizada e a pertinência da pesquisa.

No segundo capítulo, examinaremos a sistematização do IRDR, estabelecendo conceitos acerca de sua natureza jurídica, objetivos, sujeitos que podem requerer sua instauração, requisitos de admissibilidade, procedimento, consequências da decisão de mérito que nele se forma, recorribilidade e revisão da tese jurídica formada.

No terceiro, serão apresentadas duas experiências do direito estrangeiro: o procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) e as Ordens para os Litígios em Grupo Inglesas – GLOs, em razão de possuírem algumas semelhanças com o IRDR.

O quarto capítulo será dedicado ao estudo do processo coletivo brasileiro, desde suas origens históricas até suas atuais insuficiências, buscando responder se

³ Para o jurista, “a instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo aspecto positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’”. In: **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 377.

o IRDR é espécie de processo coletivo e se há a necessidade de sua coexistência com as ações tipicamente coletivas.

O quinto capítulo será inteiramente dedicado ao exame da constitucionalidade do IRDR e subdividido de acordo com as posições favoráveis e contrárias para, a partir delas, externarmos o nosso entendimento.

Percorrido todo esse caminho, sintetizaremos no último capítulo as conclusões que foram obtidas durante o desenvolvimento deste trabalho.

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL

2.1 NATUREZA JURÍDICA

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem provocado acaloradas discussões quanto à sua natureza jurídica. Como bem observa Marcos de Araújo Cavalcante “a importância da correta identificação da natureza jurídica do IRDR reside em que a solução de problemas teóricos e práticos por ele levantadas há de ser realizada à luz dos princípios e regras que os regem”⁴.

Todavia, a grande divergência doutrinária que recai sobre o tema, não está em saber se o novel instituto é ação, recurso ou incidente, como distingue o mencionado autor. Ao contrário disso, o cerne da questão é investigar se o IRDR é ou não espécie de *processo coletivo*. As posições podem ser classificadas em quatro correntes:

A primeira, que tem conquistado maior aderência no meio doutrinário, advoga o entendimento de que o IRDR é espécie de processo coletivo. Como expoentes dessa posição podem ser mencionados Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁵; Sabrina Nunes Borges⁶; Graziela Argenta e Marcelo da Rocha Rosado⁷; Carla de Jesus Brandão e Juliana Provedel Cardoso⁸; e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁹, dentre outros.

⁴ **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 171.

⁵ **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 97-100.

⁶ **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: análise à luz do Processo Coletivo e do Código de Processo Civil de 2015**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2018, p. 55.

⁷ Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.236-277, jan./abr. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28491>>. Acesso em: 30 abr. 2019, p. 255.

⁸ As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p.76-100, jul./dez. 2016. Semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25851>>. Acesso em: 01 maio 2019, p. 80-85.

⁹ **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 6.

Para classificar o IRDR como espécie do gênero *processo coletivo*, esses autores partem da premissa de que *processo coletivo* é aquele no qual “se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas”¹⁰. Então, os elementos caracterizadores do processo coletivo seriam dois, o *objeto*, a situação jurídica coletiva *lato sensu*, e a *existência de um grupo* em um dos polos da demanda.

Como argumento de reforço, essa posição doutrinária ressalva a atipicidade das demandas coletivas, esclarecendo que processo coletivo é gênero, que comporta várias espécies, sendo as mais recorrentes, a ação popular (Lei nº 4.717/1965 e CRFB, artigo 5º, LXXIII), ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), mandado de segurança coletivo (CRFB, artigo 5º, LXX), ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (CDC, artigos 91 a 100) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹¹.

Todavia, não compartilhamos desse entendimento, pois nos filiamos à posição defendida por Antonio Gidi, para o qual “ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”¹², que é também encampada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹³.

Desse modo, para que uma ação seja caracterizada como coletiva, devem estar presentes três elementos: a *legitimidade extraordinária*, o *objeto coletivo* e a *coisa julgada expandida*. Todas essas características são identificadas nos exemplos que foram acima dados de espécies de processos coletivos.

Além disso, o conceito de processo coletivo dado pelos defensores da primeira posição – para os quais, haveriam apenas dois elementos, o objeto e a existência de um grupo em um dos polos da ação – se aproxima muito da definição de litisconsórcio¹⁴, que no modelo brasileiro é instituto próprio das ações individuais.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, *op. cit.*, p. 34.

¹¹ *Id.*, *ibid.*, p. 34-35.

¹² **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

¹³ **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.443.

¹⁴ O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 113, *caput* e incisos estabelecem que: “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente,

Comprova essa afirmação, o fato de que Juliana Provedel Cardoso¹⁵, uma das expoentes dessa primeira posição, usa como referencial teórico a obra estrangeira “Principios del Derecho de los procesos colectivos”¹⁶, onde se afirma que os processos coletivos podem assumir a forma de ações litisconsorciais ou ações representativas¹⁷.

A segunda posição, assentada na argumentação de Sofia Temer, classifica o IRDR como *meio processual objetivo*, colocando-o, lado a lado, das ações do controle concentrado de constitucionalidade¹⁸.

Sofia Temer assevera que apesar do IRDR se originar a partir de casos concretos, o incidente não se destina a solucionar lides, mas sim a “fixar um único entendimento sobre questão de direito, que deverá ser seguido pelo tribunal e pelos juízos inferiores quando estes forem julgar demandas em que se discuta tal questão”¹⁹. A autora fala em “tutela marcada pela dessubjetivação”²⁰, porque o IRDR se desprende das demandas que o originaram, para buscar “resguardar a unidade, coerência e validade do ordenamento jurídico”²¹, ou seja, objetiva solucionar um conflito interpretativo.

É ressaltado, ainda, que nem mesmo a declarada inspiração no procedimento alemão pode inserir o IRDR como espécie de processo coletivo, haja vista que o *Musterverfahren* se destina a solucionar os conflitos envolvendo os direitos individuais homogêneos e a decisão que dele se origina produz coisa julgada (assertivas compatíveis com o que será demonstrado no item “3.1.1”), enquanto que o IRDR não soluciona lides, pois a tese jurídica fixada deverá ser aplicada pelo juiz de cada processo, de modo que a decisão não produz coisa

quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.”

¹⁵ **O modelo brasileiro de processo coletivo:** as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 102.

¹⁶ CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Principios del derecho de los procesos colectivos.** Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. Traducción Francisco Verbic.

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 11

¹⁸ **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 81-103.

¹⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 82.

²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 85.

²¹ *Id.*, *ibid.*, p. 84-85.

julgada, mas efeitos vinculantes²². Com base em tais premissas, a autora justifica a necessidade de coexistência entre as ações coletivas e o IRDR²³.

Embora a segunda posição demonstre alguns avanços em relação a primeira – notadamente, pelo reconhecimento de que o IRDR não soluciona litígios, mas fixa tese jurídica, bem como a necessidade de coexistência entre as ações coletivas e o IRDR – não compartilhamos do entendimento de que o IRDR seja *meio processual objetivo*.

Isso porque, muitos autores inserem as ações de controle concentrado como espécie de processo coletivo²⁴, o que resultaria nas mesmas fragilidades da primeira posição. Noutro vértice, as ações de controle abstrato de constitucionalidade, como o próprio nome sugere, não se originam a partir de lides concretas, como ocorre com o IRDR.

A terceira posição, encabeçada por Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵ e Bruno Dantas Nascimento²⁶, advoga o entendimento de que entre as demandas individuais e as coletivas, haveria um terceiro gênero, denominado *tutela plurindividual*.

Para essa corrente, a *tutela plurindividual* não busca evitar a proliferação de demandas. De modo diverso, ela parte da premissa que a pulverização já ocorreu²⁷. Assim, o *tertium genus* objetiva a padronização decisória no julgamento das demandas individuais repetitivas, bem como o desenvolvimento de técnicas “que permitam a eficiência e a racionalidade da atividade do Poder Judiciário”²⁸.

Embora essa teoria acerte em reconhecer que o IRDR tem como ponto de partida a constatação de que a atomização do conflito já ocorreu, buscando

²² TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 99-101.

²³ *Id.*, *ibid.*, p. 98.

²⁴ Nesse sentido, Teori Albino Zavascki argumenta que: “não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. É, em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva”. Cf. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 249.

²⁵ **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 519.

²⁶ **Tutela recursal plurindividual no Brasil**: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos. 2013. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2013.

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 521.

²⁸ NASCIMENTO, Bruno Dantas, *op. cit.*, p. 151.

enfrentar este problema com a padronização decisória, não concordamos com o entendimento de que exista uma *tutela plurindividual*, a meio caminho entre as demandas individuais e as ações coletivas.

O motivo de se rechaçar essa corrente é que o IRDR pode ser instaurado a partir de demandas individuais e/ou coletivas, ou seja, o incidente examinado não cria um terceiro gênero, mas se destina a solucionar a questão de direito que é veiculada nos processos individuais e/ou coletivos.

Além disso, a repetição não é só de demandas que versem sobre os direitos individuais homogêneos, porque o parágrafo único, do artigo 928, do Código de Processo Civil²⁹ admite que o IRDR seja instaurado para sanar controvérsia sobre questão de direito processual, caso em que não haverá a resolução de direitos subjetivos.

Por fim, a quarta corrente doutrinária classifica o IRDR como incidente processual (e não como processo). Marcos de Araújo Cavalcanti, defensor dessa posição, assevera que “o próprio nome do instituto não deixa dúvida”³⁰.

Filiamo-nos a essa posição, por reconhecer que o instituto em testilha se amolda, perfeitamente, à definição de incidente processual, qual seja, “algo que cai (ponto, questão ou ação) sobre algo que preexiste (processo), com a formação de um procedimento lateral e autônomo ao principal”³¹.

Portanto, o IRDR é incidente (técnica processual) que compõe o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, previsto no artigo 928 do Código de Processo Civil.

²⁹ Reza o parágrafo único, do artigo 928, do Código de Processo Civil que: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

³⁰ *op. cit.*, p. 177.

³¹ ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 39.

2.2 OBJETIVOS

Conforme expressamente declarado em sua Exposição de motivos³², o Código de Processo Civil de 2015 se preocupou em concretizar as garantias constitucionais da *segurança jurídica*, da *isonomia* e da *razoável duração dos processos*³³.

Já em sua principiologia, estabeleceu que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”³⁴, os quais orientam a interpretação e a aplicação de toda a Lei.

Renovou, outrossim, o compromisso com a *segurança jurídica* ao determinar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”³⁵.

Para que todas essas disposições não fossem normas programáticas ou que o código não se transformasse em uma mera carta de intenções, carente de efetividade, foi instituído o *microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*³⁶, que é composto pelos *recursos repetitivos*³⁷ e *pelo incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR*³⁸, como ferramentas hábeis a combater a ameaça ou a ofensa à segurança jurídica, à isonomia e à razoável duração do processo.

Assim, ousamos em divergir de Luiz Guilherme Marinoni, quando o autor afirma que “o legislador misturou requisitos para a instauração do incidente com os seus objetivos ou com os fundamentos teóricos que o legitimam”³⁹.

³² FEDERAL, Senado. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019

³³ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, *caput* e incisos LXXVIII.

³⁴ Cf., Código de Processo Civil, artigo 1º.

³⁵ *Ibid.*, artigo 926.

³⁶ *Ibid.*, artigo 928.

³⁷ *Ibid.*, artigos 1.036 a 1.040.

³⁸ *Ibid.*, artigos 976 a 987.

³⁹ **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: Decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63.

Na verdade, o combate aos problemas ocasionados pelos conflitos repetitivos (ofensa à segurança jurídica, à isonomia e prejuízo à celeridade processual) constitui objetivo geral de todo o código, sendo o IRDR um dos instrumentos hábeis a alcançar tal finalidade.

Em outras palavras, o risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia é, ao mesmo tempo, sua razão teórica e pressuposto para a instauração do incidente⁴⁰, haja vista que se todos os juízes e tribunais decidem da mesma forma, não há interesse jurídico-processual no desencadeamento do IRDR com a suspensão de dezenas, centenas ou milhares de casos. Sendo imperioso lembrar, que o interesse não é mais verificado apenas para *propor* ou *contestar ação*, como era previsto no código anterior⁴¹, mas sim para *postular em juízo*⁴², ou seja, deve ser aferido na prática de todo e qualquer ato processual.

Todavia, o que tem se verificado nos tribunais brasileiros é a coexistência de não apenas dois, mas de inúmeros entendimentos sobre a mesma questão. Isso porque, “com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante órgãos judiciais espalhados por todo o território nacional, os juízes chegam, com frequência, a conclusões variadas e até mesmo antagônicas”⁴³.

Consequentemente, embora a Lei seja igual para todos, quando de sua aplicação, ela tem produzido resultados diversos na vida dos jurisdicionados, gerando incertezas e injustiça, à medida que trata desigualmente os iguais⁴⁴. “O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental”⁴⁵.

⁴⁰ Cf. Código de Processo Civil, artigo 976, inciso II, *in verbis*: “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: [...] II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

⁴¹ Estabelecia o artigo 3º do Código de Processo Civil de 1973: “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁴² Prevê o artigo 17 do atual código: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

⁴³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁴ D. Neil MacCormik e Robert Samuel Summers criticam veementemente a mesma lei ser interpretada de modos diferentes. Cf. **Interpreting precedentes**: a comparative study. London: Routledge, 2016, p. 488.

⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 21.

Ilustrativo é o voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros⁴⁶, sobre a tentativa de revogar a súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, que havia sido editada a menos de um trimestre daquele julgamento, bem como descontente com a insegurança jurídica ocasionada pela instabilidade dos entendimentos judiciais, fez célebres comparações:

Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: o avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados”.

Apesar de Luiz Guilherme Marinoni tecer algumas críticas ao IRDR, como aquela demonstrada acima – fato que decorre da preferência pessoal do autor à aproximação do sistema do *commom law*, com a adoção do *stare decisis*, do que ao novel incidente –, ele admite a existência de problemas na prestação jurisdicional brasileira:

A advertência de que a lei é igual para todos, que sempre se viu escrita sobre a cabeça dos juízes nas salas do *civil law*, além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal e sob tal inscrição, recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja sala se localiza metros adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar a igualdade de tratamento perante o direito⁴⁷.

[...]

Lembre-se que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os Códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 382.736 – SC (2001/0155744-8)**. DJ Eletrônico. Brasília. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101557448&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁴⁷ **Precedentes obrigatórios**, *op. cit.*, p. 83.

Sabe-se, contudo, não só que a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de normas de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador -, como, também, que a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada⁴⁸.

Marcos de Araújo Cavalcanti ressalta que a *segurança* referenciada no texto constitucional⁴⁹, abrange a *jurídica*, que no âmbito do direito processual civil é traduzida pelos atributos da certeza, previsibilidade, confiabilidade e coerência das decisões judiciais⁵⁰.

De forma didática, José Joaquim Gomes Canotilho desenvolve o duplo aspecto da *segurança jurídica*. Primeiro, no sentido de *estabilidade* ou *eficácia ex post*, de modo que as decisões dos poderes públicos (nas três esferas – legislativo, executivo e judicial), quando adotadas na forma e procedimento legalmente previstos, não podem ser arbitrariamente modificadas. Segundo, na ideia de *previsibilidade* ou *eficácia ex ante*, relacionando-se com os postulados da certeza e da calculabilidade por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos⁵¹.

Foi exatamente a ausência desses atributos da *segurança jurídica* que o Ministro Humberto Gomes de Barros criticou no acórdão mencionado acima, pois muitas pessoas confiando na Súmula nº 276 do STJ, segundo a qual a sociedade de prestação de serviços não pagaria contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS, planejaram suas atividades acreditando que não despenderiam valores com esta espécie tributária. Então, a tentativa de revogar a súmula, acabando com a isenção, violaria à *segurança jurídica*, ocasionando um descrédito do próprio Poder Judiciário, haja vista que se até mesmo o entendimento sumulado está sujeito à intempéries, os jurisdicionados não dispõem de meios para preverem como às relações jurídicas serão julgadas, lançando-os em um ambiente de profundas incertezas.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, 2016, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁹ Cf. CRFB, artigo 5º, *caput*. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 161.

⁵¹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257 e 264.

Assim, mostram-se acertadas as proposições de Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem devem ser compreendidos como corolários do *princípio da legalidade* a vinculação do juiz ao sistema, isto é, a observância à lei, à doutrina e à jurisprudência, pois são esses três elementos que dão os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A autora conclui que “a jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lide é entendida, e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir”⁵².

No mesmo vértice, Rodolfo de Camargo Mancuso advoga o entendimento de que “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”⁵³.

O atual Código de Processo Civil também prestigia os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, determinando que a modificação de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos (recursos repetitivos ou incidente de resolução de demandas repetitivas) necessitará de fundamentação adequada e específica⁵⁴.

A *segurança jurídica* que resulta da coerência de julgamentos concretiza, por consequência, a garantia fundamental da isonomia, que se materializa no processo civil como o tratamento idêntico entre os litigantes⁵⁵.

Para que haja coerência, renova-se a imprescindibilidade da existência da *estabilidade* e da *previsibilidade* do Direito⁵⁶, pois nada adiantaria “ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais”⁵⁷.

⁵² Súmula vinculante: desastre ou solução? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, abr.-jun. 2000, p. 301.

⁵³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁴ Cf. artigo 927, § 4º.

⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2010, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶ Além dos conceitos de *estabilidade* e *previsibilidades* trazidos anteriormente, podem ser acrescentadas as lições de Luiz Guilherme Marinoni, para o qual a *estabilidade* “pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões”, o autor argumenta que “não há racionalidade na decisão que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de zelar pela unidade do direito federal” e de forma mais enfática aduz que “é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria”. Cf. **Precedentes obrigatórios**, *op. cit.*, p. 103, 113 e 115.

⁵⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 103.

Como exposto no início deste tópico, uma vez adotada determinada decisão na forma e no procedimento legalmente previstos, ela não pode ser arbitrariamente modificada⁵⁸, uma vez que “os atos de poder geram responsabilidade àquele que os instituiu. Assim, as decisões não podem ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário”⁵⁹.

Marcos de Araújo Cavalcanti adverte que mais do que tratar de forma igualitária os litigantes, o Poder Judiciário deve decidir de uma mesma maneira os casos idênticos^{60e61}, a fim de eliminar as arbitrariedades e não permitir que o julgamento se baseie nas preferências ou instabilidades pessoais do julgador⁶².

No mesmo sentido, são as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] E isso, como condição necessária para que a almejada *igualdade de todos perante a lei* (CF, art. 5º, *caput*) seja efetiva e operante e não apenas teórica ou principiológica, ou seja: impende dotar o processo civil de instrumentos capazes de oportunizar a oferta de respostas jurisdicionais iguais a situações iguais, a fim de que a norma legislada não perca seu maior atributo – a aplicação isonômica – quando vem a ter sua passagem judiciária⁶³.

Além disso, a coerência das decisões judiciais contribui para reduzir a litigiosidade de massa, à medida que acaba com o denominado *efeito loteria*⁶⁴.

Quando não há um padrão decisório, muitas pessoas se aventuram em demandas judiciais a fim de obterem uma decisão favorável que será traduzida em benefício econômico, pois “se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 257 e 264.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 162.

⁶¹ Vale a pena ressaltar que a efetivação da *segurança jurídica* e da *isonomia*, o Poder Judiciário não deve julgar de forma uniforme apenas os *casos idênticos*, mas também as questões idênticas que se repetem em vários processos, ainda que neles não haja a tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedir). Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina argumenta que “A despeito da denominação empregada, o incidente regulado nos arts. 976 a 987 do CPC/2015 não se destina à resolução de ‘demandas repetitivas’. [...] Pode, então, estar-se diante de demandas diferentes (não repetitivas), mas nelas se repetir a mesma questão de direito (material ou processual). De todo modo, está-se diante de *incidente de resolução de questões repetitivas*”. In: **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Nota nº II ao artigo 976, p. 1.323.

⁶² CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 163.

⁶³ Incidente de resolução de demandas repetitivas, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ Fala-se em *efeito loteria* porque “o autor da ação é obrigado a pensar com a lógica de um apostador, transformando o distribuidor judicial em espécie de roleta, cujo último sopro determinará a sorte do litígio. Há nítida possibilidade de o Judiciário ser visto como casa lotérica, na qual a aposta é conveniente, mesmo se podendo pagar caro”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, *op. cit.*, p. 135.

satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário, terá forte *incentivo* a fazê-lo⁶⁵.

Noutro vértice, é crível que os principais demandados (ou litigantes habituais) possuem a dimensão global dos atos por eles praticados⁶⁶ e como as demandas estão pulverizadas, eles acabam medindo pelo número de condenações, se os atos ilícitos por eles praticados são ou não vantajosos. Desse modo, se o prejuízo obtido pelas condenações é menor do que o benefício auferido pela violação do direito, mantêm-se a prática do ato ilícito e a recíproca também é verdadeira.

O caso *score* ilustra bem essa questão.

Em apertada síntese, os órgãos de proteção ao crédito (Serasa, SCPC, Boa Vista e instituições semelhantes) desenvolveram um produto, que foi (e ainda é) vendido aos comerciantes, que por meio de um cálculo aritmético aponta o risco de determinado consumidor se tornar inadimplente, atribuindo uma nota que varia de 0 (zero) a 1.000 (mil), quanto mais próximo do zero, maiores as chances daquele consumidor ser inadimplente. Baseando-se nesse cálculo, os lojistas e as instituições financeiras optam por conceder ou não crédito a determinado consumidor.

Por consequência, vários consumidores passaram a proporem demandas que discutiam a legalidade desse cálculo face ao princípio da privacidade, cumulando as ações com pedidos indenizatórios por danos morais, alegando prejuízos decorrentes da negativa de crédito por ocasião desse produto.

Mais de 200 (duzentas) mil ações foram propostas em todo território nacional⁶⁷ e havia decisões para todos os gostos.

Os órgãos de proteção ao crédito até cogitaram suspender a comercialização desse produto em razão do número de demandas propostas, mas,

⁶⁵ DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.61-73, jun. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242881/000923080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁶⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁷ RECONDO, Felipe. **STJ libera score de crédito**. 2014. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-libera-score-de-credito-12112014>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

acharam outra solução: na tentativa de mascararem, trocaram o sistema numérico, por uma classificação que variava de A à Z, mantendo-se a mesma lógica, quanto mais próximo do Z, maiores os riscos de determinado consumidor se tornar inadimplente.

Muitos consumidores tomaram conhecimento das indenizações que estavam sendo pagas e mesmo sem pretenderem obter crédito no mercado, acabavam consultando sua própria nota, para *criarem* um motivo para ajuizarem as ações, no afã de obterem um benefício econômico, qual seja, a indenização por danos morais.

Evidente que as mais de 200 (duzentas) mil demandas ajuizadas contribuíram para o abarrotamento do Poder Judiciário. Para solucionar a questão, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça determinou a suspensão de todos os casos em território nacional que versassem sobre a mesma questão e sob o regime dos recursos repetitivos, fixou a tese jurídica que a prática comercial é lícita, prescindindo de prévio consentimento do consumidor⁶⁸, logo, fazendo desaparecer um dos requisitos indispensáveis à responsabilização civil: o ato ilícito.

Esse é apenas um dos exemplos das milhares de questões que se repetem rotineiramente no Poder Judiciário e acarretam a sua sobrecarga, contribuindo para a lentidão da prestação da tutela jurisdicional.

O atual Código de Processo Civil pretendeu enfrentar o problema sem ter que esperar que as demandas chegassem até o grau dos recursos excepcionais, haja vista que o próprio juiz de primeiro grau pode dirigir ao presidente do seu respectivo tribunal, pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas⁶⁹.

Com vistas ao princípio da economia processual – assim entendido como a busca pelo máximo de resultados com o mínimo de esforços⁷⁰ – o IRDR,

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Repetitivo nº 1457199 / RS. **DJ Eletrônico**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401261302&dt_publicacao=17/12/2014>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁶⁹ Cf. artigo 977, *caput* e inciso I: “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício”.

⁷⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 167-168.

reconhecendo que a pulverização de demandas já ocorreu, busca impedir que os processos demorem anos para que seja alcançado um padrão decisório sobre a questão de direito repetitiva.

Para evitar a coexistência de decisões díspares, com afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, é prevista a suspensão de todas as demandas que veiculem a mesma questão repetitiva⁷¹.

Desse modo, haverá o desafogamento do Poder Judiciário, liberando os juízes de primeiro grau para apreciarem os casos que demandam análise particularizada^{72e73}.

Após a fixação da tese jurídica, o IRDR também garantirá a razoável duração do processo à medida que obstará recursos protelatórios, porque o atual código permite que seja negado seguimento aos recursos, quando as decisões recorridas estejam em conformidade com o entendimento firmado no julgamento de casos repetitivos⁷⁴.

Defendemos, que seria melhor que tivesse sido aprovada a previsão da suspensão do prazo prescricional das pretensões individuais⁷⁵, constituindo uma importante ferramenta na contenção da propositura de demandas e permitindo que as partes aguardassem a fixação da tese jurídica para depois optarem por ajuizar ou não suas demandas.

⁷¹ Código de Processo Civil, artigo 982, inciso I: “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”.

⁷² TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 40.

⁷³ Segundo o observatório de IRDR da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP, até 15 de junho de 2019, 677 (seiscentos e setenta e sete) IRDRs já foram instaurados, dos quais, 172 (cento e setenta e dois) perante a Justiça Estadual do Estado de São Paulo, seguida por 74 na justiça estadual do Estado de Minas Gerais e 70 na justiça estadual do Estado do Rio de Janeiro. Cf. GRUPO DE ESTUDOS DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO (Brasil). Universidade de São Paulo. **Observatório Brasileiro de IRDRs**. 2019. Disponível em: <<http://observatorioidr.direitorp.usp.br/pulicacoes/>>. Acesso em: 04 set. 2019.

⁷⁴ Código de Processo Civil, artigo 1.030, inciso I, alínea “b”: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”.

⁷⁵ Previa o § 5º do artigo 990 do substitutivo da Câmara de Deputados que com a admissão do incidente o prazo prescricional das pretensões individuais ficaria suspenso nos casos em que se repetisse a questão de direito.

2.3 SUJEITOS PROCESSUAIS QUE PODEM REQUERER A INSTAURAÇÃO DO IRDR

Os *sujeitos* que podem requerer a instauração do IRDR estão listados no artigo 977 do atual Código de Processo Civil, o qual estabelece que o pedido deve ser dirigido ao presidente do tribunal, por iniciativa do juiz ou do relator, de ofício; pelas partes, por petição; ou pelo Ministério Público ou pela Defensoria, também por petição.

Podemos observar que a possibilidade do IRDR ser iniciado de ofício, o aproxima do procedimento-modelo alemão no âmbito das justiças Administrativa e da Previdência Social, bem como das Ordens para os Litígios em Grupo Inglesas (GLO), ao mesmo tempo em que o difere do *Musterverfahren* da Lei Alemã sobre o Mercado de Capitais (KapMuG), conforme será demonstrado nos itens “3.1.1”, “3.1.2” e “3.2.1”.

A previsão do requerimento de instauração do IRDR ser um ato de ofício, praticado pelo juiz de primeira instância, provocou algumas celeumas que decorrem do processo legislativo de elaboração do atual Código de Processo Civil.

Na redação original, era prevista a hipótese de o IRDR ser iniciado pelo juiz de primeira instância. Contudo, isso foi modificado quando o projeto de lei passou por revisão na Câmara dos Deputados, a qual retirou o juiz de primeiro grau da lista daqueles que podem requerer a instauração do incidente⁷⁶.

À época, essa retirada havia sido feita para harmonizar o rol à inserção de outro dispositivo, também introduzido pela mesma casa legislativa, que previa que o IRDR *somente* poderia ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal⁷⁷.

⁷⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁷ Estabelecia o § 2º, do artigo 988, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010 que: “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal”. Cf. DEPUTADOS, Câmara dos. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a lei n o 5.869, de 1973)**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 04 set. 2019.

Houve uma reviravolta na versão final do atual Código de Processo Civil, porque foi expressamente suprimida a exigência da pendência de causa no tribunal e devolvida ao juiz de primeira instância a possibilidade de requerer a instauração do IRDR⁷⁸.

Contraditoriamente, também na última versão, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 978 do referido diploma, estabelecendo que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Alguns doutrinadores têm interpretado esse dispositivo, no sentido de que embora o juiz de primeira instância possa requerer a instauração do IRDR, ele (e qualquer outro sujeito do rol do artigo 977 do CPC) só poderá fazê-lo, quando houver uma causa pendente no tribunal que veicule a mesma questão de direito sobre a qual se pretende ver fixada a tese jurídica⁷⁹.

Considerando que a necessidade (ou não) da pendência de processo no tribunal se refere aos requisitos de admissibilidade do incidente, cujo estudo será feito no tópico seguinte, por ora e para fins de organização metodológica, afirmamos que o juiz de primeira instância pode sim requerer a instauração do IRDR, em razão de expressa disposição legal (Código de Processo Civil, artigo 977, inciso I).

Como bem salientado por Marcos de Araújo Cavalcanti, “deve ser elogiada a possibilidade de o juiz suscitar a instauração do IRDR, já que a primeira instância é a principal porta de entrada das demandas repetitivas no Poder Judiciário”.

Ademais, tendo em vista que a linha por nós defendida é no sentido de que o IRDR é uma técnica de julgamento que compõe o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, entendemos, por consequência, que a permissão conferida ao magistrado para requerer a instauração do incidente se insere dentro dos seus poderes de direção do processo, insculpido no artigo 139 do Código de Processo Civil, em rol exemplificativo, e que de forte inspiração no Princípio da

⁷⁸ Cf. CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.422; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, P. 479; CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 431.

⁷⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 237-238.

Instrumentalidade do Processo⁸⁰, objetiva conferir maior efetividade à tutela do direito.

Também por rigor técnico, necessário destacarmos que não se trata de *legitimidade*, mas sim de *sujeitos processuais* aptos, pela lei, para requererem a instauração do incidente⁸¹. Não se olvide que o IRDR busca a fixação de uma tese jurídica que será, posteriormente, aplicada aos casos individuais. Então, o incidente não visa solucionar litígios subjetivos, ao contrário disso, trata-se de uma técnica de julgamento destinada a pacificar uma questão controvertida de direito material ou processual, nos moldes do parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil⁸².

Por conseguinte, a segunda classe de sujeitos que aparece listada no rol do artigo 977 da lei processual, são as partes. Assim, o autor e/ou o réu de uma demanda (individual ou coletiva), verificando que no bojo de sua ação há uma determinada questão de direito (material ou processual) que se repete em outros processos e a respeito da qual existe controvérsia de entendimentos (risco de ofensa à isonomia), pode requerer ao presidente do tribunal a instauração do IRDR.

Acerca da autorização conferida às partes, merecem destaque as críticas de Luiz Guilherme Marinoni⁸³:

O que mais chama a atenção é o fato de as partes, o autor de uma das demandas repetitivas ou o réu que pode estar em todas elas, terem expressa autorização para requerer a instauração do incidente. Ora, se aquele a quem são atribuídos os ilícitos que deram origem às demandas repetitivas pode requerer a instauração do processo e dele participar, mas a mesma autorização de requerimento só oportuniza a participação do litigante-lesado de uma das demandas repetitivas, o incidente certamente é o procedimento “dos sonhos” daquele que habitualmente viola direitos em massa, que, assim, deve estar muito agradecido à generosidade do legislador. Uma das partes, aquela que é ré em todas ou em grande parte das demandas repetitivas, participará efetivamente do incidente, enquanto que as centenas ou milhares de litigantes lesados que exerceram o direito fundamental à tutela jurisdicional estarão excluídos da discussão.

⁸⁰ Acerca do Princípio da Instrumentalidade do Processo, leia-se a nota de rodapé de número 4.

⁸¹ No mesmo sentido, confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**, *op. cit.*, p. 75-76.

⁸² Estabelece o parágrafo único do artigo 928 do Código de Processo Civil: “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: [...] Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

⁸³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 76.

Disso inferimos que, para Marinoni, o IRDR seria um benefício para os réus, notadamente, para os litigantes habituais, à medida que teriam a oportunidade de concentrar sua defesa em um único procedimento, atuando de forma eficiente para alcançar uma tese jurídica favorável aos seus interesses, ao passo que os autores das demandas que serão suspensas pela instauração do incidente estariam, hipoteticamente, excluídos do debate.

Para que seja possível avaliarmos se as proposições Marinoni se sustentam, é necessário colacionar entendimento em sentido diverso, defendido por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁸⁴:

Na verdade, a parte contrária aos interesses coletivos possui sempre a dimensão global dos atos por ela praticados, tendo, portanto, uma ideia exata do alcance de outras eventuais ações ajuizadas, bem como das possibilidades das perdas dela decorrentes.

A possibilidade de os interesses e direitos lesados serem defendidos concomitante faz que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.

Em cotejo às posições antagônicas, comungamos do entendimento de Aluisio Gonçalves Mendes de Castro, porque diversamente do quanto asseverado por Marinoni, os autores das demandas que serão suspensas com a admissibilidade do IRDR *não estarão excluídos do debate e poderão exercer o contraditório*, atuando como interessados⁸⁵.

Além disso, há no capítulo destinado à disciplina do IRDR vários outros dispositivos que facilitam o acesso à justiça e se destinam a assegurar um processo equitativo, a saber: ser um procedimento gratuito⁸⁶, eliminando as barreiras econômicas; a intervenção obrigatória do Ministério Público⁸⁷ para fiscalizar o cumprimento da Lei; a ampla divulgação e publicidade de todo o incidente⁸⁸; a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*⁸⁹, contribuindo para o enriquecimento do debate; a previsão de continuidade do incidente em caso de desistência ou

⁸⁴ 2017, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁵ Código de Processo Civil, artigos 982, § 4º e 983, *caput*.

⁸⁶ *Ibid.*, artigo 976, § 5º.

⁸⁷ *Ibid.*, artigo 976, §2º.

⁸⁸ *Ibid.*, artigo 979, *caput*.

⁸⁹ *Ibid.*, artigo 983, parágrafo único.

abandono, destinado a coibir o eventual conluio entre as partes⁹⁰; e a razoável duração do processo trazida pela previsão de prazo máximo de julgamento⁹¹.

Os últimos *sujeitos processuais* mencionados pela Lei que podem requerer a instauração do IRDR são o Ministério Público e a Defensoria Pública⁹².

No entendimento de Marcos de Araújo Cavalcanti, isso estaria relacionado à legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública⁹³. Assim, na percepção do autor, o Ministério Público e a Defensoria devem ponderar no momento qual é a medida processual mais adequada para atingir os objetivos buscados: requerer a instauração do IRDR ou propor a ação coletiva⁹⁴.

Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni aduz que as referidas instituições estariam *representando* os excluídos e que uma leitura constitucionalizada do incidente exigiria que os litigantes excluídos participem, obrigatoriamente, por intermédio dos representantes adequados⁹⁵.

Concordamos com Cavalcanti quanto à ponderação do mecanismo processual mais adequado para alcançar os objetivos posto em jogo, de acordo com o que foi exposto no tópico “2.2”.

Por outro lado, discordamos de Marinoni quanto à necessidade de o IRDR ser instaurado, obrigatoriamente, pelo Ministério Público ou pela Defensoria. Primeiro, porque já foi dito que não se trata de *legitimidade* e que as partes das demandas individuais suspensas participarão do incidente na condição de interessadas⁹⁶. Segundo, porque o Ministério Público sempre atuará no feito, pois quando o IRDR não for por ele requerido, ele “intervirá obrigatoriamente no incidente”⁹⁷.

⁹⁰ Código de Processo Civil, artigo 976, § 2º.

⁹¹ *Ibid.*, artigo 980, *caput*.

⁹² *Ibid.*, artigo 977, inciso III.

⁹³ Lei nº 7.347/1995, artigo 5º, incisos I e II.

⁹⁴ *op. cit.*, p. 244.

⁹⁵ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 81.

⁹⁶ No mesmo sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes assevera: “Nos processos paralelos, os interessados, assim considerados todos os que discutam nos respectivos processos a questão objeto do IRDR, não figuram, em princípio, como partes, mas, no sistema brasileiro, dispõem de poder de atuação voluntária no incidente, para fiscalizar e complementar as partes do incidente”. In: **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas...**, *op. cit.*, p. 125.

⁹⁷ Código de Processo Civil, artigo 976, § 2º.

2.4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Visto quem são os sujeitos que podem requerer a instauração do IRDR, agora, cumpre investigarmos em quais casos o incidente é cabível. Trata-se do exame dos requisitos de admissibilidade, que além de auxiliar na compreensão do instituto, acabam por reforçar as suas finalidades.

O artigo 976 do atual Código de Processo Civil disciplina essa questão, donde inferimos que os requisitos de admissibilidade podem ser classificados em *positivos* e *negativos*, ou seja, aqueles que devem estar presentes e aquele outro que não pode ocorrer para que o IRDR possa ser admitido.

São requisitos positivos: i) a *efetiva repetição de processos*; ii) a controvérsia sobre *questão unicamente de direito*; e iii) o *risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*⁹⁸.

Por outro lado, o único requisito negativo consiste em *não* haver perante os Tribunais Superiores, recurso excepcional afetado para fixação de tese jurídica sobre a mesma *questão de direito* que se pretende ver resolvida pelo IRDR⁹⁹.

Cada um dos requisitos será abordado separadamente para fins de organização didática.

Observamos que a exigência de causa pendente no tribunal não foi arrolada dentre os requisitos de admissibilidade do IRDR, porque o artigo 976 não o menciona.

Desta forma, é necessário responder ao problema que surgiu no tópico anterior, que consiste em saber se da leitura do parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil¹⁰⁰, extrai-se ou não o requisito da pendência de causa no Tribunal para que o incidente possa ser admitido.

⁹⁸ Código de Processo Civil, artigo 976, incisos I e II.

⁹⁹ *Ibid.*, artigo 976, § 4º.

¹⁰⁰ Diz o artigo 978, parágrafo único: “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Respondendo afirmativamente a essa questão, Marcos de Araújo Cavalcanti argumenta que “o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária” e isso decorreria da expressão do dispositivo “julgará igualmente”¹⁰¹.

Em posição contrária, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes advoga o entendimento de que o referido dispositivo trata de uma *regra de prevenção*. Desse modo, na hipótese de o IRDR se originar a partir de um processo que está em tramite no tribunal, seja por via recursal, seja por competência originária, o tribunal julgará, também, o feito, para assegurar que a tese jurídica formada no incidente será aplicada com fidelidade¹⁰².

O autor observa, contudo, que essa regra não tem o condão de impedir que o IRDR se origine a partir de ações que ainda estão na primeira instância, porque o artigo 977, inciso I, do mesmo diploma legal, é claro em estabelecer que o incidente poderá ser instaurado pelo juiz, donde se extrai a autorização para que o IRDR se inicie a partir de casos que ainda não chegaram ao tribunal¹⁰³.

Para ilustrar a posição defendida por Mendes e que também é encampada por Sofia Temer¹⁰⁴, imagine-se, por exemplo, que seja requerida a instauração do IRDR para pacificar uma questão relacionada ao Direito das Famílias, a partir de um processo que está em trâmite perante a 3ª Vara das Famílias e Sucessões da Comarca de Ribeirão Preto/SP. O juiz da referida Vara dirigirá seu requerimento ao presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰⁵, sendo que o regimento interno desse tribunal irá dizer qual será o órgão especial que terá competência para julgar o IRDR¹⁰⁶. Fixada a tese jurídica, o juiz de primeira instância (o da 3ª Vara das Famílias e Sucessões) deverá aplicá-la ao caso e julgando as demais questões do processo, proferir uma sentença. Se uma das partes apelar da sentença, o recurso de apelação deixará de ser julgado por uma das câmaras de direito privado I (que é naturalmente competente para julgar os recursos de apelação sobre matérias de Direito das Famílias, conforme Resolução

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 225.

¹⁰² 2017, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 110-113.

¹⁰⁵ Código de Processo Civil, artigo 977, *caput* e inciso I.

¹⁰⁶ *Ibid.*, artigo 978.

do TJ 623/2013), deslocando-se a competência para o mesmo órgão especial que fixou a tese jurídica do IRDR.

Compartilhamos do entendimento de que a existência de causa pendente no tribunal não se constitui em um requisito de admissibilidade do IRDR, porque tal interpretação seria prejudicial às próprias finalidades do instituto, à medida que as demandas continuariam se proliferando até que algum dos processos chegasse até o tribunal para, então, ser admitido o incidente.

Além disso, na ausência de recurso ou de processo de competência originária dos tribunais, haveria intransponível barreira à instauração do incidente, permitindo que sentenças antagônicas transitassem em julgado, com violação às garantias constitucionais da isonomia e da segurança jurídica.

Registre-se, ainda, que a constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil, é controversa e será testada em tópico próprio.

Agora, basta dizermos que não é exigida a pendência de causa no tribunal para instauração do IRDR, analisando-se, por conseguintes, os verdadeiros pressupostos de admissibilidade.

2.4.1 Efetiva Repetição de Processos

A primeira parte do inciso I do artigo 976 do Código de Processo Civil exige a “efetiva repetição de processos”.

Interpretando o referido trecho, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero asseveram que “não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras. É necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente, já no momento em que é instaurado o incidente”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 579.

Embora a repetição de processo deva ser contemporânea ao momento do pedido de instauração do IRDR, isso não significa que a Lei exija um número exorbitante de processos, conforme entendimento aprovado no Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Buscando estabelecer um requisito objetivo para instauração do IRDR, a *efetiva repetição de processos*, o legislador deixou, contudo, de dizer qual é o número mínimo para que o incidente seja admitido, cuja missão ficará a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes sugere que o direito brasileiro se socorra dos critérios que norteiam o *Musterverfahren* no âmbito da justiça administrativa e da previdência social¹⁰⁸, que, conforme será demonstrado no tópico “3.1.1”, exige a prévia existência de mais de vinte requerimentos, ou seja, no mínimo, vinte e um.

Marcos de Araújo Cavalcanti, a seu turno, propõe que a quantidade mínima seja periodicamente determinada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, considerando as especificidades de cada Estado e Região¹⁰⁹.

O fato é que ainda não há um consenso acerca da melhor interpretação a ser dada. Em razão disso, observamos na justiça brasileira disparidade de entendimentos acerca da satisfação desse requisito.

Citamos, por exemplo, a Justiça Estadual de Rondônia, que admitiu o IRDR para discutir o tema do adicional de compensação orgânica devido aos policiais militares daquele Estado, previsto na Lei Complementar 1.063/02. Em que pese as ações que foram mencionadas para cumprir o requisito da efetiva repetição

¹⁰⁸ 2017, *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 216.

tivessem pluralidade de litisconsórcio, elas somavam o pequeno número de 04 (quatro) processos¹¹⁰.

Pode ser mencionado como outro exemplo na direção contrária, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que admitiu o IRDR objetivando apreciar se é indevida a cobrança de valores referentes à telefonia sem solicitação do usuário, com o consequente pedido de indenização por danos morais, em contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, cujo tema se repetia em 23.843 (vinte e três mil, oitocentos e quarenta e três) processos¹¹¹.

Conjugando as premissas acima, compartilhamos do entendimento firmado no Enunciado nº 87 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis, acrescentando que “a efetiva repetição de processos” além de ser examinada sob os primas do risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia, deve considerar, também, o número potencial de demandas que podem ser ajuizadas sobre a mesma questão de direito (causas futuras), cuja a constatação pode ocorrer a partir do contingenciamento de vítimas e partes interessadas daquela dada relação jurídica.

Desse modo, nos termos propostos, o IRDR poderá ser admitido a partir de dois processos, desde que seja demonstrado que a questão de direito que pretende se examinar será juridicamente relevante para dezenas, centenas ou milhares de pessoas, embora estas ainda não tenham ajuizado suas demandas.

Registramos, por derradeiro, que pode ser apresentado ao mesmo tribunal, mais de um requerimento de instauração do incidente versando sobre a mesma questão. Nesse caso, já se consolidou o entendimento no meio doutrinário, por meio do Enunciado nº 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civil, segundo o qual, os requerimentos deverão ser apensados e processados conjuntamente, sendo que aqueles que forem apresentados posteriormente à decisão de admissibilidade do IRDR, serão reunidos e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles expostas.

¹¹⁰ Cf. Processo nº 0803460-17.2016.8.22.0000, dados obtidos GRUPO DE ESTUDOS DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO (Brasil). Universidade de São Paulo. **Observatório Brasileiro de IRDRs.** 2019. Disponível em: <<http://observatorioidr.direitorp.usp.br/pulicacoes/>>. Acesso em: 04 set. 2019.

¹¹¹ Processo nº 0024611-40.2016.8.16.0000, *ibid.*, *loc. cit.*

2.4.2 Questão Unicamente de Direito

O exame da questão unicamente de direito constitui mais um dos requisitos de admissibilidade do IRDR, ao mesmo tempo em que delimita qual é o objeto que será examinado e decidido no incidente.

A segunda parte do inciso I, do artigo 976, do Código de Processo Civil estabelece que deve haver entre os processos que se repetem uma “mesma questão de direito”.

Tendo em vista que não há na lei palavra inúteis¹¹², o vocábulo *questão* já demonstra que o IRDR não julga *lides*¹¹³, mas resolve *questões* que se repetem em vários processos.

Desse modo, como bem esclarecido por Juliana Provedel Cardoso, as demandas repetitivas podem corresponder tanto às situações jurídicas isomórficas, quanto às situações de estrutura heterogêneas¹¹⁴.

A doutrina denomina de *isomórficas*, as demandas que possuem causa de pedir e pedidos semelhantes, haja vista que nelas existem pretensões de direito material com elementos de *fato* ou de *direito* comuns¹¹⁵.

Já as demandas de estrutura heterogêneas são aquelas que apesar de não terem semelhança com o pedido e/ou com a causa de pedir, têm um ou alguns pontos em comum, que no caso do IRDR, serão as *questões de direito material ou processual*. Por exemplo, regra sobre competência, normas procedimentais relativas à fase de cumprimento de sentença ou ao processo executório, legalidade de determinada cobrança ou ato normativo, dentre outros.

A *questão de direito* que o IRDR busca fixar a tese jurídica, pode surgir a partir de variados processos, individuais ou coletivos, com semelhanças de causa de

¹¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 262

¹¹³ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 125.

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo, *op. cit.*, p. 1.420.

pedir e pedidos ou não. Portanto, o incidente não pode ser instaurado *apenas* a partir de casos que versem sobre direitos individuais homogêneos¹¹⁶.

Em razão do legislador ter excluído do âmbito de aplicação do IRDR a fixação de tese jurídica sobre matéria fática, existem críticas doutrinárias argumentando ser impossível a completa separação entre os fatos e o direito.

Antonio Castanheira Neves argumenta que “o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”¹¹⁷.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier anota que “o *fenômeno direito* ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas”¹¹⁸.

A despeito de toda deferência que merecem esses respeitáveis juristas e sem desconsiderar que são os fatos que dão origem as normas¹¹⁹, já que a função primordial do direito é regular as condutas humanas, não se pode negar que antes mesmo do advento do atual Código de Processo Civil, já existia no ordenamento jurídico brasileiro procedimentos que trabalham com o fenômeno da abstrativização, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade e os recursos excepcionais que não admitem a rediscussão de matérias fáticas, conforme súmulas nº 7 do STJ¹²⁰ e nº 279 do STF¹²¹. O IRDR segue esta mesma linha.

Neste esteio, a melhor interpretação doutrinária acerca do requisito “questão unicamente de direito” é no sentido de que o julgamento não dependerá da

¹¹⁶ No mesmo sentido: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186, p.87-107, ago. 2010; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁷ A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Almedina, 1995. p. 521-522.

¹¹⁸ Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, p.52-70, out-dez. 1998.

¹¹⁹ Afirmação que encontra fundamento na Teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. In: _____ . **Lições preliminares de Direito**, *op. cit.*, p. 64-68.

¹²⁰ Estabelece o verbete de nº 7 do STJ que: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹²¹ A súmula nº 279 do STF dispõe que: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

produção de provas. Ou, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, o artigo 976 “não quis proibir a resolução de questões de direitos que repousam sobre fatos, mas desejou evidenciar que o incidente não pode ser invocado quando é necessário elucidar matéria de fato”¹²².

Entretanto, isso não significa que o IRDR só pode ser instaurado a partir de casos que já estejam instruídos, como defendido por Juliana Provedel Cardoso¹²³, haja vista que não é necessário produção de provas para se buscar qual a competência para o julgamento de determinada demanda, por exemplo, além daqueles outros que foram retro mencionados.

Sofia Temer aprofunda essa controvérsia e esclarece que além de trabalhar com questões *predominantemente de direito*, o IRDR não desconsidera os fatos para a fixação da tese jurídica. Todavia, o incidente não trabalha com fatos concretos, mas com *fatos projetados*, para assim definir a quais situações serão aplicadas o entendimento formado no IRDR sobre determinada norma, formando o que a jurista chamou de “fato-tipo”. A autora acrescenta que quanto mais abstrato o texto normativo que será objeto do incidente, mais importante é o trabalho do tribunal, que julgando o IRDR, irá descrever o fato-tipo ao qual a tese jurídica será aplicada¹²⁴.

É digna de nota, a reflexão proposta por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, se o legislador teria acertado ao excluir as questões fáticas do âmbito de aplicação do IRDR, distanciando-o dos seus modelos inspiradores. Para esse autor, “a falta de experiência quanto ao procedimento fracionado do IRDR, com a limitação à questão jurídica, talvez o torne de mais fácil absorção, [...] deixando-se para um momento posterior, se positiva a experiência, a ampliação do seu objeto”¹²⁵.

Ousamos em divergir de Mendes, porque entendemos que nem mesmo no futuro será possível incluir os fatos no procedimento do IRDR, haja vista que isso importaria que as demandas repetitivas tivessem, obrigatoriamente, semelhantes causas de pedir e pedidos, aproximando-as dos casos que versam sobre os direitos individuais homogêneos, os quais recebem um melhor tratamento jurídico por meio

¹²² Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 53-54.

¹²³ *Op. cit.*, p. 128.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 73-78.

¹²⁵ 2017, *op. cit.*, p. 112.

das ações coletivas, que inclui não apenas a fixação de uma tese, mas o próprio julgamento definitivo de mérito, conforme será demonstrado no capítulo “4”.

Em linhas conclusivas, defendemos o entendimento de “questão unicamente de direito” é aquela *predominantemente* de direito, que se abstrai das indagações acerca da existência ou prova dos fatos, bem como que ela pode se referir a questões preliminares, prejudiciais ou posteriores ao mérito¹²⁶.

2.4.3 Risco de Ofensa à Isonomia e à Segurança Jurídica

No item “2.2” afirmamos que o risco de ofensa à segurança jurídica e à isonomia é, ao mesmo tempo, a razão teórica e um dos requisitos para a instauração do incidente. Naquela oportunidade, a questão foi vista sob a perspectiva dos objetivos a serem alcançados, sua razão teórica. Aqui, a abordagem será feita como requisito, investigando se para a instauração do IRDR basta o risco de ofensa à isonomia ou se é necessário a existência de decisões antagônicas sobre a questão jurídica que se pretende ver fixada a tese jurídica.

Embora o Código de Processo Civil tenha usado o vocábulo *risco*, a doutrina interpreta o inciso II, do artigo 976, de acordo com as próprias finalidades do incidente, argumentando a necessidade de “risco concreto e não abstrato”¹²⁷.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que se não houver decisões judiciais controversas sobre a questão jurídica que se pretende ver dirimida no IRDR, ainda que exista a possibilidade de repetição dos processos, não haverá razão para instaurar o incidente, porque não haverá o que prevenir¹²⁸.

Como expomos alhures, faltarão interesse jurídico (necessidade-utilidade) para a instauração do incidente¹²⁹, com a suspensão de muitas demandas, porque

¹²⁶ Nesse último ponto, o presente trabalho comunga do entendimento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 112.

¹²⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 113.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 1.968.

¹²⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 215.

se a questão de direito tem sido interpretada e julgada da mesma forma pelos juízes e tribunais brasileiros, a isonomia e a segurança jurídica estarão preservadas.

Não se perca de vista, que embora o inciso I exija a efetiva repetição do processo, o IRDR tem como uma de suas finalidades evitar que pessoas em posições jurídicas semelhantes recebam tratamento distinto pelo Poder Judiciário, ou seja, visa assegurar que todos sejam concretamente iguais perante a lei.

Além disso, uma das funções dos atos judiciais é regular comportamentos humanos, possibilitando que os cidadãos tenham previsibilidade de como determinada conduta será julgada à luz do direito, para pautar suas escolhas¹³⁰.

Noutro prisma, prévia existência de decisões díspares sobre a mesma questão de direito permite um amadurecimento do debate, enfrentando a questão sobre perspectivas diferentes¹³¹, a fim de que a tese jurídica que será fixada no incidente – e que vinculará as demandas suspensas e os casos futuros, nos termos do artigo 985, do código de processo civil – se forme, considerando a miscelânea de situações em que a norma poderá ou não incidir.

Neste esteio, a exigência de pronunciamentos judiciais antagônicos demonstra que o IRDR tem por finalidade evitar que eles transitem em julgado, seja pela não interposição tempestiva dos recursos destinados a pacificarem o direito, seja porque mesmo após o esgotamento das vias recursas, a questão jurídica continuou recebendo respostas distintas do Poder Judiciário.

Portanto, concordamos com a doutrina, no sentido de que o inciso II, do artigo 976, do Código de Processo Civil, exige a coexistência de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito, pois são elas que colocam em risco a isonomia e a segurança jurídica.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 67-68; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 149.

¹³¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 193, mar. 2011, p. 262.

2.4.4 Inexistência de Recurso Especial ou Extraordinário Afetado Como Repetitivo

O § 4º, do artigo 976, do Código de Processo Civil, diz ser incabível o IRDR, quando o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça já estiver apreciando a questão de direito material ou processual, por sede de Recurso Extraordinário ou Especial, respectivamente, afetado como repetitivo. Trata-se, pois, de um requisito *negativo*, haja vista que sua verificação ensejará a inadmissão do incidente.

Como consignamos anteriormente, o atual código estabeleceu que o interesse e a legitimidade devem ser aferidos em todo e qualquer ato processual¹³², incluindo-se a instauração de incidentes. Por isso, carece de interesse (necessidade-utilidade) a admissão do IRDR, se suas finalidades já serão atingidas por outro instrumento processual.

Relembre-se, ainda, que o IRDR e os recursos repetitivos integram, igualmente, o *mecanismo de gestão e julgamento de processos repetitivos*¹³³.

Assim, não há sentido em se admitir o IRDR, se a controvérsia que se repete em vários processos, já será dirimida pelo sistema de recursos repetitivos, cuja decisão que se originará será vinculante para todos os órgãos judiciais em território nacional¹³⁴.

Então, a existência deste requisito negativo de admissibilidade é adequada, porque além de evitar o desperdício da atividade jurisdicional, obsta o risco de decisões conflitantes¹³⁵, decorrentes do julgamento simultâneo do IRDR e de um dos recursos repetitivos, aquele, em regra, em âmbito estadual ou regional e este de abrangência nacional.

Mas não são apenas essas as conclusões que extraímos do comando do § 4º, do artigo 976, do atual Código de Processo Civil. Uma interpretação sistemática de todo o diploma processual, autoriza outra afirmação: quando o incidente for

¹³² Código de Processo Civil, artigo 17.

¹³³ *Ibid.*, artigo 928.

¹³⁴ *Ibid.*, artigo 1.040.

¹³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.399.

admitido perante o tribunal estadual ou federal regional e, posteriormente, a mesma questão de direito for selecionada como tema representativo de controvérsia para julgamento de um recurso repetitivo pelas cortes superiores, ocorrerá a perda do objeto do IRDR com sua conseqüente extinção¹³⁶.

Isso demonstra, mais uma vez, a intensa preocupação do atual código em uniformizar a jurisprudência¹³⁷, bem como em estabelecer uma obrigatoriedade vertical das decisões, haja vista que a disparidade de pronunciamentos judiciais é uma anomalia do sistema.

2.5 PROCEDIMENTO

Dos 12 (doze) artigos que disciplinam o IRDR, podemos dizer que os artigos 976 a 982 cuidam da fase inicial (pressupostos de admissibilidade, sujeitos que podem requerer sua instauração, juízo de admissibilidade e providências preliminares); os artigos 983 a 984, da instrução e da sessão de julgamento; o artigo 985 das conseqüências da decisão; e, por fim, os artigos 987 e 986, da recorribilidade e revisão da tese jurídica fixada, respectivamente.

Justifica-se a abordagem do procedimento, porque pendem sobre o IRDR críticas de suposta violação às garantias processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do direito de ação. Assim, somente com a análise de como o incidente se desenvolve, é que será possível verificar se tais garantias são ou não observadas.

¹³⁶ Cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 233.

¹³⁷ Código de Processo Civil, artigo 926.

2.5.1 Juízo de Admissibilidade e Providências Preliminares

Dada a importância, vimos separadamente quem são os sujeitos que podem requerer a instauração do IRDR (item “2.3”) e quais os requisitos necessários para sua admissibilidade (item “2.4”).

Agora, é necessário verificarmos os aspectos relevantes do juízo de admissibilidade e, quando restar positivo, a determinação de suspensão dos processos.

Não obstante o requerimento de instauração do IRDR ser dirigido ao presidente do tribunal¹³⁸, o juízo de admissibilidade será feito pelo mesmo órgão que irá fixar a tese jurídica¹³⁹, ou seja, por aquele previsto no regimento interno como competente para pacificar a jurisprudência¹⁴⁰. Portanto, a admissão ou rejeição do incidente será feita por decisão colegiada e, em qualquer um dos casos, será irrecorrível, mas não preclusiva.

Decorre do Princípio da Taxatividade Recursal¹⁴¹ a irrecorribilidade da *decisão colegiada* que inadmita o IRDR, em razão da ausência de previsão de um recurso cabível. Nem mesmo uma mitigação do rol do agravo de instrumento¹⁴² poderia abrir a via recursal, porque este recurso não é adequado para impugnar *decisões colegiadas*, tampouco *decisões terminativas*¹⁴³.

Já a não incidência da preclusão é extraída do teor do § 3º, do artigo 976, do mesmo diploma legal, que é claro em estabelecer que “a inadmissão do incidente

¹³⁸ Código de Processo Civil, artigo 977, *caput*: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal”.

¹³⁹ *Ibid.*, artigo 981: “Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.

¹⁴⁰ *Ibid.*, artigo 978, *caput*: “O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”.

¹⁴¹ Sobre o Princípio da Taxatividade, também denominado de Regra da taxatividade consulte-se DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 132-133.

¹⁴² O que acarretaria uma enorme ampliação do entendimento firmado pelo STJ nos recursos especiais de números 1.696.396 e 1.704.520, no sentido de que o agravo de instrumento será cabível fora das hipóteses do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, sempre que houver urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

¹⁴³ Conforme interpretação a *contrario sensu* do *caput* do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, que diz ser cabível o agravo de instrumento para impugnar *decisões interlocutórias*.

de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”¹⁴⁴.

E ainda, conforme entendimento consolidado no Enunciado 651 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹⁴⁵, caberá sustentação oral na sessão de julgamento designada para o juízo de admissibilidade do IRDR, podendo fazer uso da palavra a parte que requereu a sua instauração, o Ministério Público, a Defensoria e qualquer interessado.

Destaque-se que o Código de Processo Civil exige *ampla e específica* divulgação e publicidade, tanto da instauração do IRDR quanto do seu julgamento, bem como a criação de um cadastro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁶.

Essas regras visam facilitar a identificação dos processos que veiculam a mesma questão de direito que será pacificada no incidente¹⁴⁷, além de impedir que seja instaurado mais de um IRDR para dirimir a mesma questão.

Admitido o incidente, a primeira providência a ser tomada pelo relator é determinar a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos.

Em princípio, serão suspensos apenas os processos que tramitam no Estado ou na região do respectivo tribunal em que o pedido foi apresentado¹⁴⁸.

Em nome da segurança jurídica (e acrescentamos também a isonomia), pode ser requerido ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (conforme a questão de direito que se pretende ver pacificada se refira a matéria constitucional ou infraconstitucional) que a suspensão abranja todos os processos em território nacional¹⁴⁹.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso leciona que a inadmissão do IRDR “não projeta qualquer tipo de *preclusão* – lógica, temporal, consumativa – de sorte que, uma vez suprida a carência antes verificada, o incidente pode ser retomado, ou, a depender da espécie, outro pode ser apresentado”. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*

¹⁴⁵ Eis o teor do referido enunciado: “É admissível sustentação oral na sessão de julgamento designada para o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, sendo legitimados os mesmos sujeitos indicados nos arts. 984 e 947, §1º.

¹⁴⁶ Artigo 979, *caput*.

¹⁴⁷ Código de Processo Civil, artigo 979, § 2º.

¹⁴⁸ *Ibid.*, artigo 982, inciso I.

¹⁴⁹ *Ibid.*, artigo 982, § 3º.

A suspensão nacional pode ser requerida pelo Ministério Público, pela Defensoria, pela parte que pediu a instauração do IRDR, ou ainda, pela parte do processo, que embora esteja tramitando perante outro estado ou região, discute a mesma questão de direito que é objeto do incidente¹⁵⁰.

Tais previsões são duramente combatidas por Luiz Guilherme Marinoni, que no seu entender, tocam às raias do absurdo, argumentando que as partes dos processos suspensos terão seus direitos constitucionais de ação suspensos, sem que haja no IRDR um representante adequado para atuar em nome delas¹⁵¹.

Essas críticas não resistem, entretanto, a um exame mais aprofundado.

Conforme oportunamente lembrado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a limitação territorial das decisões proferidas nas ações coletivas se constituiu em manifesta barreira ao acesso à justiça (cujo tema será abordado no item “4.5” deste trabalho)¹⁵².

Então, a experiência parece ter ensinado boas lições ao legislador, o qual buscou contornar o problema de um juiz ou tribunal determinar a suspensão de processos que tramitam fora dos limites de sua competência territorial, prevendo um mecanismo de suspensão nacional a partir de uma decisão de um dos tribunais superiores, os quais têm a função constitucional de uniformizarem o direito¹⁵³.

Determinada a suspensão, as partes dos processos suspensos serão intimadas, a fim de que tenham a oportunidade para demonstrarem distinção entre a questão objeto do IRDR e aquela que pende no seu processo¹⁵⁴.

Por derradeiro, devemos pontuar que o Enunciado 107 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal afirma que “não se aplica a suspensão do art. 982, I, do CPC ao cumprimento de sentença anteriormente transitada em julgado e que tenha decidido questão objeto de posterior incidente de resolução de demandas repetitivas”.

¹⁵⁰ Código de Processo Civil, artigo 982, § 4º.

¹⁵¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, p. 88-89.

¹⁵² 2017, *op. cit.*, p. 186-187.

¹⁵³ *Id.*, *ibid.*, p. 189-190.

¹⁵⁴ Cf. Enunciado 348 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos”.

Concordamos com o referido enunciado, ressalvando, todavia, que ele não será aplicável na hipótese do IRDR ter por objeto uma questão de direito processual relativa às normas do cumprimento de sentença, porque, nesse caso, haverá o interesse jurídico na suspensão dos processos que, embora tenham uma decisão transitada em julgada, ainda necessitem satisfazê-la por meio do procedimento executório.

2.5.2 Instrução

Além de determinar a suspensão, o artigo 982 do Código de Processo Civil estabelece outras providências que estão a cargo do relator do IRDR no tribunal. Elas se destinam à instrução do incidente, ou seja, a contribuir com o amadurecimento da questão de direito objeto do IRDR, para que a tese jurídica seja fixada a partir de um intenso debate, com riqueza de argumentos.

Conforme esclarece Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, as normas de instrução do incidente “buscam reunir não provas relacionadas a fatos, mas, sim, documentação que contribua para a boa condução do julgamento do IRDR, em termos de verificação da questão ou questões que realmente devem ser elucidadas”¹⁵⁵.

Nesse esteio, a Lei permite que o relator requisiite informações aos órgãos (de primeira e segunda instância) onde tramitam processos, nos quais a questão de direito objeto do incidente seja discutida¹⁵⁶. Tal medida se destina a investigar tanto o número aproximado de processos (aspecto quantitativo), quanto permite que seja aferido se a questão objeto do IRDR é realmente isomórfica, delimitando seus contornos (aspecto qualitativa) e qual será sua repercussão social¹⁵⁷.

¹⁵⁵ 2017, *op. cit.*, p. 197.

¹⁵⁶ Código de Processo Civil, artigo 982, inciso II.

¹⁵⁷ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 245; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 200-201.

Também deverá o relator intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias¹⁵⁸.

Não obstante o Código de Processo Civil utilize a expressão “querendo”, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery argumentam que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, em razão do interesse público que existe na uniformização da jurisprudência dos tribunais¹⁵⁹, cujo entendimento é por nós compartilhado.

Por conseguinte, a Lei prevê que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, no prazo comum de 15 (quinze) dias. Todos esses sujeitos poderão requerer, dentro do prazo estipulado, a juntada de documentos e as diligências que forem necessárias para a elucidação da questão de direito objeto do incidente. Sucessivamente, será dada a oportunidade para o Ministério Público se manifestar, também no prazo de 15 (quinze) dias¹⁶⁰.

Frise-se, mais uma vez, que tais providências não se destinam a elucidar *fato litigioso*, mas sim a amadurecer o debate em torno da questão de direito que será julgada no incidente.

Luiz Guilherme Marinoni assevera que “quanto mais a questão de direito se vincula a aspectos culturais, científicos, econômicos ou religiosos, mais o intérprete depende de um efetivo debate em torno deles”¹⁶¹. O autor conclui que se trata do “esclarecimento de circunstâncias necessárias para a compreensão da norma”¹⁶².

Da exegese do *caput*, do artigo 983, do Código de Processo Civil, é possível extrair que qualquer pessoa que tenha seu processo suspenso em razão da instauração do IRDR, possui interesse para se manifestar por escrito, juntar documentos e requerer diligências¹⁶³.

¹⁵⁸ Código de Processo Civil, artigo 982, inciso III.

¹⁵⁹ 2010, *op. cit.*, p. 1.973.

¹⁶⁰ Código de Processo Civil, artigo 983, *caput*.

¹⁶¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶² *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: Lei n. 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 585.

Isso é corroborado pelo Enunciado 175 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que é claro em estabelecer que “o relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas”.

Já os órgãos e entidades que poderão ser ouvidos, atuarão no IRDR na condição de *amicus curiae*, pois apesar de não terem um interesse direto, assim entendido como a posterior aplicação da tese jurídica fixada ao seu conflito subjetivo, esses sujeitos têm interesse indireto, que decorrem de suas funções institucionais.

Imagine-se, por exemplo, que o IRDR tenha por finalidade pacificar a legalidade da comercialização de determinado medicamento. Nesta hipótese, tanto a ANVISA, quanto associações de médicos ou pesquisadores da área da saúde poderão intervir no IRDR, contribuindo com seus conhecimentos técnicos, para que o tribunal tenha mais subsídios para fixar a tese jurídica.

É de se observar, que o legislador esqueceu de esclarecer quem são as *partes* referidas no *caput* do artigo 983, do Código de Processo Civil, uma vez que o IRDR não resolve um conflito subjetivo entre autor e réu, mas se destina a fixar uma tese jurídica sobre uma determinada questão de direito.

Para Marcos de Araújo Cavalcanti, *partes* são aquelas que participam do processo pendente no tribunal que justificou a instauração do incidente¹⁶⁴.

Mantendo-se coerência com tudo que já afirmamos, ousamos em divergir de Cavalcanti, porque defendemos a posição de que não existe a necessidade de uma causa pendente no tribunal para que o IRDR possa ser admitido.

Seguindo essa linha, em princípio, segundo nosso entendimento, *partes* referidas pelo artigo em comento são aquelas que peticionaram, requerendo a instauração do incidente e que são aludidas pelo artigo 976, inciso I, do mesmo diploma legal.

Questão mais delicada é saber quem são as *partes*, quando o IRDR se origina de ofício do juiz ou do relator, ou ainda, de petição do Ministério Público ou da Defensoria. Essa indagação tem como pano de fundo a verificação do

¹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 288.

contraditório, notadamente, em razão das críticas doutrinárias no sentido de que o incidente não elegeu *representantes adequados* para sua condução.

Para resolver essa indagação, é necessário tomarmos como base a tese defendida por Sofia Temer, no sentido de que o IRDR não se assemelha aos processos individuais (nos quais há a participação pessoal e direta do titular do direito), tampouco aos processos coletivos (com o mecanismo da legitimidade extraordinária que é exercida pelos representantes previstos em lei), porque não há um conflito subjetivo a ser elucidado¹⁶⁵, mas a pacificação do entendimento sobre determinada norma, que a Lei chama de *questão de direito*. Logo, não há que se falar em representantes adequados para o exercício do contraditório no incidente.

A autora prossegue afirmando que o contraditório no IRDR não significa direito de um dia perante a corte (direito de influência), mas direito de convencimento, o qual independe do envolvimento pessoal de todos os interessados e que se concretiza pela riqueza de argumentos e dados que irão contribuir para resolução da controvérsia jurídica¹⁶⁶.

Nesta ordem de intelecção, Temer conclui que para que seja observado o contraditório no IRDR, o tribunal deverá selecionar processos que tenham *abrangente argumentação*¹⁶⁷. Acrescenta ainda, que na hipótese de haver “‘correntes’ argumentativas claras, ou seja, ‘teses’ independentes umas das outras, o ideal é que o tribunal escolha um líder para apresentar cada uma dessas ‘correntes’”¹⁶⁸.

Comungamos da solução apresentada por Sofia Temer, porque ela se sustenta em uma aplicação analógica dos §§ 4º e 5º, do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, relativos aos recursos repetitivos, que preveem, respectivamente, que a escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal não vincula o relator no tribunal superior, uma vez que este poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão.

Desse modo, ainda que o IRDR se origine de uma petição subscrita pelas partes de determinado processo, visando a democratização do julgamento, o órgão

¹⁶⁵ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁶ *Id.*, *ibid.*, 150-151.

¹⁶⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 173.

¹⁶⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 180.

competente de julgar o incidente, poderá selecionar outros processos que veiculem a mesma questão de direito, ampliando o debate e permitindo que a controvérsia seja dirimida considerando diversas perspectivas.

Além disso, já afirmamos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Repetitivos compõem o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, ou seja, são duas espécies do mesmo gênero¹⁶⁹. Isso reforça a possibilidade de, na ausência de norma específica, o IRDR buscar dentro do seu microsistema disposições para colmatar a lacuna deixada pelo legislador.

Anote-se, por fim, que além das manifestações escritas, a Lei admite a designação de audiências públicas, para que sejam colhidos os depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria¹⁷⁰.

2.5.3 Sessão de Julgamento

O contraditório no IRDR não se exaure com a manifestação escrita das partes, dos interessados e do *amicus curiae*, pois a Lei prevê que no dia da sessão de julgamento, após a exposição pelo relator do objeto do incidente, há a possibilidade de sustentação oral, podendo fazer uso da palavra o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, bem como os demais interessados que se inscreverem com 02 (dois) dias de antecedência¹⁷¹.

Além disso, também há a determinação de que o conteúdo do acórdão deverá abranger a análise de todos os fundamentos que foram suscitados concernentes à tese jurídica, sejam favoráveis ou contrários¹⁷².

¹⁶⁹ Cf. Código de Processo Civil, artigo 928.

¹⁷⁰ *Ibid.*, artigo 983, § 1º.

¹⁷¹ Código de Processo Civil, artigo 984, incisos I e II.

¹⁷² *Ibid.*, § 2º.

Em que pese dedicarmos neste trabalho uma seção específica para tratar do exame de constitucionalidade do IRDR, a análise do seu procedimento já dá elementos seguros para afirmarmos que há intenso contraditório no incidente, inclusive, com maior abertura se comparada as demandas tipicamente individuais.

Destaque-se, por derradeiro, o compromisso do IRDR com a razoável duração do processo, haja vista que o artigo 980 do Código de Processo Civil fixa o prazo de 01 (um) ano para que o incidente seja julgado, iniciando a contagem a partir da decisão de admissão¹⁷³.

A inobservância do prazo faz com que os processos que estavam suspensos, aguardando a fixação da tese jurídica, retomem seu curso, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário¹⁷⁴.

É óbvio que fundamentação exigida pela Lei, não é a desculpa pelo atraso injustificável na resolução do incidente, mas sim o compromisso em se preservar as demais finalidades do IRDR: a isonomia e a segurança jurídica.

2.6 CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO QUE FIXA A TESE JURÍDICA

Com redação muito criticada pela doutrina, o artigo 985 do Código de Processo Civil¹⁷⁵ disciplina as consequências da decisão que fixa a tese jurídica, estabelecendo quais processos estarão sujeitos a ela.

Inferimos desse artigo, que a decisão de mérito do IRDR será aplicada aos processos individuais ou coletivos, presentes e futuros, que versem sobre a

¹⁷³ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 211.

¹⁷⁴ Código de Processo Civil, artigo 980, parágrafo único.

¹⁷⁵ *In verbis*: Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

mesma questão de direito, desde que tramitem na mesma área de jurisdição do tribunal donde se origina o acórdão, incluindo os processos que tramitam perante os juizados especiais do respectivo Estado ou Região.

Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça justificam a vinculação aos casos futuros, argumentando que se a decisão de mérito do IRDR valesse apenas para os processos já instaurados, haveria desperdício de tempo e energia, frustrando os escopos de razoável duração do processo e eficiência da prestação jurisdicional¹⁷⁶.

O fato é que em tais hipóteses, não há a possibilidade de deixar de aplicar o acórdão proferido no IRDR, sendo dever dos juízes e tribunais observá-lo¹⁷⁷, assegurando-se a parte interessada o uso da reclamação para garantir à aplicação da tese jurídica formada no incidente ao seu caso concreto¹⁷⁸.

Saliente-se, contudo, que nos termos do Enunciado 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador não é contraditória”.

Há ainda uma eficácia *extraprocessual* que se extrai do acórdão do IRDR, haja vista que se o incidente tiver por objeto questão de direito relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

Sofia Temer pondera, contudo, que o § 2º, do artigo 985, do Código de Processo Civil seja lido no sentido de que a decisão do IRDR confere *eficácia persuasiva* quanto à Administração Pública¹⁷⁹, a fim de evitar que ele seja inquinado pelo vício da inconstitucionalidade.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 355.

¹⁷⁷ Código de Processo Civil, artigo 927, inciso III: Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

¹⁷⁸ *Ibid.*, artigo 985, § 1º: Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: [...] § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 238-239.

2.7 RECORRIBILIDADE DA DECISÃO

Diferentemente da decisão de admissão do IRDR que é irrecorrível¹⁸⁰, o acórdão (julgamento de mérito do incidente) pode ser impugnado por meio do recurso extraordinário ou especial¹⁸¹, conforme a questão de direito se relacione à matéria constitucional ou infraconstitucional.

Em ambos os casos, a repercussão geral é presumida, com atribuição automática do efeito suspensivo ao recurso, ocasionando a paralisação de todos os processos em território nacional¹⁸².

Sabrina Nunes Borges lembra que no IRDR, o *amici curiae* possui legitimidade para recorrer, contrariando o antigo entendimento restritivo que prevalecia nos Tribunais Superiores¹⁸³.

Se o recurso for julgado por uma das Cortes Superiores, a tese jurídica firmada no IRDR será aplicada a todos os processos em território nacional. Ou seja, a vinculação deixa de ser regional ou estadual para alcançar abrangência nacional¹⁸⁴.

¹⁸⁰ De acordo com o que foi demonstrado no item “2.4” deste trabalho.

¹⁸¹ Código de Processo Civil, artigo 987, *caput*. Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

¹⁸² *Ibid.*, artigo 987, § 1º: [...] § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

¹⁸³ *Op. cit.*, p 101.

¹⁸⁴ Código de Processo Civil, artigo 987, §2º: [...] § 2º Apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

2.8 REVISÃO DA TESE JURÍDICA

Apesar da tese jurídica formada no IRDR ser aplicada também aos processos futuros, há a possibilidade de revê-la, de ofício ou a requerimento, desde feita pelo mesmo tribunal, nos termos do artigo 986 do Código de Processo Civil¹⁸⁵.

Esta previsão legal se destina a evitar o engessamento do direito, permitindo que a tese jurídica acompanhe as mudanças sociais, políticas, culturais e econômicas¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *In verbis*: A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

¹⁸⁶ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 281.

3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM FACE DO DIREITO COMPARADO

3.1 MUSTERVERFAHREN

Dentre os procedimentos encontrados na experiência estrangeira, o primeiro a ser apresentado é o *Musterverfahren*, porque a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 reconhece que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi criado com inspiração naquele instrumento do direito alemão¹⁸⁷, no qual a decisão serve de modelo¹⁸⁸ para a resolução de uma quantidade considerável de processos, nos quais haja semelhanças entre as pretensões, todavia, sem existir identidade de partes¹⁸⁹.

Não é a primeira vez que o legislador brasileiro buscou inspiração no direito germânico, já que o Código de Defesa do Consumidor possui algumas raízes na *Verbandsklage*, que são as ações associativas alemãs¹⁹⁰.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes enaltece a influência da escola processual alemã, argumentando que ela é uma referência dentro da família do *Civil Law*, exercendo significativa repercussão no Direito Processual Civil brasileiro. Contudo, o autor ressalva que o IRDR também encontrou inspirações no próprio direito doméstico, porque guarda semelhanças com os recursos repetitivos que já eram previstos artigos 543-B e 543-C da legislação processual de 1973¹⁹¹.

¹⁸⁷ FEDERAL, Senado. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

¹⁸⁸ Observa-se que “Muster” em alemão significa “modelo” ou “padrão”, conforme DICIONÁRIO Wörterbuch: Alemão-Português Português-Alemão Deutsch-Portugiesisch Portugiesisch-Deutsch. Porto: Porto, 2017, p. 126.

¹⁸⁹ WITTMANN, Ralf-thomas. Il "contenzioso di massa" in Germania. In: ALESSANDRO, Giorgetti; VALLEFUOCO, Valerio. **Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo**. Milão: Giuffrè, 2008. p. 178.

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 10.

¹⁹¹ 2017, *op. cit.*, p. 29.

No caso alemão, o *Musterverfahren* surgiu como decorrência da experiência prática, na época ainda carente de qualquer previsão legal, porque no período de 1960 a 1980, houve um expressivo número de questionamentos contrários aos projetos de construção de usinas nucleares e aeroportos em solo germânico. Tais objeções foram endereçadas à Justiça Administrativa e, num segundo momento, deslocou-se para um ramo especializado do Poder Judiciário¹⁹².

O cume para o surgimento do *Musterverfahren* foi a verificação de 5.724 (cinco mil, setecentos e vinte e quatro) demandas perante o Tribunal Administrativo de Munique que criticavam a construção do aeroporto internacional naquele local.

Em razão disso, o órgão judicial de primeiro grau (*Verwaltungsgericht München*¹⁹³), reconhecendo que seria inviável o andamento concomitante de todos esses processos, bem como identificando que neles haviam semelhanças quanto aos fatos e às alegações, decidiu selecionar 40 (quarenta) procedimentos que teriam instrução probatória e julgamento e cuja decisão serviria como modelo para os demais, os quais permaneceriam suspensos até o julgamento daqueles que foram selecionados¹⁹⁴.

Era a primeira vez, na experiência alemã, que se julgavam demandas “por atacado”. Tal inovação foi criticada e submetida ao controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha, a qual entendeu pela constitucionalidade e que os princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e da igualdade perante a lei não foram violados, porque as partes que tiveram seus processos suspensos poderiam ter requerido as medidas urgentes que se fizessem necessárias¹⁹⁵.

O viés ideológico adotado pela Corte foi a efetividade do processo, do qual a razoável duração é característica indissociável, de modo que os próprios tribunais poderiam estabelecer mecanismos de gestão de julgamento para concretizá-la. A economia de recursos (materiais e humanos) também foi um fator

¹⁹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹³ Tradução: Tribunal Administrativo de Munique, conforme DICIONÁRIO Wörterbuch: Alemão-Português Português-Alemão Deutsch-Portugiesisch Portugiesisch-Deutsch. Porto: Porto, 2017, p. 125 e 181.

¹⁹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 31-34.

positivo para a validação do procedimento adotado pelo Tribunal Administrativo de Monique.

Esta solução prática de identificar casos semelhantes, selecionar os que serviriam como representativos da controvérsia e suspender os demais, foi inserida na Lei Alemã, pela primeira vez, em 1991, com a inserção do § 93a no Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsprozessordnung*)^{196e197}. Depois, em 2005, foi editada a Lei sobre procedimento-modelo nos conflitos jurídicos de mercado de capitais (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG*)¹⁹⁸. E, por último, em 2008, houve a inserção do § 114a no Estatuto da Previdência e Assistência Social (*Sozialgerichtsgesetz*), com redação semelhante ao referido § 93a¹⁹⁹.

¹⁹⁶ CARDOSO, Juliana Provedel. **O MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 41-42.

¹⁹⁷ Diz o § 93a do Estatuto da Justiça Administrativa: “Seção 93a. (1) Se a legalidade de uma medida oficial for objeto de mais de vinte processos, o tribunal poderá realizar antecipadamente um ou vários procedimentos adequados (modelo de processo) e suspender os outros conjuntos de processos. Os interessados devem ser ouvidos com antecedência. A ordem deve ser incontestável. 2) Se tiver sido proferida uma decisão definitiva relativamente ao processo que foi executado, o juiz pode, depois de ouvir os interessados, ordenar a suspensão do processo mediante decisão unânime de que os processos não apresentam particularidades importantes. Uma natureza factual ou legal em comparação com outros procedimentos e fatos do modelo finalmente julgados foram esclarecidos. O tribunal pode apresentar provas em procedimentos modelo que tenham sido tomados; pode, a seu critério, ordenar o interrogatório repetido de uma testemunha ou de um novo laudo pericial pelo mesmo ou por diferentes peritos. O tribunal pode recusar moções para a obtenção de provas sobre fatos sobre os quais evidências já tenham sido tomadas no modelo de procedimento se a sua admissão em sua condenação livre não contribuir para a prova de novos fatos que sejam importantes para a decisão e retardaria a resolução de a disputa. Rejeição pode ocorrer na decisão de acordo com a primeira frase. Os interessados devem recorrer do recurso contra o despacho de acordo com a primeira sentença que seria admissível se o tribunal tivesse decidido por sentença. Os interessados serão informados do presente recurso”. Tradução livre, originalmente em inglês, cf. ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Code of Administrative Court Procedure**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0475>. Acesso em: 16 jun. 2019.

¹⁹⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 38.

3.1.1 A Tramitação do Procedimento-Modelo nos Conflitos de Competência das Justiças Administrativas (§ 93^a) e da Previdência e Assistência Social (§ 114^a)

No âmbito das Justiças Administrativa e Previdência e Assistência Social, o procedimento-modelo pode ser instaurado de ofício ou a requerimento das partes interessadas. Para tanto, exige-se que a legalidade de uma medida seja questionada em mais de vinte processos (ou seja, no mínimo, vinte e um processos)²⁰⁰.

Todavia, a existência de vinte e um requerimentos não impõem a instauração do procedimento-modelo. Este é admitido ou rejeitado por decisão irrecorrível, a fim de se evitar que as partes prolonguem a discussão acerca do seu cabimento²⁰¹.

O juízo de conveniência do procedimento-modelo é baseado na verificação da homogeneidade das situações individuais ou das alegações formuladas, bem como na demonstração de que a questão se repete em outros processos²⁰².

As partes interessadas devem ser ouvidas previamente à instauração do procedimento-modelo, tanto em observância a garantia processual do contraditório, que é previsto no Estatuto do Processo Civil alemão (§ 139 da *Zivilprozessordnung* [ZPO]), quanto para que possam contribuir, oferecendo argumentos e dados que auxiliarão na escolha das causas paradigmáticas, as quais devem ser abrangentes, permitindo a análise de todos os pontos de vista da questão e, ao mesmo tempo, que não contenham muitas particularidades que não sejam relevantes a maioria dos interessados²⁰³.

Há, ainda, um critério subjetivo para a escolha dos casos-modelos, as partes que serão consideradas como representantes devem possuir significativo interesse com a questão de fato ou de direito discutida²⁰⁴.

²⁰⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 39.

²⁰¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 61.

²⁰² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 39.

²⁰³ *Id.*, *Ibid.*, p. 40.

²⁰⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 41.

Nada obsta que a delimitação das causas paradigmáticas e dos representantes adequados seja feita consensualmente pelas partes interessadas²⁰⁵.

Uma vez selecionados os casos-modelo, os demais processos ficarão sobrestados até o trânsito em julgado da decisão que resolver aqueles. Os processos suspensos são denominados de *Nachverfahren* (procedimentos posteriores)²⁰⁶.

Findo o julgamento-modelo, as partes que tiveram seus processos sobrestados serão intimadas para se manifestarem sobre o mérito de seus processos individuais, demonstrando a eventual existência de peculiaridades essenciais, sejam fáticas ou jurídicas, que as diferenciem dos casos paradigmáticos²⁰⁷.

Após, o Tribunal de primeira instância (*Landgericht*) proferirá decisão reconhecendo ou não a existência de particularidades nas demandas suspensas, contra a qual pode ser interposta apelação. Somente os casos que tiverem condições de julgamento imediato (ou seja, aqueles que não contenham significativas distinções com os casos-modelo) terão a decisão-modelo aplicada²⁰⁸.

Com relação aos demais, será aberta a fase instrutória para que as particularidades dos processos individuais sejam dirimidas. Com vistas à razoável duração do processo, o Tribunal poderá indeferir as provas irrelevantes ou desnecessárias, quando a prova requerida não puder distinguir o caso específico do procedimento-modelo julgado. Além disso, há a possibilidade do aproveitamento das provas produzidas nos casos-modelos, inclusive, as testemunhas e a prova pericial. A decisão que indeferir a produção de provas pode ser impugnada por recurso²⁰⁹.

²⁰⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 41-42.

²⁰⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 39.

²⁰⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 62.

²⁰⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 43.

²⁰⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 62.

3.1.2 A Edição da Lei Sobre o Procedimento-Modelo nos Conflitos Envolvendo o Mercado de Capitais (*Gesetz Über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* – KapMuG)

Novamente uma situação fática tornou necessário um mecanismo de gestão de processos para o julgamento conjunto daquelas demandas que, embora tivessem autores diferentes, eram propostas em face do mesmo réu, bem como se assemelhavam quanto ao pedido ou à causa de pedir.

Trata-se do caso que ficou conhecido pelo nome do demandado, *Deutsche Telekom*²¹⁰. Esta empresa ofertou, no período de 1999 a 2000, ações no mercado de valores mobiliários de *Frankfurt* e, em pouquíssimo tempo depois, elas sofreram significativa desvalorização²¹¹.

Já em 2001 e até 2003, aproximadamente 3 (três) milhões de acionistas que foram lesados pela aquisição daquelas ações, representados por 754 (setecentos e cinquenta e quatro) advogados diferentes, propuseram várias ações contra a *Deutsche Telekom*, pois entendiam que a desvalorização era decorrente de informações falsas e lacunosas quando de sua oferta, dentre as quais, o valor patrimonial da empresa que estava estimado em mais de 2 bilhões de euros, o que, posteriormente, verificou-se não ser verdadeiro²¹².

As demandas propostas totalizam mais de 150 (cento e cinquenta) milhões de euros referente aos prejuízos dos investidores e foram distribuídas perante o Tribunal de primeira instância (*Landesgericht*) de *Frankfurt*²¹³, que era presidido pelo juiz Meinrad Wösthoff²¹⁴.

O ajuizamento em série das demandas contra *Deutsche Telekom* provocou a total paralisia do órgão julgador, ao ponto de se estimar que seriam

²¹⁰ RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Civil alemán, ZPO:** traducción com um estúdio introductorio al proceso civil alemán contemporâneo. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 134.

²¹¹ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, 42.

²¹² BAETGE, Dietmar. **Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation.** 2007, p. 09. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

²¹³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 58.

²¹⁴ BAETGE, Dietmar, *op. cit.*, p. 09.

necessários, no mínimo, 15 (quinze) anos para o deslinde de todas aquelas ações, mesmo considerando a possibilidade de utilização da prova emprestada (aquelas que haviam sido produzidas ou colidas em causas paralelas) prevista no Estatuto do Processo Civil alemão²¹⁵.

Inconformados com o caos e o andamento vagaroso das ações, vários autores recorreram perante o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG), alegando denegação de justiça²¹⁶ e violação à garantia da razoável duração do processo²¹⁷.

Apesar do Tribunal Constitucional Federal alemão ter improvido os recursos, ele determinou que o Tribunal de primeira instância (*Landesgericht*) de *Frankfurt* buscasse meios para acelerar o julgamento dos processos, inclusive, referiu-se expressamente à experiência das demandas que questionavam a construção dos aeroportos de Munique, com o uso do procedimento-modelo²¹⁸.

Como não havia, até então, previsão legal para possibilitar o uso do procedimento-modelo no âmbito dos litígios sobre o mercado de capitais, o legislador alemão promulgou a *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmaktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG*²¹⁹, que contou com intenso debate acadêmico para sua elaboração²²⁰.

A *KapMuG* é, até o momento, uma lei de vigência temporária.

Inicialmente, foi elaborada para vigor até 01.11.2010. Depois, contou com três sucessivas prorrogações, tendo seus prazos de derrogação marcados, respectivamente, para 31.10.2012, 04.07.2013 e 01.11.2020, que é a versão mais recente²²¹.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “o Ministério da Justiça Alemão trabalha no desenvolvimento de um projeto de lei que implantará a *Musterverfahren* por tempo indetermindado e com modificações no seu escopo de aplicação”²²².

²¹⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 58.

²¹⁶ BAETGE, Dietmar, *op. cit.*, p. 09.

²¹⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 58-59.

²¹⁸ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, 43.

²¹⁹ Tradução livre: Lei sobre o procedimento-modelo nos conflitos envolvendo o mercado de capitais.

²²⁰ BAETGE, Dietmar, *op. cit.*, p. 09.

²²¹ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, 42.

²²² 2016, *op. cit.*, p. 175.

Ao contrário do procedimento-modelo previsto perante as Justiças Administrativa (§ 93a) e da Previdência e Assistência Social (§ 114a), a KapMuG não admite a instauração do incidente de ofício, nem pelo juiz e nem pelo Tribunal, de modo que é imprescindível o requerimento do autor ou pelo réu da demanda²²³.

O âmbito de aplicação da KapMuG se relaciona com as ações cíveis do mercado de capitais, para discutir os prejuízos causados por informações públicas falsas, enganosas ou omissas, bem como para pretensões condenatórias de adimplemento contratual acerca da aquisição e transmissão de valores mobiliários²²⁴.

Para Andrea Planchadell Gargallo, a nova Lei, centrada em técnicas procedimentais, buscou responder aos problemas que os sistemas processuais tradicionais enfrentavam para responder ao litígio coletivo, possibilitando que as múltiplas lides com elementos comuns, pudessem ser tratadas e resolvidas em um único procedimento, estendendo os efeitos da decisão a todas elas, além de contribuir, voluntária ou involuntariamente, para o desenvolvimento do direito²²⁵.

3.1.2.1 As três fases do *Musterverfahren*

A Lei sobre o procedimento-modelo nos conflitos envolvendo o mercado de capitais é dividida em três seções que correspondem as três fases do incidente²²⁶.

A primeira se refere ao requerimento e ao juízo de admissibilidade, que é feito pelo órgão de primeiro grau e na qual, o requerente deve demonstrar a presença dos seguintes requisitos: i) pertinência do tratamento coletivo, ou seja, demonstração que a resolução da controvérsia repercutirá em casos

²²³ CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, v. 147, p.123-146, maio 2007, p. 133.

²²⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 63.

²²⁵ **Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español**: un estudio comparado. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 443 e 446.

²²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 46.

semelhantes²²⁷; ii) descrição clara dos pontos litigiosos (*Streitpunkte*), os quais poderão versar sobre uma questão de fato ou de direito²²⁸; e iii) indicação dos meios de provas que utilizará para fundamentar suas afirmações²²⁹.

Há, ainda, a necessidade de se ouvir a parte contrária sobre o pedido de instauração do procedimento-modelo, em atendimento à garantia do contraditório²³⁰.

Não obstante a presença dos requisitos de admissibilidade, a instauração do procedimento-modelo será indeferida se a causa já estiver madura para julgamento ou quando o uso do incidente puder postergar indevidamente o deslinde de processo. Também não será instaurado, quando as provas requeridas forem inadequadas ou quando não houver necessidade de a questão ser resolvida de forma coletiva²³¹.

De modo semelhante ao que ocorre no âmbito das Justiças Administrativa e da Previdência e Assistência Social, a decisão que instaura ou rejeita o procedimento-modelo é irrecorrível²³².

O requerimento do procedimento-modelo será publicado em um cadastro eletrônico público e gratuito (*Klageregister*) com os principais dados (extrato do pedido, partes envolvidas e objetivo do procedimento-modelo)²³³. Este cadastro tem por finalidade facilitar a consulta pública, bem como para que os requerimentos posteriores de instauração do procedimento-modelo, referentes ao mesmo tema, sejam registrados em ordem cronológica e julgados conjuntamente ao primeiro²³⁴.

Dentro dos seis meses subsequentes ao registro da existência de um requerimento, para que o incidente possa prosseguir, há a necessidade de serem apresentados, no mínimo, outros nove requerimentos, os quais deverão possuir causa de pedir semelhante à do primeiro²³⁵.

Este prazo de seis meses pode ser dispensado, se o juízo de primeiro grau verificar, ao tempo da publicação no cadastro público, que já existem dez ou

²²⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 65.

²²⁸ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, p. 44.

²²⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 65.

²³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 47.

²³¹ CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 134.

²³² CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 65.

²³³ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, p. 44.

²³⁴ CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 135.

²³⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 48.

mais requerimentos²³⁶. Para efeito de contagem, também será admitido o procedimento-modelo quando o número de litisconsortes dos requerimentos apresentados totalizarem dez ou mais partes, mesmo se inexistir dez requerimentos²³⁷.

Todavia, se não for verificada a presença mínima de dez partes-interessadas no julgamento coletivo de determinada questão, o procedimento-modelo será indeferido, com a exclusão dos dados do cadastro público e os requerimentos existentes serão julgados como demandas individuais²³⁸.

Por outro lado, alcançado o número mínimo e atendidos os demais pressupostos positivos e negativos, antes mencionados, o juízo de primeiro grau competente para julgar o primeiro requerimento de instauração do procedimento-modelo²³⁹, com base no § 4º e alíneas da KapMuG,²⁴⁰ proferirá decisão (*Vorlagebeschluss*), provocando o Tribunal de hierarquia imediatamente superior para processar e julgar o procedimento-modelo²⁴¹, bem como fixará qual é a questão comum (*Musterfeststellungsziel*) dos diferentes processos a ser decidida²⁴². Trata-se de decisão irrecorrível e vinculativa para o órgão de segunda instância.

Em regra, o órgão judicial competente para julgar o mérito do incidente é o Tribunal Regional (*Oberlandesgericht* – OLG). Contudo, podem existir outros requerimentos de procedimento-padrão, sobre a mesma questão fática ou jurídica, em diversos Estados. Nesse caso, para concretizar a segurança jurídica, a KapMuG estabelece que o julgamento poderá ser atribuído a um tribunal superior, ou, outro tribunal específico cuja competência será determinada por meio de acordo entre os governos estaduais²⁴³.

A *Vorlagebeschluss* é a decisão que marca o início da segunda fase do procedimento-padrão²⁴⁴, com a qual, todos os processos individuais existentes e aqueles que forem instaurados até o trânsito em julgado da decisão-padrão, desde

²³⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 68.

²³⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 47-48.

²³⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 68.

²³⁹ *Id.*, *ibid.*, p. 67.

²⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 134.

²⁴¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 67.

²⁴² GARGALLO, Andrea Planchadell, *op. cit.*, p. 451-452.

²⁴³ CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 35.

²⁴⁴ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, p. 46

que tenham semelhante causa de pedir, serão suspensos²⁴⁵, independentemente de o autor da demanda individual ter requerido a instauração do procedimento-modelo, havendo apenas a necessidade de informá-lo acerca da suspensão²⁴⁶.

Isso porque a Lei considera os autores e os réus das demandas individuais como verdadeiras partes-interessadas (*Beigeladenen*), sendo irrelevante, para assim serem considerados, a efetiva intervenção deles no procedimento-modelo²⁴⁷.

Ademais, os objetivos da suspensão dos processos são a economia e a celeridade processual (haja vista que o congestionamento do judiciário e a consequente paralisação dos processos serão evitados) e, sobretudo, a impedir a existência de soluções contraditórias²⁴⁸.

Cientes da suspensão, os autores das demandas individuais poderão desistirem de suas ações, sem o consentimento dos réus. Se a desistência ocorrer dentro do prazo de um mês, contados a partir da comunicação, eles não serão atingidos pelos efeitos da decisão-modelo. Além disso, àqueles que desistirem de suas demandas individuais não arcarão com o rateio dos custos do incidente²⁴⁹.

A KapMuG ainda possibilita que os sujeitos que ainda não ajuizaram suas demandas, mas que possuem uma determinada controvérsia jurídica semelhante àquela que será julgada no incidente, poderão requerer a sua inscrição no registro do procedimento-modelo. Dessa forma, eles poderão aguardarem a decisão-padrão, sem correrem o risco de terem suas pretensões prescritas. Para tanto, deverão observarem o prazo máximo de três meses, contados após o trânsito em julgado da decisão-modelo, dentro do qual, caso queiram, deverão distribuírem suas demandas²⁵⁰.

Tal possibilidade se constitui em um importante instrumento, à medida que consegue conter a enxurrada de demandas repetitivas. Isso porque, as partes-interessadas não se sentirão ameaçadas pelo risco da prescrição e poderão aguardarem a decisão de mérito do *Musterverfahren* para decidirem se querem ou

²⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 48.

²⁴⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 69.

²⁴⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 71.

²⁴⁸ GARGALLO, Andrea Planchadell, *op. cit.*, p. 449.

²⁴⁹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 69.

²⁵⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 48.

não propor suas demandas individuais, a despeito da decisão-modelo não ser aplicada aos casos futuros²⁵¹. Ademais, os custos com a inscrição no registro do procedimento-modelo são muito menores do que aqueles necessários para o ajuizamento de uma demanda²⁵², o que reforça a potencialidade deste mecanismo frear a distribuição de demandas em série.

A doutrina também aponta que o registro de outros interessados no procedimento-modelo é instrumento de pressão ao demandado e que permite a ele uma visão global do conflito, incluindo a avaliação sobre um possível acordo²⁵³.

Quanto ao desenvolvimento do *Musterverfahren*, proferida a *Vorlagebeschluss* (decisão que admite o procedimento-modelo), o Tribunal competente para julgar o mérito do incidente (Tribunal Regional ou Tribunal Superior, conforme o caso) procederá a escolha do autor-principal (*Musterkläger*) e do réu-principal (*Musterbeglagte*), baseando-se no valor da pretensão, no objeto do procedimento-modelo e na opinião da maioria dos autores sobre quem deverá representá-los no *Musterverfahren*²⁵⁴.

Marcos de Araújo Cavalcanti observa que a escolha é feita apenas com relação ao autor-principal (*Musterkläger*), porque todos os réus das demandas que foram suspensas são considerados como réus-principais pela KapMuG²⁵⁵.

As partes-principais (também denominadas de partes-líderes) representarão todos os demais interessados e serão elas, juntamente, com seus respectivos advogados, que definirão as estratégias do grupo²⁵⁶.

Em que pese a escolha dos líderes, não é vedado às partes-interessadas atuarem, a qualquer momento, no processo, pois são consideradas como intervenientes para todos os fins, de modo que poderão postular dispondo de todos os recursos processuais. Todavia, suas postulações não poderão colidir com as das

²⁵¹ FOGAÇA, Mateus Vargas; CAMBI, Eduardo. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, maio 2015, p. 347.

²⁵² CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 73.

²⁵³ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

²⁵⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 48.

²⁵⁵ *op. cit.*, p. 70.

²⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo, *op. cit.*, p. 135-136.

partes-principais (*Musterkläger* ou *Musterbeglante*), mas somente complementá-las²⁵⁷.

Muito embora a decisão que determina quem são as partes-principais seja irrecurável, os autores-principais (*Musterkläger*) poderão ser substituídos quando se verificar que eles não estão representando adequadamente os interesses do grupo²⁵⁸, a fim de se evitar que as partes-interessadas sejam prejudicadas por uma atuação deficiente do condutor.

Não se olvide as hipóteses de desistência ou incapacidade das partes, cujas consequências variarão conforme esses fenômenos ocorram com os autores-líderes (*Musterkläger*) ou com as partes-interessadas (*Beigeladenen*). A desistência ou a incapacidade superveniente das partes-interessadas não provoca nenhuma consequência para o procedimento-modelo. Em contrapartida, caso o autor-principal (*Musterkläger*) desista de sua demanda ou lhe sobrevenha incapacidade ou insolvência, o Tribunal (*Oberlandesgericht* – OLG) deverá substituí-lo, observando os mesmos requisitos de eleição das partes-principais²⁵⁹.

Durante a instrução do *Musterverfahren* as partes-interessadas poderão se manifestarem por escrito, caso em que será fixado prazo para que elas possam complementar as razões das partes-líderes, bem como poderá ser designada audiência (*Vorbereitung des Termins*) para oitiva delas²⁶⁰. Havendo manifestação de algum interessado, deverá ser dado vistas ao autor-principal (*Musterkläger*) e aos réus, por observância ao contraditório²⁶¹.

Encerrada a fase instrutória, o tribunal julgará o mérito do procedimento-modelo (que deve ser previamente delimitado), resolvendo questões fundamentais e prejudiciais à solução dos casos que foram suspensos²⁶². É a decisão-padrão (*Musterentscheid*) que será aplicada às demandas individuais (*ausgesetzten Verfahrene*) na terceira fase do incidente²⁶³.

²⁵⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 49.

²⁵⁸ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 72.

²⁵⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 49.

²⁶⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 73.

²⁶¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 49.

²⁶² STURNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 193, 2011, p. 361.

²⁶³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 74.

3.1.2.2 Recorribilidade da decisão-padrão

A decisão-padrão é impugnável por meio do *Rechtsbeschwerde*, que é um recurso dirigido ao Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*²⁶⁴), que equivale ao nosso Superior Tribunal de Justiça²⁶⁵.

Trata-se de recurso com fundamentação vinculada, de modo que não poderá ser impugnada a decisão de instauração do procedimento-modelo, mas tão somente o mérito do *Musterverfahren*²⁶⁶ e se restringindo às questões de direito^{267e268}.

Além disso, o recorrente deverá demonstrar a “relevância para o desenvolvimento do direito (*Fortbildung des Rechts*) ou a necessidade de se assegurar a uniformidade da jurisprudência (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*)”²⁶⁹, que é um requisito semelhante à repercussão geral do direito brasileiro²⁷⁰.

Todas as partes do procedimento-modelo têm legitimidade para recorrerem da decisão-padrão, de modo que o recurso pode ser interposto pelo autor-principal, pelos réus ou por qualquer uma das partes-interessadas²⁷¹.

²⁶⁴ Renato Beneduzi consigna que o BGH é um sucessor do tribunal de cúpula do Império (*Reichsgericht*), o qual é composto por doze *Senate* cíveis (*Zivilsenate*), cinco criminais (*Strafsenate*) e oito *Senate* de competências especiais (por exemplo, para julgar matéria notarial ou de patentes). Não obstante ser uma corte superior, os processos são julgados com celeridade, pois, em 2016, 55,2% dos processos em matéria cível foram julgados no prazo de um e dois anos. In: **Introdução ao Processo Civil Alemão**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 44.

²⁶⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 51.

²⁶⁶ CAVALCANTE, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 76.

²⁶⁷ BENEDUZI, Renato, *op. cit.*, p. 127.

²⁶⁸ Registre-se que não há unanimidade doutrinária sobre a limitação do recurso (*Rechtsbeschwerde*) à matéria de direito. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes argumenta que em razão da competência originária do tribunal de segunda instância para julgar o *Musterverfahren*, resolvendo questões de fato ou de direito, em tese, o recurso (*Rechtsbeschwerde*) interposto em face da decisão-modelo devolveria ao Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*) ambas as matérias. Contudo, o autor admite que as questões de direito podem ter, na prática, prevalência sobre as fáticas. In: **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 51.

²⁶⁹ BENEDUZI, Renato, *op. cit.*, p. 127.

²⁷⁰ Para o direito brasileiro, repercussão geral é a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos, conforme estabelece o § 1º, do artigo 1.035, do Código de Processo Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 30 mai. 2019.

²⁷¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 76.

No recurso também haverá um representante para cada um dos polos do incidente, ou seja, existirá um recorrente-principal (*Musterrechtsbeschwerdeführer*) e um recorrido-principal (*Musterrechtsbeschwerdegegner*). Sendo o recurso interposto por uma das partes-principais, ela será considerada automaticamente como recorrente-principal (*Musterrechtsbeschwerdeführer*), enquanto se o recurso for formulado por uma, ou mais, partes-interessadas, será considerado recorrente-principal (*Musterrechtsbeschwerdeführer*) aquele que primeiro protocolou o recurso²⁷².

O juízo de admissibilidade do recurso (*Rechtsbeschwerde*) é feito diretamente pelo Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*), que também julgará o seu mérito, e restando positivo, será publicada uma decisão no Cadastro de Procedimentos-Padrão (*Klageregister*) para cientificar as partes do incidente e os próprios recorrentes sobre sua admissão²⁷³.

Tal comunicação também possibilita que eventual interessado apresente acréscimos às razões do recorrente-principal (*Musterrechtsbeschwerdeführer*), desde que o faça em até um mês da decisão de admissibilidade do recurso²⁷⁴.

A desistência superveniente do recurso pelo recorrente-principal (*Musterrechtsbeschwerdeführer*) não obsta o seu julgamento, porque o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof – BGH*) escolherá, dentre aqueles que intervieram no recurso, um novo recorrente-principal. O recurso só não será julgado se todos desistirem²⁷⁵.

Julgado o recurso ou na ausência de sua interposição, será iniciada a terceira, e última, fase do *Musterverfahren*, que corresponde à aplicação da decisão-modelo aos processos individuais que ficaram suspensos²⁷⁶.

²⁷² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 51.

²⁷³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 76.

²⁷⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 51.

²⁷⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 77.

²⁷⁶ CARDOSO, Juliana Provedel, *op. cit.*, p. 45.

3.1.2.3 Consequências das decisão-padrão

Examinaremos, agora, as consequências que a decisão-modelo gera para as partes-principais (*Musterkläger* e *Musterbeteiligte*), para os interessados (*Beigeladenen*) e para os tribunais inferiores.

Com efeito, o § 16 da KapMuG estabelece que a decisão do procedimento-modelo tem efeito vinculativo (*Bindungswirkung*) para os tribunais inferiores, cujas decisões dependam das questões decididas no procedimento-modelo²⁷⁷.

Todavia, a decisão não será aplicada aos casos futuros, mas somente àquelas demandas que já haviam sido ajuizadas e se encontravam suspensas no momento da decisão-modelo²⁷⁸. Em razão disso, Antonio do Passo Cabral defende não haver *efeito vinculante*, mas sim *extensão da coisa julgada* limitada pela litispendência individual, isto é, pela tramitação dos processos no momento da decisão coletiva²⁷⁹.

Quanto às partes-líderes (*Musterkläger* e *Musterbeteiligte*), a decisão-modelo será aplicada contra ou a favor delas, sem nenhuma restrição. Por isso, a doutrina afirma que não se trata de *efeito vinculante*, mas sim de *coisa julgada pro et contra*²⁸⁰.

O mesmo ocorre com relação às partes-interessadas (*Beigeladenen*) que tiveram seus processos suspensos, independentemente de elas terem intervindo ou não no incidente. Todavia, diferentemente das partes-principais (*Musterkläger* e *Musterbeteiligte*), os interessados (*Beigeladenen*) poderão se livrarem da aplicação da decisão-modelo quando demonstrarem que representação no *Musterverfahren* foi inadequada²⁸¹. Ou seja, que em razão do momento em que foram convocados, ou em virtude das declarações e ações das partes-principais (já que não poderiam

²⁷⁷ BORGES, Sabrina Nunes, *op. cit.*, p. 182.

²⁷⁸ MAZZO, Fernando Henrique Machado. **O incidente de resolução de demandas repetitivas: análise de sua eficácia enquanto instrumento para solução uniforme de demandas de massa.** 2018. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2018, p. 91.

²⁷⁹ *op. cit.*, p. 141.

²⁸⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 53.

²⁸¹ CAVALACANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 79.

contradizê-las, mas somente complementá-las), eles não puderam exercer de todos os meios de defesa.

Ressalte-se, por fim, que as partes-interessadas (*Beigeladenen*) que desistiram de suas demandas individuais após o transcurso do prazo de um mês da comunicação da instauração do incidente, também serão alcançadas pela decisão-modelo²⁸².

3.2 GROUP LITIGATION ORDER (GLO)

Originariamente, a Inglaterra não possuía uma codificação para regulamentar o modo em que as demandas cíveis se desenvolveriam judicialmente, pois, como destaca Daniel de Andrade Lévy, “o direito inglês sempre conviveu bastante bem com a falta de legislação específica em alguns setores, sobretudo por ser um direito consuetudinário baseado na experiência e menos na lei”²⁸³.

Em 1994, o anseio por melhorar o sistema de justiça e solucionar os problemas que já haviam sido identificados (excessiva lentidão, os altos custos com a propositura de uma demanda judicial²⁸⁴, a complexidade dos atos processuais e todas as incertezas do sistema) levaram o *Lord Woolf of Barnes*, atendendo ao pedido do *Lord Chancellor*, a perquirir essas questões, cujos resultados foram apresentados nos relatórios *Interim Report* de 1995 e *Final Report* de 1996²⁸⁵.

²⁸² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *op. cit.*, p. 52.

²⁸³ O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Exame à Luz da *Group Litigation Order* britânica. **Revista de Processo**, São Paulo, jun. 2011, p. 182.

²⁸⁴ Neil Andrews assevera que na Inglaterra não há mais verba pública para propiciar a justiça gratuita. Consequentemente, o litígio com múltiplas partes deve ser financiado por fontes privadas, que se constituem em três: i) seguro “pré-evento” das despesas; ii) apoio sindical (havendo a ressalva que desde 1970, a associação a sindicatos tem diminuído); e iii) amigos ou parentes prósperos que aceitem financiar a demanda. In: **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 344-345.

²⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo de (coord.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 452.

Houve reações tanto de apoio quanto de rejeição às conclusões apresentadas nos relatórios e, por causa delas, o *Lord Chancellor* determinou que o Sir Peter Middleton reexaminasse o assunto. Ainda em 1996, o Sir Peter Middleton concluiu seu relatório, no qual ele ratificava as soluções apresentadas pelo *Lord Woolf*, fazendo apenas algumas adequações²⁸⁶.

Como decorrência dos esforços empreendidos naquelas pesquisas, em 26 de abril de 1999, a Inglaterra e o País de Gales ganhavam seu Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure – CPR*)²⁸⁷.

Não obstante as *Rules of Civil Procedure* ter reservado espaço para as ações coletivas²⁸⁸, em sua redação original, não havia previsão da Ordem para o Litígio em Grupo (*group litigation orders – GLO*), as quais só foram inseridas 02.05.2000, por emenda que acrescentou os parágrafos 19.10 a 19.15 ao Capítulo *Parties and Group Litigation*²⁸⁹.

A ordem para o litígio em grupo não é uma típica ação coletiva, em que há só um processo, com a designação de um representante para terceiros e cujos efeitos da decisão também serão a eles aplicados.

Diferentemente disso, a GLO é um mecanismo de gestão de processos, por meio do qual, o Tribunal pode administrar as inúmeras demandas que se relacionam por questões de fato ou de direito comuns a todas elas²⁹⁰. Trata-se de um procedimento de agrupação de processos, “cujo objetivo é possibilitar que uma estrutura enxuta do Poder Judiciário possa confrontar-se com uma quantidade

²⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 452.

²⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 170.

²⁸⁸ A doutrina observa que ações coletivas sempre foram pouco utilizadas na Inglaterra, por dois motivos. O primeiro, deve-se aos altos custos com a demanda, pois mesmo se o autor sair vencedor, poderá não recuperar as despesas dos demais membros da classe; enquanto que se for sucumbente, será responsabilizado pessoalmente pelas despesas de seus opositores. O segundo, é a interpretação restritiva atribuída pelos Tribunais à expressão “interesses comuns” para identificar e reunir demandas, pois a mera possibilidade de coexistência de defesas diferentes (por exemplo, diferentes níveis de culpa) já seria suficiente para se entender como inexistente o “interesse comum” e obstar o uso da ação coletiva. Cf. ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 340-342.

²⁸⁹ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 184.

²⁹⁰ ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>>. Acesso em: 01 maio 2019.

enorme de demandas”²⁹¹. Ademais, para que as partes possam ser atingidas pelos efeitos da decisão, elas devem aderir, apresentando uma petição para propiciar sua entrada no registro do grupo²⁹², em típico modelo de *opt-in*²⁹³.

A doutrina anota que mesmo antes da introdução da GLO nas *Rules of Civil Procedure*, já havia um procedimento *ad hoc*, fundado na experiência, para reunião de demandas oriundas de um dano coletivo²⁹⁴. Dois são os exemplos recorrentemente citados. O primeiro, é o caso *Davies vs. Eli Lilly*, de 1987, em que se discutia os danos ocasionados pelo uso do medicamento *Opren*, cujos lesados eram, aproximadamente, 1.500 indivíduos²⁹⁵. E, o segundo, de 1999, denominado de *Hodgson vs. Imperial Tobacco LTd.*, no qual as partes buscavam indenizações pelas doenças que foram diagnosticadas como decorrentes da utilização do tabaco²⁹⁶.

Em síntese, durante o período que o agrupamento de demandas não era regulamentado pela Lei, o procedimento das demandas homogêneas era dado por acordo entre as partes e o magistrado²⁹⁷, mas as críticas quanto à insegurança ocasionada pela ausência de legislação são responsáveis pela Ordem para o Litígio em Grupo (GLO) ter sido incluída na Lei (CPR).

²⁹¹ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 186.

²⁹² DEU, Teresa Armenta. **Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 22.

²⁹³ Denomina-se *opt-in* o sistema em que cada indivíduo, para ser atingido pelos efeitos da decisão, deve manifestar seu desejo de participar da lide. Na via transversa, o modelo *opt-out* é aquele em que todos os indivíduos (titulares do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) serão automaticamente atingidos pelos efeitos da decisão e caso não queiram essa consequência, devem manifestar, expressamente, seu desejo de retirada. Portanto, o que varia entre os dois modelos é a utilidade da manifestação das partes interessadas, pois, no primeiro caso, ela se destina a registrar o interesse da parte em ser abarcada pelos efeitos da decisão, enquanto que no segundo, a manifestação objetiva excluir a parte das consequências da decisão. Cf. SZALAI, Ákos. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, Remco (Coord.). **Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 84; TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. **I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions**. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2012, p. 23-30; DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 115, n. 2, p.175-194, 2016. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss2/1>>. Acesso em: 24 jul. 2019; MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Oxford/portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

²⁹⁴ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 182.

²⁹⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 82.

²⁹⁶ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 183.

²⁹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 83.

3.2.1 Requisitos para sua Admissão e Características das GLOs

As *Rules of Civil Procedure* (CPR) prevê nas regras 19.10 e 19.11 que uma Ordem para o Litígio do Grupo (GLO) significa uma determinação para prover o gerenciamento de casos que dão origem a questões comuns ou relacionadas de fato ou de direito, as quais se convencionou denominar de “GLO issues”²⁹⁸.

Quanto à legitimidade, a Ordem para o Litígio em Grupo (GLO) pode ser dada de ofício ou mediante requerimento das partes, ou seja, do autor de uma demanda individual ou do réu que é demandado em diversas ações e que deseja que a macrolide receba tratamento uniforme²⁹⁹. Diferentemente do direito brasileiro, que possibilita que o Ministério Público ou a Defensoria requeiram a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas³⁰⁰, não há na legislação inglesa (CPR) a atribuição de legitimidade a uma entidade pública³⁰¹.

As GLOs almejam a eficiência processual da justiça, a igualdade de partes³⁰² e que elas sejam um instrumento de facilitação do trabalho jurisdicional³⁰³, sendo esses os parâmetros que devem orientar todo o desenvolvimento do procedimento.

Como corolário, as GLOs possuem uma natureza subsidiária, pois somente serão admitidas quando restar demonstrado que uma ação representativa não poderia resolver melhor o litígio³⁰⁴. Ou seja, há uma preferência da ação tipicamente coletiva (*consolidated litigation; ordinary joinder of co-claimants; representative actions*)³⁰⁵ em detrimento do mecanismo de reunião de demandas individuais³⁰⁶.

²⁹⁸ MENDES, Aluísio, *op. cit.*, p. 59.

²⁹⁹ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 345.

³⁰⁰ Cf. Código de Processo Civil, artigo 977, III.

³⁰¹ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 193.

³⁰² ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 346.

³⁰³ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 188.

³⁰⁴ DEU, Teresa Armenta, *op. cit.*, p. 22.

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 170.

³⁰⁶ Pelo mesmo motivo que André Vasconcelos Roque já argumentava, ainda durante o processo legislativo do novel Código de Processo Civil, que o incidente de resolução de demandas repetitivas também não irá tornar desnecessário o aprimoramento das ações coletivas no direito brasileiro. In: *As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde*

Para assegurar que as GLOs não irão acarretar mais desvantagens do que benefícios, a jurisprudência inglesa tem exigido que a questão comum (GLO *issues*) esteja presente, no mínimo, em dez demandas (sendo esse número apenas um parâmetro e não uma regra inflexível)³⁰⁷. Ainda sobre o espectro de abrangência do procedimento, quando ele é requerido por uma das partes, o requerente tem o ônus de demonstrar o *potencial* número de demandas que poderão se juntar ao grupo³⁰⁸.

Antes de se formular o pedido de formação de grupo, o interessado deverá consultar a *Law Society's Multi Party Action Information Service*, para checar se já não foi instaurada uma GLO para tratar da mesma questão, pois em caso positivo, ele poderá simplesmente aderir ao grupo já formado³⁰⁹. Essa exigência também se destina a evitar a concomitância de vários procedimentos destinados a mesma finalidade, fato que prejudicariam as próprias finalidades das GLOs³¹⁰.

O pedido de formação do grupo será submetido a dupla análise, haja vista que deve ser aprovado pelo tribunal em que ele é apresentado e confirmado por uma autoridade de instância superior³¹¹.

Em Londres, a GLO deve ser requerida na *High Court*, perante o *Senior Master* da *Queen's Bench Division* ou o *Chief Chancery Master* da *Chancery Division*. Quando formulado perante uma *County Courts* o pedido é dirigido ao *Designated Civil Judge*. Por fim, quando oferecido em um *District Registry*, o requerimento é endereçado ao *Presiding Judge* ou ao *Chancery Supervising Judge*³¹².

vamos?. **Revista Eletrônica de Direito Processual:** REDP, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p.36-65, dez. 2013. Semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

³⁰⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 85.

³⁰⁸ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 189.

³⁰⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas:** e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.f

³¹⁰ Frise-se que a finalidade é evitar a concomitância de duas GLOs com o mesmo objeto, todavia, como se verá adiante, a decisão padrão, em regra, não se aplica aos casos futuros. Então, aquelas demandas que forem ajuizadas após a data limite (*cut-off date*) poderão formarem outra Ordem para o Litígio em Grupo. Cf. ROSSONI, Igor Bimkowski, *op. cit.*, n. p.

³¹¹ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 345.

³¹² CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 90.

Verificando os requisitos de admissibilidade da Ordem para o Litígio em Grupo, a autoridade competente poderá reconhecer o cabimento do incidente, ou, de ofício, já expedir a ordem de formação do grupo³¹³.

Em qualquer um dos casos, a decisão proferida é considerada preliminar e está sujeita a ratificação de um *senior judge*, que é, geralmente, o *Lord Chief Justice*³¹⁴, exceto quando o procedimento foi requerido perante à *Chancery Division*, caso em que será o *Vice-Chancellor* quem deverá ratificar a decisão, ou, quando apresentado à uma *County Courts*, na qual o *Head of Civil Justice* é o *senior judge*³¹⁵.

Não obstante inexistir representação nas GLOs, sendo que cada parte “é titular tanto de uma cota do grupo, quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão”³¹⁶, o Tribunal elegerá um ou mais processos como modelo (*test claim*), bem como indicará um advogado principal dos autores e/ou dos réus (*solicitor*)³¹⁷. Essas escolhas também poderão resultarem de um acordo entre os próprios advogados das partes, sendo essa uma característica que, segundo Daniel de Andrade Lévy, retrata “a herança de um procedimento coletivo não regulado, em que prevalecia um *gentlemen’s agreement* entre as partes e o juízo”³¹⁸.

Entre as demandas que foram reunidas pelo grupo, deverão ser identificadas tanto as questões comuns entre elas (GLO *issues*) quanto as individuais, porque haverá uma cisão de julgamento, de modo que àquelas serão julgadas pelo Tribunal administrador (*management court*), enquanto estas serão decididas por tribunais locais³¹⁹.

O Tribunal administrador (*management court*) tem amplos poderes de gerenciamento da GLO, podendo ampliar, reduzir ou alterar os pontos controversos da demanda (GLO *issues*) que foram previamente fixados³²⁰. Também poderá

³¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, *op. cit.*, p. 58.

³¹⁴ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 188.

³¹⁵ ROSSONI, Igor Bimkowshi, *op. cit.*, n. p.

³¹⁶ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 343.

³¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 346.

³¹⁸ *Op. cit.*, p. 190.

³¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 63-64.

³²⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 94.

determinar a exclusão de uma demanda inserida no grupo, quando verificar que por suas especificidades, ela prejudicará o desenvolvimento do incidente³²¹.

Além disso, é a *management court* que fixará a data-limite (*cut-off date*) em que os autores das demandas individuais poderão requererem a sua inclusão no grupo. Transcorrido o prazo estabelecido, os autores, em regra, não poderão mais participarem do grupo e suas demandas serão julgadas como individuais^{322e323}. Apenas excepcionalmente, o juízo-administrador poderá admitir a inclusão no incidente de uma demanda após a *cut-off date*³²⁴.

Quando houver acordo, desistência ou abandono, também será o Tribunal administrador que realizará a substituição da *test claim* e/ou do *solicitor*³²⁵.

As demais regras, assim como a maior parte do procedimento das GLOs, estão previstas na Procedural Directions (PDs)³²⁶, que é uma Lei destinada à complementar as regras das *Rules of Civil Procedure*, no que se refere às Ordens para o Litígio em Grupo (GLOs)³²⁷.

3.2.2 Consequências da Decisão-Modelo e Pagamento das Custas

Tendo em vista que a Ordem para o Litígio em Grupo (GLO) é fruto dos esforços empreendidos para solucionar os problemas do sistema de justiça – dentre os quais, foram mencionados os altos custos com o processo e a excessiva lentidão –, bem como para atender aos escopos da eficiência processual, da igualdade de justiça e economia da estrutura do Judiciário, é imprescindível que sejam analisadas as consequências da decisão que resolve o incidente e o sistema de pagamento das despesas, para que se possa verificar se objetivos foram ou não atendidos.

³²¹ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 193.

³²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 171.

³²³ Para uma melhor compreensão da discussão acerca da data-limite, consulte-se o caso Taylor vs. Nugent Society, explicitado no artigo de Daniel de Andrade Lévy, *op. cit.*, p. 194-198.

³²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 191.

³²⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²⁶ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 192.

³²⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 60.

Quanto à decisão proferida no incidente, em regra, ela será aplicada a todas as demandas que aderiram ao grupo até o julgamento, ressalvada a possibilidade de a Corte determinar que ela também seja aplicada aos casos futuros³²⁸.

Os autores divergem quanto à natureza jurídica dessa decisão.

De um lado, estão aqueles que argumentam que a decisão produz *efeitos vinculantes*, são eles Neil Andrews³²⁹, Igor Bimkowski Rossoni³³⁰, Marcos de Araújo Cavalcanti³³¹ e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³³².

Na via transversa, Daniel de Andrade Lévy³³³ e Marcelo Augusto Koychi Nakashoji Pereira³³⁴ advogam o entendimento de que se trata de *coisa julgada*.

Para solucionar essa controvérsia, devem ser trazidos os conceitos de *efeitos vinculantes* e *coisa julgada*, ainda que de forma sucinta³³⁵.

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira – tratando do efeito vinculante presente nas decisões de controle de abstrato de constitucionalidade do direito brasileiro – leciona que o efeito vinculante “obriga a observância e o cumprimento da decisão por parte de todos os magistrados, administração pública e particulares”³³⁶ e linhas após, o autor acrescenta que o *efeito vinculante* “cria uma relação de subordinação, obrigando seus destinatários a aplicarem a mesma tese [...] aos casos que versam sobre aquela matéria decidida”³³⁷.

De modo diverso, a *coisa julgada* pode ser definida como “a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais. A

³²⁸ LÉVY, Daniel de Andrade, *op. cit.*, p. 193.

³²⁹ *op. cit.*, p. 347.

³³⁰ *op. cit.*, n. p.

³³¹ *op. cit.*, p. 95.

³³² 2017, *op. cit.*, p. 62.

³³³ *op. cit.*, p. 193.

³³⁴ Incidente de resolução de demandas repetitivas: juízo comparativo com os principais institutos de resolução massificada de conflitos. **Iudicium**: Revista de derecho procesal de la asociación iberoamericana de la universidad de salamanca, Salamanca, 2016, p. 178.

³³⁵ Posto que o instituto da coisa julgada será analisado minuciosamente no item “4.4”.

³³⁶ **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 199.

³³⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 200.

coisa julgada compõe o conteúdo inerente ao direito fundamental à segurança jurídica”³³⁸.

Registre-se, que quando os autores asseveram que a decisão proferida na GLO faz coisa julgada, eles estão se referindo à *coisa julgada material*, ou seja, aquela que “almeja impedir que o bem da vida entregue a um dos litigantes possa ser dele retirado, seja mediante o questionamento do objeto litigioso já decidido, seja por meio de tentativa de reabertura da discussão da própria decisão”^{339e340}.

Deve ser acrescentando, ainda, que os *efeitos vinculantes* impõem tanto a observância da parte dispositiva da decisão, quanto dos motivos utilizados pelo julgador para se chegar àquela conclusão. Hodiernamente a doutrina afirma que a *coisa julgada* não acarreta a observância dos motivos (do caminho racional que percorreu o julgador), mas somente do que foi decidido³⁴¹.

Considerando esses conceitos, o presente trabalho comunga do entendimento que a decisão proferida na Ordem para o Litígio em Grupo (GLO) produz *coisa julgada*, porque ela será aplicada, indistintamente, a todos aqueles que optaram por serem incluídos no grupo. Restará a parte que se sentiu prejudicada pela decisão, apenas, a possibilidade de requerer à Corte autorização para recorrer³⁴². Não há nas GLOs espaço para discussões acerca da eventual atuação insatisfatória do *solicitor*, ou seja, o argumento de que a parte principal não exerceu adequada representação não é suficiente para afastar a aplicação da decisão as demandas cadastradas no grupo³⁴³, pois, como exposto alhures, os autores individuais adquirem *status* de parte no sentido pleno da expressão.

Ademais, há que se considerar que os tribunais locais somente julgarão as especificidades das demandas individuais, não podendo ressuscitar aquilo que foi

³³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A Eficácia da Decisão de Constitucionalidade: Quando a sua Revisão É Possível?. **Revistas Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Bimestral. Disponível em: <<https://www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-j.htm&2.0>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

³⁴⁰ Diferentemente da *coisa julgada formal*, que ocorre sempre que uma decisão terminativa é proferida e que não obsta a questão seja novamente discutida em outra demanda envolvendo as mesmas partes.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios...**, 2016, *op. cit.*, p. 213.

³⁴² ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 347.

³⁴³ ROSSONI, Igor Bimkowski, *op. cit.*, n. p.

julgado pelo juízo-administrador. Então, é o extremo grau de certeza, assim entendido como a impossibilidade de as demandas inscritas no grupo afastarem a aplicação da decisão-modelo, a principal característica que permite afirmar que há *coisa julgada*.

Nem mesmo o argumento de que a *coisa julgada* não obriga a observância dos motivos da decisão, não induz à conclusão de que a decisão proferida nas GLOs produz *efeitos vinculantes*, porque o incidente em testilha surgiu dentro das tradições da *common law*, onde há a valorização do sistema de precedentes judiciais.

Relativamente às custas da Ordem para o Litígio em Grupo, elas serão repartidas entre todos os membros do grupo³⁴⁴, sendo, nessa perspectiva, um facilitador do acesso à justiça, já que ao invés de cada parte suportar, sozinha, os altos custos do incidente, em razão do mecanismo de reunião de demandas, eles serão divididos entre todos os interessados.

Assim, se o grupo for sucumbente, os seus membros dividirão tanto as custas comuns, quanto as custas de sua própria demanda individual. Saliente-se que as despesas comuns abrangem: i) aquelas que se referem às questões de fato ou de direito comuns (GLO *issues*); ii) as individuais oriundas das demandas selecionadas como modelos (*test claim*); e iii) as despesas que decorrem da administração do grupo pelo advogado principal (*solicitor*)³⁴⁵.

Essa regra também é aplicada *a contrario sensu*, pois se o grupo for vitorioso, a outra parte, que foi sucumbente, deverá pagar as custas comuns e individuais³⁴⁶, ou seja, os membros do grupo serão indenizados por seus dispêndios.

A regulamentação das custas é tão minuciosa, ao ponto de prever até mesmo a hipótese de exclusão de uma demanda por determinação do juízo-administrador, caso em que o autor da demanda excluída suportará uma fração dos custos comuns verificados até a data de sua saída do grupo³⁴⁷.

³⁴⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 96.

³⁴⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 64.

³⁴⁶ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 347.

³⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 64.

Por fim, a doutrina aponta que as GLOs apresentaram resultados positivos, tais como uma redução substancial do número de demandas; economia de tempo, já que a formação de grupos possibilitou que diversas demandas fossem julgadas em um prazo muito menor do que aquele que seria gasto com o processamento de vários processos individuais; e, sobretudo, as partes ficaram satisfeitas com os resultados obtidos no incidente^{348e349}.

³⁴⁸ ANDREWS, Neil, *op. cit.*, p. 350.

³⁴⁹ Para um estudo mais aprofundado quanto às vantagens e desvantagens das ações de grupo em comparação as ações tipicamente representativas, consulte-se ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England: representative and group actions. **Duke Journal Of Comparative And International Law**. Durham, 2001, p. 249-268. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/5/>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

4 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS EM FACE DOS LIMITES DO PROCESSO COLETIVO

Em razão do reconhecimento dos direitos coletivos (*lato sensu*), foi necessário desenvolver a tutela coletiva de direitos, como forma de assegurar uma prestação jurisdicional adequada, porque as legislações processuais até então existentes foram pensadas apenas para os litígios individuais.

Por isso, o processo era insatisfatório para dirimir aqueles outros conflitos, em que o bem jurídico tutelado pertencia a toda uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, ou ainda, àquelas demandas que apesar de veicularem um direito autônomo, guardavam entre si, uma relação de similitude e se repetiam.

A legislação processual brasileira foi se desenvolvendo até alcançar o que ficou conhecido como microsistema processual coletivo, o qual é formado pela aplicação conjunta da Lei da Ação Civil Pública³⁵⁰ e do Código de Defesa do Consumidor³⁵¹ – por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/1985 combinado com o artigo 90 da Lei n. 8.078/1990 –, não obstante existirem outras normas que gravitam em torno desse microsistema e cuja aplicação é atraída conforme o objeto da demanda posto em juízo, *verbi gratia*, o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵², o Estatuto do Idoso³⁵³, dentre outros.

O processo coletivo difere-se do processo individual quanto à legitimação, o procedimento e, sobretudo, quanto à autoridade da coisa julgada. Pois, não seria possível prestar tutela jurisdicional adequada aos direitos coletivos (*lato sensu*), se a sentença tivesse autoridade somente entre as partes em que era dada, porque, caso assim o fosse, todos os titulares do direito teriam que estar no polo ativo da ação. Ocorre algumas das espécies dos direitos coletivos possuem titulares

³⁵⁰ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, 25 de jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁵¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁵² BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁵³ BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Brasília, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

indeterminados (difusos) ou indetermináveis (coletivos *stricto sensu*), o que acabaria por inviabilizar a presença de todos eles em juízo.

Para solucionar este problema, houve ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas, para se estender *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme a natureza do direito tutelado no processo³⁵⁴.

Desse modo, a tutela coletiva deu tratamento molecularizado aos conflitos, maximizando a proteção e a efetivação dos direitos.

4.1 A SUPERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO ROMANA DO DIREITO

Historicamente, os direitos eram divididos com base na classificação romana, entre público e privado, de modo que se a relação jurídica existente se referisse às coisas do Estado (*publicam jus est quod ad statum rei monanae spectat*), recebia a classificação de Direito Público; enquanto se o interesse fosse de um cidadão romano (*privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat*), era denominada como Direito Privado³⁵⁵.

Gregório Assagra de Almeida³⁵⁶ esclarece os critérios que foram utilizados para justificar essa divisão entre Direito Público e Privado, organizando-os em quatro principais.

O primeiro critério observava a preponderância do interesse em jogo, de modo que prevalecendo o interesse público, a relação deveria ser qualificada como de Direito Público. Do contrário, seria relação de Direito Privado.

Também existiu quem sustentasse que a divisão Público e Privado decorria da natureza jurídica das relações entre os sujeitos, de modo que se houvesse uma relação de autoridade (do Estado) e subordinação (do sujeito)

³⁵⁴ Cf. Código de Defesa do Consumidor, artigo 103. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 16 jul. 19.

³⁵⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339.

³⁵⁶ **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 388-391.

tratava-se do Direito Público. Enquanto se fosse verificada uma relação de igualdade entre os sujeitos, era classificado como Direito Privado³⁵⁷.

Outros argumentavam que para qualificar uma relação como de Direito Público ou Direito Privado, bastaria verificar quais eram os sujeitos envolvidos, porque naquela, haveria, necessariamente, a presença do Estado, enquanto nesta apenas particulares³⁵⁸.

Já para o quarto critério, as relações de Direito Privado representavam uma faculdade de direitos aos seus titulares, os quais poderiam exercê-los ou não, enquanto aquelas outras de Direito Público se traduziam na obrigatoriedade para os órgãos públicos de reestabelecerem as normas que foram violadas.

Gregório Assagra de Almeida³⁵⁹ criticou cada um destes critérios, sob o argumento de que eles seriam fechados e excludentes, não comportando os Direitos Coletivos; que denotariam um caráter de autoritarismo ou absolutismo em manter a relação de subordinação entre o Estado e o sujeito, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito; que existem direitos individuais que devem ser tutelados pelo Estado, tais como os direitos da criança e do adolescente em situação de risco; e, sobretudo, que nenhum destes critérios conciliava os planos da titularidade e da proteção com a efetivação dos direitos.

A partir da constatação de que a classificação do Direito entre Público e Privado já não mais servia para distinguir as relações sociais, surgiu uma Teoria Tricotômica que argumentava que entre o Direito Público e o Privado, existiria os interesses transindividuais.

Como adepto desta teoria, Hugo Nigro Mazzilli³⁶⁰ sustenta o reconhecimento de “uma categoria intermediária de interesses que não são meramente individuais, porque transcendem os indivíduos isoladamente considerados, mas também não chegam nem a constituir interesse do Estado nem de toda a coletividade”.

³⁵⁷ SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31-32.

³⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 27-29.

³⁵⁹ *op. cit.*, p. 388-391.

³⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 27.

Todavia, não prevaleceu na doutrina a existência de um *tertium genus*, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou a divisão de Direito Público e Privado, mas estabeleceu uma nova *summa divisio*, qual seja, a Direito Coletivo e Direito Individual, sem que haja prevalência de qualquer uma delas e que em caso de conflito, deverá ser utilizado o princípio da proporcionalidade³⁶¹.

Nesse sentido, Elton Venturi³⁶² afirma que foi em razão da “superação da *summa divisio* entre público e privado que os direitos difusos encontraram terreno para florescer”.

Gregório Assagra de Almeida³⁶³ justifica que esta nova divisão estaria enunciada na Carta Maior³⁶⁴, através do Capítulo I, do Título II, que estabelece “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do artigo 5º, inciso LXXIII e do artigo 129, inciso III.

Também corroboraria esta nova *summa divisio*, o fato de que o Código de Defesa do Consumidor trouxe no *caput* de seu artigo 81, que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

Deste modo, este trabalho adota a classificação de Gregório Assagra de Almeida³⁶⁵, não apenas por entendê-la harmônica com a Constituição Federal e com o microssistema processual coletivo, mas, sobretudo, em razão de suas consequências que potencializam a tutela jurisdicional, haja vista que esta nova divisão tem em seu topo a Constituição Federal como ponto de “união e de conformação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual”; como consequência, as exceções não serão mais pautadas nos privilégios do Poder Público, mas, sim, no Princípio da Isonomia; e, notadamente, porque ela tem como principal critério o plano da proteção e da efetivação de direitos.

³⁶¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 397-398, 418.

³⁶² O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Org.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

³⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *op. cit.*, p. 430.

³⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de, p. 397-398, 417-418.

4.2 OS DIREITOS COLETIVAMENTE TUTELADOS

Como exposto alhures, o Código de Defesa do Consumidor, atento a nova divisão do direito estabelecida pela Constituição Federal, conceituou, no parágrafo único de seu artigo 81, três espécies de direitos, a saber:

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

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

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

Da leitura do dispositivo em comento, inferimos que os direitos difusos são identificados pela indivisibilidade de seu objeto e indeterminação dos seus titulares. Como exemplo desta espécie, cite-se o artigo 225 da Constituição Federal, que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Note-se, que não há divisibilidade quanto ao seu titular, tampouco quanto ao seu objeto. Todos são titulares desse direito, inclusive as futuras gerações (direito intergeracional) e não é possível lesar, nem reparar, o meio ambiente de forma individual.

Já os coletivos (*stricto sensu*), apesar de seu objeto também ser indivisível, diferenciam-se dos primeiros, porque seus titulares são determináveis. Hugo Nigro Mazzilli³⁶⁶ cita como exemplo um determinado grupo de indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva. Observa-se que é perfeitamente possível identificar os titulares, bastando, para isso, apurar todos os contratantes, bem como que a indivisibilidade do objeto é constatada no fato de que a retirada ou manutenção da cláusula abusiva atinge todas as vítimas de igual modo.

³⁶⁶ *Op. cit.*, p. 29.

E, diversamente dos dois primeiros, os direitos individuais homogêneos têm objeto perfeitamente divisível e titulares determinados ou determináveis. Na verdade, trata-se de direitos que poderiam perfeitamente serem buscados pela via individual, mas que em razão da mencionada homogeneidade – decorrentes da afinidade das lesões experimentadas por seus titulares – são tutelados pela via coletiva. Pode ser dado como exemplo o defeito de um lote de determinado brinquedo, sendo que os consumidores deste produto terão que demonstrar os danos por ele ocasionados e sua extensão.

Não obstante esta classificação ser *ope legis*, houve celeuma na doutrina quanto à forma de interpretá-la. O enfrentamento das posições divergentes é importante porque o modo como o direito for classificado, determinará qual será a extensão da coisa julgada nas demandas coletivas, por força do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

José Carlos Barbosa Moreira³⁶⁷ advogou a tese de que existem litígios essencialmente coletivos e litígios acidentalmente coletivos. São utilizados dois critérios para distingui-los: um subjetivo e outro objetivo.

Os primeiros, quanto ao critério subjetivo, se referem a número indeterminado ou indeterminável de sujeitos e no tocante ao critério objetivo, apresentam natureza indivisível, de modo que “é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa”. Moreira acrescenta que “a solução será, por natureza, unitária, incindível”³⁶⁸.

Por outro lado, os segundos não possuem a mesma indivisibilidade do objeto. Para elucidar, o autor exemplifica com uma fraude financeira que atinge elevado número de pessoas, argumentando que este fenômeno tem dimensões distintas e que permite apreciação isolada, individual, sendo que poderá ser determinado que uns tem o direito a reparação e outros não, ou seja, a solução é perfeitamente cindível³⁶⁹.

³⁶⁷ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, jan. 1991. Mensal, p. 187.

³⁶⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 187-188.

³⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1991, p. 188.

Em conformidade com esta posição, Teori Albino Zavascki³⁷⁰ defende que existem os direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos, que não se confundem entre si. Para este autor os direitos coletivos “é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu”, enquanto a defesa coletiva de direitos se refere ao modo de tutelar os direitos individuais homogêneos, que “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural [...], mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”.

Nelson Nery Júnior³⁷¹, a seu turno, argumenta que o método classificatório dos direitos deve ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende (pedido e causa de pedir), porque o mesmo fato pode originar pretensões difusas, coletivas e individuais. O jurista cita como exemplo o acidente com o “Bateau Mouche IV” ocorrido no Rio de Janeiro, em decorrência do qual o Ministério Público poderia propor ação para interditar a embarcação a fim de evitar novos acidentes, tutelando o interesse difuso da vida e segurança das pessoas abstratamente consideradas; a ação de obrigação de fazer intentada pelas empresas de turismo na proteção de seu interesse coletivo da boa imagem desse setor da economia; e as indenizações de cada uma das vítimas do evento que representam os direitos individuais.

Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque³⁷² critica a tese de Nery, argumentando que ela denota um “processualismo exacerbado”, bem como que ela “desconsidera o objeto na construção do instrumento”. Bedaque defende que “é o tipo de direito que determina a espécie da tutela”, além de ressaltar a autonomia entre o direito material e o processual, porque “o interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo, independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir”.

³⁷⁰ **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39-40.

³⁷¹ O Ministério Público e sua legitimação para defesa do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p.244-250, out. 1992. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/busca.php>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁷² **Direito e processo:** influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34-36.

Compartilhamos do entendimento de Bedaque, porque ele está em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, o qual, sem fazer qualquer alusão ao pedido e à causa pedir, definiu as espécies dos direitos que podem receber tutela coletiva³⁷³.

4.3 O PROCESSO COLETIVO COMO ELEMENTO CONCRETIZADOR DO ACESSO À JUSTIÇA

Caio Márcio Loureiro³⁷⁴ bem assevera que as discussões sobre o “acesso à justiça” são relevantes desde o momento em que foi atribuído ao Estado o poder de solucionar os conflitos, eliminando a autotutela, pois já haveria aí a necessidade de se investigar sobre a forma como a jurisdição seria exercida, as regras de organização da administração da justiça e o processo como instrumento para efetivação deste acesso.

Todavia, num primeiro momento, o Estado, marcadamente liberal³⁷⁵, se preocupou em somente assegurar a via do acesso, isto é, a previsão em lei de que as pessoas poderiam acionar o Poder Judiciário para dirimir determinado conflito,

³⁷³ Registre-se que além das classificações que foram expostas, Savigny propôs uma divisão do direito a partir de sua violação. Com base nessa teoria, Edilson Vitorelli sustenta outra classificação para os transindividuais (os difusos e coletivos stricto sensu), separando-os nas seguintes espécies: i) litígios transindividuais globais; ii) litígios transindividuais locais; e iii) litígios transindividuais irradiados. O presente trabalho ousa discordar de ambas as teorias e, por isso, elas não foram examinadas em seu bojo. Mantendo-se coerência com os motivos que utilizados para rechaçar a teoria de Nelson Nery Jr. exposta alhures, é advogado o entendimento de que os direitos independem da violação ou da busca de sua reparação em juízo para existirem e serem reconhecidos. Cf. SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano atual**: Tomo IV. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. Traduzido por M. CH. Guenoux. Disponível em: <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2008/55755/55755_1.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.; e VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8). Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 49-107.

³⁷⁴ **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 66.

³⁷⁵ Juvêncio Borges Silva destaca que a perspectiva individualista do processo no modelo liberal, no qual o altruísmo e a solidariedade eram valores descartados. Cf. Direitos Coletivos: um Novo Paradigma Jurídico, Processual e Constitucional. In: TAVARES NETO, José Querino (Coord.). **A Construção de uma ordem constitucional fundamentada no direito coletivo**. Franca: Lemos e Cruz, 2012, p. 67.

sem que fossem perquiridas a qualidade desta tutela e se ela era igualmente acessível a todos.

Na década de 70, iniciou em Florença um movimento para apurar quais eram os obstáculos enfrentados por aqueles que buscam a Justiça, que ficou conhecido como *The Florence Access-to-Justice Project* e cujos resultados foram publicados por Mauro Cappelletti e Bryan Garth na obra “Acesso à Justiça”³⁷⁶.

Estes juristas dirigiram seus estudos a partir de duas premissas: o sistema deveria ser igualmente acessível a todos e ele deveria produzir resultados que fossem individual e socialmente justos. Além de reconhecerem o acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos dentro de um sistema jurídico igualitário, cujo objetivo fosse garantir e não apenas proclamar direitos”³⁷⁷.

Cappelletti e Garth organizaram os obstáculos a serem superados para efetivação do acesso à justiça e cujas soluções foram apresentadas em três “ondas renovatórias”, dentre as quais, a segunda dirigia-se a representação dos interesses difusos em juízo.

A partir de então, o acesso à justiça pode ser visto tanto sob a perspectiva do acesso ao Poder Judiciário, quanto do acesso à tutela jurisdicional adequada, sendo que aquele é pressuposto desta, porque sem que haja a possibilidade de se buscar a intervenção do Poder Judiciário não é possível se pensar em prestação jurisdicional efetiva.

No tocante a história brasileira, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 limitava a intervenção do Poder Judiciário à lesão a direito individual³⁷⁸, negando a tutela preventiva e a proteção aos direitos coletivos *lato sensu*, o que se manteve na constituição de 1967³⁷⁹, na emenda constitucional de 1969³⁸⁰ e que só foi modificado com o advento da Carta de 1988, não obstante já

³⁷⁶ **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

³⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 12.

³⁷⁸ Rezava o § 4º do artigo 141 que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

³⁷⁹ Que dizia, em seu artigo 150, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

³⁸⁰ A qual reenumerou o artigo 153, § 4º, contudo, manteve inalterado o seu teor.

existir no Brasil, em 1965 e 1985, a defesa de alguns direitos coletivos (*lato sensu*) através da Lei da Ação Popular³⁸¹ e da Lei da Ação Civil Pública³⁸².

Ocorre que a Lei da Ação Popular reprimiu a violação de direitos difusos decorrentes de ato do Poder Público, mas deixou de tutelar aquelas lesões praticadas por particulares.

Em razão disto, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior³⁸³, atentos para o fato de que no direito alienígena já havia alguma proteção aos direitos coletivos mediante propositura da *class actions*³⁸⁴, elaboraram o anteprojeto daquilo que viria a ser a Ação Civil Pública.

Por conseguinte, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, todos membros do Ministério Público, deram sequência ao estudo do tema e elaboraram a tese “A Ação Civil Pública”, a qual foi utilizada para elaboração de um novo anteprojeto que culminou na aprovação da Lei n. 7.347/1985³⁸⁵.

Após, em 5 de outubro de 1988, ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a qual assegurou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV).

Houve verdadeira ampliação da tutela com a inclusão da palavra “ameaça” e retirada da expressão “direito individual” que constava nas constituições anteriores, passando-se a reconhecer a tutela preventiva e a proteção a qualquer direito, individual ou coletivo, em conformidade com o seu Título II, Capítulo I, que enuncia “dos direitos e deveres individuais e coletivos” dentre suas garantias fundamentais, corroborando a afirmação feita no item “4.1” de que a Carta Magna de 1988 estabeleceu uma nova *summa divisio*.

³⁸¹ BRASIL. **Lei da Ação Popular**. Brasília, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁸² BRASIL. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁸³ Cf. LOUREIRO, Caio Márcio, *op. cit.*, p. 114.

³⁸⁴ Pedro da Silva Dinamarco afirma que as *class actions* têm origem no *Bill of Peace*, do direito inglês, desde o século XVII, cujo o caso mais famoso foi o *Brow vs. Vermuden*, de 1676, em que os mineradores discutiam o imposto cobrado pela igreja. In: **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24-25.

³⁸⁵ LOUREIRO, Caio Márcio, *op. cit.*, p. 114-116.

Note-se que até esse momento, a tutela coletiva de direitos destinava-se apenas aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Foi o Código de Defesa do Consumidor o diploma que ampliou o processo coletivo para nele compreender a defesa dos direitos individuais (artigo 81, parágrafo único, inciso III), quando qualificados pela homogeneidade, conforme exposto no item “4.2” deste trabalho.

Fernando da Fonseca Gajardoni³⁸⁶ leciona que a tutela coletiva dos direitos individuais decorre de uma escolha legislativa com vistas à uniformidade das decisões, evitando-se o “efeito loteria”; a diminuição dos custos econômicos e temporais, havendo racionalidade em processar uma demanda coletiva ao invés de várias individuais; economia processual; e a molecularização dos conflitos, isto é, uma visão global do fenômeno e de seus desdobramentos sociais econômicos.

Sobreleva-se, também, o fato de que o Código de Defesa do Consumidor determinou, em seu artigo 90, que as normas referentes a tutela coletiva de direitos (Título III) fossem aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública e para que houvesse perfeita harmonização, alterou o artigo 21 desta lei para nela prever a aplicação daquele código, de modo que uma fizesse alusão a outra.

Em razão disto, nascia no Brasil o microsistema³⁸⁷ processual coletivo, composto essencialmente pela Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil³⁸⁸ (conforme artigo 19 da Lei n. 7.347/1985) e outras legislações esparsas, conforme o direito a ser representado em juízo (idoso, criança, meio ambiente e etc.)³⁸⁹.

³⁸⁶ O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo coletivo**: Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 4. p. 136-137.

³⁸⁷ Saliente-se que a teoria do *microsistema* foi desenvolvida pelo jurista italiano Natalino Irti, o qual também nomeou o XX como a “Era da Descodificação”, em razão da tendência mundial de se regular o direito por meio da lei e das constituições. IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 3.

³⁸⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

³⁸⁹ Reforçando a afirmação de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu uma nova *summa divisio*, Juvêncio Borges Silva argumenta que os direitos sociais exigiram um novo instrumento processual que fosse a nova realidade, envolvendo um contingente indeterminado de titulares e alheio a tradicional divisão entre interesse público e privado. Cf. Direitos Coletivos: um Novo Paradigma Jurídico, Processual e Constitucional. In: TAVARES NETO, José Querino (Coord.). **A Construção de uma ordem constitucional fundamentada no direito coletivo**. Franca: Lemos e Cruz, 2012, p. 81.

Conseqüentemente, a doutrina passou a reconhecer que as ações coletivas representariam um instrumento efetivo para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, porque por meio dela, os obstáculos com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes seriam superados³⁹⁰.

A legislação brasileira sobre processo coletivo se mostrou tão avançada que passou a influenciar os demais países da América Latina. Em 2004, foi aprovado em Caracas, o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, o qual serviu de inspiração para os países vizinhos e contou com a contribuição dos juristas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes³⁹¹.

Como reflexo disto, surgiam no Brasil nos anos de 2004 e 2005, duas versões de anteprojeto de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, sendo um coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover junto ao programa de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo e o outro, pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes com a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ) e a Estácio de Sá³⁹².

Subseqüentemente, em 2008, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, formou uma Comissão Especial composta por juristas, representantes da magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e advogados para discutirem propostas de modernização de normas materiais e processuais em matéria coletiva. Esta Comissão optou, em 2009, por formular uma Nova Lei de Ação Civil Pública, a qual, contemplando disposições dos dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo, seria o instrumento que unificaria as ações coletivas e que revogaria todas as disposições pertinentes ao tema dos vários outros diplomas (Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 7.347/1985, dentre outros).

O anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009) recebeu na Câmara de Deputados, contraditoriamente, parecer pela sua constitucionalidade,

³⁹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 37.

³⁹¹ *Id.*, *ibid.*, p. 185.

³⁹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, *op. cit.*, p. 208.

juridicidade e boa técnica legislativa, mas, que no mérito, se opinava pela sua rejeição e, por isso, ele não se transformou em Lei³⁹³.

Constou no parecer vencedor como motivação da rejeição do PL 5.139/2009, os seguintes argumentos:

[...] a proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu.

[...]

Ademais, o projeto dá excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública, sendo crime a não apresentação de documentos eventualmente solicitados por esses órgãos.

Verifica-se, com a devida vênia, que os Deputados desconheciam a relevância dos direitos que estão em jogo no processo coletivo e o princípio da igualdade material, segundo o qual deve-se tratar desigualmente os desiguais, como, a título exemplo, a assimetria que é verificada entre uma grande empresa poluidora e a coletividade, bem como entre os consumidores e as instituições financeiras, fatos que requerem aplicações de normas protetivas e que sejam hábeis a restabelecer a equidade.

Salta aos olhos que a rejeição se deu por critérios políticos, notadamente o temor com a atuação do Ministério Público.

Ora, a constituição de crime pela não apresentação dos documentos solicitados em Ação Civil Pública seria norma perfeitamente harmônica com a regra constitucional que impõe ao Ministério Público o dever de promover as medidas necessárias para efetiva garantia dos direitos assegurados na Constituição, nos quais se inserem os coletivos³⁹⁴. Sendo imperioso lembrar que o *parquet* é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado³⁹⁵.

³⁹³ ALELUIA, José Carlos. **Câmara dos Deputados: Parecer Vencedor**. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 05 out. 2017.

³⁹⁴ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 129, inciso II.

³⁹⁵ *Id.*, artigo 127, *caput*.

Além disso, o § 1º, do artigo 11 do anteprojeto de nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009)³⁹⁶ também permitia que o autor da demanda coletiva propusesse a ação desacompanhada dos documentos e o juiz, analisando os motivos do não fornecimento, poderia requisitá-los.

Portanto, a norma era perfeitamente compatível com o artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973 – e que foi reproduzida no atual Código, em seu artigo 378 – segundo a qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Verifica-se, desse modo, a precariedade dos argumentos que fundamentaram a rejeição do Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/2009).

4.4 COISA JULGADA: CONCEITO E DISTINÇÕES

O processualista Camilo Zufelato assevera que a atividade jurisdicional se desenvolve objetivando a pacificação social dos conflitos³⁹⁷.

Nisso verificamos a instrumentalidade do processo, porque ele não é um fim em si mesmo, mas busca resolver uma dada situação de instabilidade existente na sociedade ou uma crise de incerteza sobre determinada relação jurídica, haja vista “que a lide pendente é um fator desestabilizante e desagregador do tecido social”³⁹⁸.

Esta pacificação social dos conflitos é assegurada pelo instituto da coisa julgada (*res iudicata*), a qual pode ser conceituada como “à projeção para o futuro da obrigatoriedade e vinculação do *decisum*”³⁹⁹.

³⁹⁶ Previa o § 1º do artigo 11 do Projeto de Lei n. 5.139/2009 que: “não fornecidas as certidões e informações referidas no *caput*, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las”.

³⁹⁷ **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção direito e processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno), p. 26.

³⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: Teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 123.

³⁹⁹ ZUFELATO, Camilo, *op. cit.*, p. 28.

A coisa julgada se divide em material e formal, as quais são classificados por Rodolfo Camargo Mancuso como espécies do gênero preclusão⁴⁰⁰.

Por coisa julgada formal entende-se o fenômeno que ocorre quando da sentença não caiba mais recurso, sem, contudo, obstar o ajuizamento de nova e idêntica demanda. E, por isso, ela não se presta a estabilização das relações sociais.

Em contrapartida, a coisa julgada material é definida pela lei como a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”⁴⁰¹ e é essa espécie que emprega o caráter de definitividade à solução dada ao conflito.

Verifica-se que o atual Código de Processo Civil corrigiu o equívoco do diploma anterior, o qual conceituava a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”⁴⁰² e encampou a clássica Teoria de Enrico Tullio Liebman⁴⁰³ sobre a coisa julgada.

Camilo Zufelato, explicando a Teoria de Liebman, afirma que “a sentença produz efeitos para todos, *erga omnes* portanto, pois o exercício jurisdicional é dotado dessa eficácia natural, enquanto ato estatal que é”⁴⁰⁴. E o autor acrescenta que a autoridade da coisa julgada “é a qualidade que se agrega aos efeitos da sentença para torná-los imutáveis”⁴⁰⁵ entre as partes em que é dada.

Constata-se que a Teoria de Liebman trata dos limites subjetivos da coisa julgada, bem como que ela é aplicada apenas aos processos individuais, não servindo às demandas coletivas, tanto porque nestas há indivisibilidade do objeto tutelado (direitos difusos e coletivo *stricto sensu*), quanto em razão do tratamento molecularizado dos conflitos semelhantes (direitos individuais homogêneos).

⁴⁰⁰ 2007, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰¹ Trata-se da literalidade do artigo 502 do atual Código de Processo Civil.

⁴⁰² Cf. artigo 467 do Código de Processo Civil de 1973.

⁴⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia ed autorità della sentenza**: ed altri scritti sulla cosa giudicata. Milano: Giuffrè, 1962, p. 5.

⁴⁰⁴ *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁰⁵ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

Dessa forma, nas ações individuais, a autoridade da coisa julgada se opera *inter partes*, nos moldes do artigo 506 do Código de Processo Civil⁴⁰⁶, e *pro et contra*, isto é, a decisão será imutável independentemente do resultado da lide ou de qualquer outra circunstância.

Situação diversa ocorre nos processos coletivos, porque nestes os limites subjetivos da coisa julgada são delineados pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e, também, pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, os quais disciplinam a autoridade da coisa julgada conforme o direito tutelado em juízo.

Com efeito, nos direitos difusos, a autoridade da coisa julgada será *erga omnes*⁴⁰⁷, enquanto que nos direitos coletivos *stricto sensu*, a autoridade da coisa julgada opera-se *ultra partes*, mas limitada ao grupo, categoria ou classe⁴⁰⁸, sendo ambas as regras excepcionadas, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação.

Desse modo, verificamos que nas demandas coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos *stricto sensu* a autoridade da coisa julgada dependerá sempre do resultado da lide (*secundum eventum litis*) e a sua intangibilidade, com relação aos legitimados, estará condicionada a inexistência de prova nova (*secundum eventum probationis*). Assim, caso o pedido seja julgado improcedente por insuficiência de prova, qualquer legitimado poderá propor outra ação, com base em prova nova.

Situação diversa é a dos direitos individuais homogêneos, para os quais a lei estabelece que a decisão apenas será imutável em caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores⁴⁰⁹. Dessa forma, a autoridade da coisa julgada é, exclusivamente, condicionada ao resultado favorável da lide (*secundum eventum litis*) e não se formará em caso de improcedência da demanda, independentemente da insuficiência probatória⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Estabelece o artigo 506 do atual Código de Processo Civil: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

⁴⁰⁷ Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, inciso I.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, artigo 103, inciso II.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, artigo 103, inciso III.

⁴¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

O tratamento diferenciado da coisa julgada nas demandas coletivas resulta de uma escolha legislativa, em razão da indivisibilidade do objeto da demanda (direitos difusos e coletivos stricto sensu) que não comporta qualquer cisão e, também, da relevância social dos direitos tutelados pelo processo coletivo (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos). Nesta perspectiva, a coisa julgada *secundum eventum litis* evita que a existência de conluio entre os legitimados e a parte contrária, prejudique os titulares do direito que não participaram do processo⁴¹¹.

O presente trabalho comunga do entendimento de Camilo Zufelato, para o qual a técnica legislativa empregada no regime da coisa julgada das demandas coletivas observa a realidade brasileira e que privilegia o acesso à justiça⁴¹².

É importante observar, ademais, que diversamente do modelo brasileiro, na *class action* do direito norte-americano, os titulares do direito apenas não serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, quando demonstrarem que não houve representação adequada ou que a notificação não foi suficientemente apropriada, de modo que fora destas duas hipóteses, a coisa julgada se formará *pro et contra*^{413e414}.

Ocorre que no Brasil, a sentença de mérito desfavorável em processo coletivo, em regra, não prejudica os titulares do direito que poderão ajuizar demandas individuais. Pois, aqui, a notificação tem outras finalidades, qual seja oportunizar que os autores requeiram a suspensão de suas demandas individuais para aguardarem o julgamento da demanda coletiva e, sendo esta favorável, se beneficiarem da extensão da autoridade da coisa julgada⁴¹⁵ – é o chamado

⁴¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 389.

⁴¹² *op. cit.*, p. 272.

⁴¹³ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 237.

⁴¹⁴ Linda Mullenix adverte que a jurisprudência americana tem um conceito extremamente desenvolvimento para a “adequada representação” nas *class actions*, o qual está intimamente ligado com a proteção do interesse do devido processo do membro ausente da coletividade. Desse modo, os representantes são verdadeiros guardiões fiduciários do interesse da coletividade. Trata-se de um princípio fundamental para a jurisprudência americana, que o julgamento de uma ação coletiva não produza nenhum efeito negativo para os representados em razão da falta de adequada representação nessas ações. Cf. General Report: Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law:** uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 251-298. (XIII Congresso Mundial de Direito Processual Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007). Tema n. 5 - Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas, p. 281-282.

⁴¹⁵ Código de Defesa do Consumidor, artigos 97 e 104.

transporte *in utilibus* da decisão⁴¹⁶ e ⁴¹⁷ – ou ainda, para requererem sua intervenção no processo como litisconsortes⁴¹⁸.

Consequentemente, os titulares do direito somente serão prejudicados em três hipóteses: i) quando intervirem como litisconsortes em demanda coletiva que tutele direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* e sobrevindo sentença coletiva de improcedência, não surja prova nova⁴¹⁹; ii) quando intervirem como litisconsortes em demanda coletiva que tutele direitos individuais homogêneos e sobrevenha sentença de improcedência, independentemente de seu fundamento⁴²⁰; e iii) quando forem notificados da existência de demanda coletiva e não requererem a suspensão de sua demanda individual, sendo esta posteriormente julgada improcedente, o titular do direito não poderá se beneficiar da eventual sentença favorável proferida na ação coletiva⁴²¹.

Registramos, por fim, que com relação aos limites objetivos da coisa julgada, a doutrina francamente majoritária⁴²² afirma que ela se restringe a parte dispositiva da sentença, compreende-se nesta tudo quanto o juiz tenha resolvido sobre os pedidos feitos pelas partes.

4.5 O ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

4.5.1 A Origem da Reforma Legislativa

A extensão dos limites subjetivos da coisa julgada permaneceu inalterada de 1985 até 1997. Durante esse período, a coisa julgada era regulamentada pelo

⁴¹⁶ Código de Defesa do Consumidor, artigos 103, §§ 1º e 3º e 104.

⁴¹⁷ ZUFELATO, Camilo, *op. cit.*, p. 400.

⁴¹⁸ Código de Defesa do Consumidor, artigo 94.

⁴¹⁹ *Ibid.*, artigo 103, incisos I e II.

⁴²⁰ *Ibid.*, artigo 103, § 2º.

⁴²¹ *Ibid.*, artigo 104.

⁴²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2007, *op. cit.*, p. 226-227.

artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, conforme exposto no item anterior.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, tinha, originariamente, a seguinte redação: “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Da leitura deste dispositivo, verificamos que ele era perfeitamente harmônico com a redação do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Tudo caminhava bem, até serem proferidas decisões contrárias aos interesses do Poder Executivo. Isso porque foram instauradas Ações Cíveis Públicas em diversos Estados para obstarem a privatização de algumas empresas públicas, *verbi gratia*, a Telebrás e a Vale do Rio Doce⁴²³, e, também, para solucionar o pagamento de salários dos funcionários públicos⁴²⁴. Em razão da abrangência da coisa julgada nas demandas coletivas (*erga omnes* ou *ultra partes*), as decisões proferidas, inclusive as liminares, tinham abrangência nacional. Chegando à questão ao Superior Tribunal de Justiça, esta Corte manteve a autoridade *erga omnes* dos julgados e, aplicando as regras de prevenção, extinguiu as ações concomitantes⁴²⁵.

Assim, para evitar que a implantação de novas políticas econômicas continuasse sendo obstada pelo Poder Judiciário, o Executivo federal editou a Medida Provisória 1.570, de 26.03.1997, que após cinco reedições, foi convertida na Lei n. 9.494/1997, a qual alterou a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, para limitar a autoridade da coisa julgada aos “limites da competência territorial do órgão prolator” e, com isso, impedir que as decisões proferidas tivessem alcance nacional.

As mudanças não pararam por aí, pois a Medida Provisória n. 2.180-35 de 2001 acrescentou o artigo 2º-A à Lei n. 9.494/1997 para limitar ainda mais os limites subjetivos da coisa julgada, restringindo-os aos associados que tenham, na

⁴²³ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 263-264.

⁴²⁴ MORAES, Paulo Valério dal Pai. A coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas (Defesa do Consumidor) e a Lei 9.494/97. **Revista Ajuris**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 77, mar. 2000, p. 156.

⁴²⁵ LENZA, Pedro, *op. cit.*, p. 263.

data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (*caput*). E ainda, as demandas coletivas propostas contra os entes políticos e suas autarquias e fundações passaram a ter que serem instruídas com a relação nominal dos associados representados e os seus respectivos endereços (parágrafo único).

João Batista de Almeida afirmou que as alterações legislativas ocorreram por conveniência, já que o governo recebeu como ameaça a defesa coletiva dos cidadãos, contribuintes e funcionários públicos e, por isso, abusando do seu poder de império, desnaturou a principal marca da ação coletiva, que é a coisa julgada⁴²⁶.

4.5.2 Exame da Constitucionalidade e da Aplicabilidade da Nova Redação do Artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública

Desde que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública recebeu nova redação pela Lei n. 9.494/1997, surgiram várias opiniões divergentes, na doutrina e na jurisprudência, acerca de sua constitucionalidade e aplicabilidade, as quais ainda não foram solucionadas.

A primeira posição doutrinária defende a constitucionalidade e aplicabilidade da limitação da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator, para as três espécies de direitos tutelados pela via coletiva. São expoentes dessa posição José dos Santos Carvalho Filho⁴²⁷, Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger e Daniel Willian Granado⁴²⁸.

Carvalho Filho argumenta que podem haver críticas quanto à opção política do legislador, mas que elas não podem inquinare o dispositivo do vício de inconstitucionalidade, pois, para o autor, o que se pretendeu foi “demarcar a área em que poderão ser produzidos esses efeitos, tomando em consideração o território

⁴²⁶ **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 228-229.

⁴²⁷ **Ação Civil Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 393-394.

⁴²⁸ **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 410.

dentro do qual o juiz de primeiro grau tem competência para processamento e julgamento desses efeitos”⁴²⁹.

No mesmo sentido, Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger e Daniel Willian Granado argumentam que a limitação introduzida no artigo 16 da Lei 7.347/1985 é norma expletiva do próprio sistema^{430 e 431}.

Por conseguinte, há uma posição intermediária, cujos integrantes advogam o entendimento de que a referida limitação territorial seria aplicável a somente algumas das espécies dos direitos que são coletivamente tutelados.

Teori Albino Zavascki pode ser apontado como adepto desta posição, o qual – realizando uma interpretação que ele chamou de sistemática e construtiva – reconhece a aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/1985 somente para os direitos individuais homogêneos, onde a sentença poderia ser cindível em razão da divisibilidade destes direitos⁴³², ou seja, o critério metodológico que foi utilizado é o da natureza do objeto.

Curiosa é a posição defendida por Márcio Flávio Mafra Leal que, embora admitindo que a restrição imposta pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública atenta contra a lógica de acesso à Justiça das ações coletivas, sustenta que esta limitação seria aplicável as ações que tutelam direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, em razão da possibilidade individualização dos beneficiários da sentença. O autor cita como exemplo, uma ação proposta pela Associação Paranaense de Direitos do Consumidor – APADECO para discutir os expurgos inflacionários de cadernetas de poupança, onde seriam apenas beneficiados pela sentença os correntistas do Estado Paraná, admitindo a existência de outras ações paralelas, divididas por grupos regionalizados⁴³³. Para Leal, eventuais decisões

⁴²⁹ *Op. cit.*, p. 393-394.

⁴³⁰ *Op. cit.*, p. 410.

⁴³¹ A palavra “expletiva” foi utilizada pelos autores para reforçar a ideia de que a limitação territorial da coisa julgada não necessitaria das reformas legislativas para ocorrerem, porque, segundo o entendimento deles, tal consequência já decorreria de uma interpretação sistemática. Vide o significado de “expletivo” In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

⁴³² *Op. cit.*, p. 73.

⁴³³ *Op. cit.*, p. 284.

conflitantes seriam pacificadas as instâncias superiores⁴³⁴. Verifica-se que, aqui, foi adotado como critério a possibilidade de determinação dos titulares do direito.

A terceira posição, que na doutrina recebe maior acolhida, sustenta a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 com a redação dada pela Lei n. 9.494/1997 e, também, a sua total ineficácia.

Nelson Nery Júnior argumenta que este dispositivo está eivado do vício da inconstitucionalidade, tanto em seu aspecto formal quanto material. Formal, porque a alteração teve origem em uma medida provisória que foi editada sem urgência e relevância. E, material, porque viola o direito de ação, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade das leis. O autor acrescenta que o artigo 16 não tem eficácia, porque não foi alterado o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, Nery conclui que uma sentença coletiva tem valor em todo território nacional, porque o problema não reside na competência (quem proferiu a sentença), mas nos limites subjetivos da coisa julgada (quem é pela sentença atingido), o qual é determinado pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor⁴³⁵.

No mesmo sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes afirma a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque afronta o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. Além disso, o autor assevera que com o advento do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 16 da Lei 7.347/1985 foi inteiramente revogado, por força da parte final do § 1º, do artigo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de modo que a Lei 9.494/1997 modificou dispositivo que já não estava mais em vigor⁴³⁶.

São Camilo Zufelato⁴³⁷ e Rodolfo Camargo Mancuso⁴³⁸ os autores que melhor examinam a questão, sob a ótica das finalidades do processo coletivo.

Com efeito, Rodolfo Camargo Mancuso adverte que o comando judicial deve ser uniforme e unitário por toda a extensão do interesse metaindividual tutelado

⁴³⁴ LEAL, Márcio Flávio Mafra, *op. cit.*, p. 209.

⁴³⁵ Proteção jurídica da biodiversidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, n. 8, p.168-171, ago. 1999. Quadrimestral.

⁴³⁶ 2014, *op. cit.*, p. 278.

⁴³⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴³⁸ 2007, *op. cit.*, *loc. cit.*

na ação, sob pena do conflito ser pulverizado em várias demandas individuais (atomizado), o que privaria que a tutela judicial foi prestada em sua dimensão coletiva⁴³⁹.

Camilo Zufelato, a seu turno, ressalta que “a extensão dos efeitos da coisa julgada representa uma grande arma para a efetividade do processo coletivo, sem desrespeitar os princípios constitucionais, pois consolida a substituição de inúmeras demandas individuais por uma única coletiva” e arremata consignando que “restringindo os efeitos da coisa julgada, a Lei restringe a prestação jurisdicional”⁴⁴⁰.

A incerteza sobre o tema, revela-se maior no âmbito da jurisprudência dos Tribunais.

Em 2008, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 411.529/SP, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou, por maioria de votos, no sentido de o artigo 16 da Lei 7.347/1985 não poderia ser aplicado aos direitos individuais homogêneos, em razão da previsão do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁴¹.

Todavia, em face deste acórdão foram opostos embargos de divergência e a 2ª Seção da Corte, por unanimidade, reformou a decisão para limitar a sentença proferida em Ação Civil Pública à competência territorial do órgão prolator, aplicando indistintamente o artigo 16 da Lei 7.347/1985⁴⁴².

A questão parecia ser solucionada com o julgamento do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.243.887, no qual, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maior de votos, afastou o dispositivo em comento, por entender que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”⁴⁴³.

⁴³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁴⁰ *Op. cit.*, p. 472.

⁴⁴¹ STJ, 3ª Turma, REsp 411.529/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.06.2008, DJe 05.08.2008.

⁴⁴² STJ, 2ª Seção, EREsp 411.529/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.03.2010, DJe 24.02.2010.

⁴⁴³ STJ, Corte Especial, REsp 1.243.887/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 19.10.2011, DJe 12.12.2011.

Porém, após, continuaram a existir decisões que aplicaram o artigo 16 da Lei n. 7.347/1985⁴⁴⁴.

E ainda, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema n. 499 da repercussão geral, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do artigo 2º-A da Lei n. 9.494/1997⁴⁴⁵, fixando a seguinte tese jurídica:

a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

A questão foi levada a Corte Suprema por meio de ação coletiva proposta contra a União, a qual tinha por objeto a repetição de valores descontados a título de imposto de renda de servidores, incidente sobre férias não usufruídas por necessidade do serviço. O mais espantoso é que a discussão acerca dos limites da coisa julgada foi levantada em sede de cumprimento de sentença, no qual o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou a necessidade de a execução ser instruída com documentação comprobatória de filiação do associado em momento anterior ou até o dia do ajuizamento da ação de conhecimento. Em face desta decisão, foi interposto Recurso Extraordinário, que dentre outras matérias, alegava a inconstitucionalidade do artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/1997.

Ocorre que em decorrência da tese jurídica fixada, somente poderão se beneficiar da autoridade da coisa julgada aqueles que tenham, até a data da propositura da ação, residência no âmbito da jurisdição do órgão prolator e, cumulativamente, estejam filiados à Associação autora da demanda coletiva.

Note-se, que a mesma consequência decorreria da aplicação do artigo 16 da Lei 7.347/1995, porque exigir que os beneficiários tenham “residência no âmbito

⁴⁴⁴ Cf. STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.134.957/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2012, DJe 17.12.2012; STJ, 3ª Turma, REsp 1.304.9553/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014, DJe 08.09.2014; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.353.720/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2014, DJe 25.09.2014; STJ, 3ª Turma, REsp 1.331.948/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.06.2016, DJe 05.09.2016; STJ, 1ª Turma, AgInt no REsp 1.378.579/SC, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.05.2017, DJe 22.05.2017.

⁴⁴⁵ Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 612.043, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.05.2017, DJe 12.05.2017.

da jurisdição do órgão prolator” tem a mesma implicação prática que restringir os limites subjetivos da coisa julgada “a competência territorial do órgão prolator”.

Assim, no caso examinado pelo STF, somente poderão executar a sentença aqueles servidores que residissem no âmbito da competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e que sejam filiados à Associação autora da demanda coletiva.

Como corolário, aqueles outros servidores, que apesar de terem sofrido a mesma retenção indevida de imposto de renda, mas que residissem em outro local e/ou que não estivessem filiados à Associação e/ou que se filiaram no curso da demanda, serão obrigados a proporem nova ação de conhecimento.

Não se perca de vista que o artigo 2º-A, da Lei nº 9.494/1997 tem origem naquelas séries de Medidas Provisórias tomadas em favor dos interesses fazendários, conforme exposto no item “4.5.1”, de modo que a decisão do Supremo Tribunal Federal é eminentemente política e que se afastou das diretrizes do processo coletivo, notadamente, do tratamento molecularizado do conflito.

Compartilhamos do entendimento de Nelson Nery Júnior⁴⁴⁶, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁴⁷, Camilo Zufelato⁴⁴⁸ e Rodolfo Camargo Mancuso⁴⁴⁹, no sentido de ser inconstitucional e inaplicável o artigo 16 da Lei 7.347/1985.

Inconstitucional, porque a limitação da coisa julgada pela competência do órgão prolator fere o princípio da isonomia (CF, artigo 5º, *caput*) ao impor tratamento diferenciado aos indivíduos que não obstante residirem em locais diferentes, encontram-se, pela violação do direito, em situações semelhantes; bem como porque ao impedir que os indivíduos se beneficiem da sentença favorável coletiva, o artigo 16 da Lei n. 7.347/1985 se constitui em obstáculo ao acesso à justiça, entendida sob a perspectiva da tutela jurisdicional adequada.

Já com relação à ineficácia, ela é decorrente da incompatibilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública com toda a sistemática da tutela coletiva, acabando por inviabilizar sua própria finalidade: o tratamento molecularizado dos

⁴⁴⁶ 1999, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴⁷ 2014, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁴⁹ 2016, *op. cit.*, *loc. cit.*

conflitos. Prova disto, é que o anteprojeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009), previa, em seu artigo 32, que “a sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”.

Além disso, a garantia constitucional da segurança jurídica (CF, artigo 5º, XXXVI) ganhou destaque no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o qual aplicou a técnica de vinculação obrigatória dos produtos judiciais otimizados (artigo 927) e do julgamento por atacado, através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Repetitivos (artigo 928), os quais autorizam a suspensão de todas as demandas, incluindo-se as coletivas, para posterior aplicação da tese jurídica fixada (artigos 982, I e § 3º; 985; 987; 1.035, § 5º), ou seja, a decisão tomada como base em demandas individuais será aplicada às demandas coletivas.

Portanto, revela-se muito mais razoável, que, com a ocorrência de lesão a um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, seja proposta uma ação coletiva e que a decisão nela proferida faça coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, nos moldes do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, ao invés de se esperar pela proliferação de demandas, para na via individual pacificar a questão, por meio dos instrumentos previstos no atual Código de Processo Civil.

4.6 AS INSUFICIÊNCIAS DO PROCESSO COLETIVO E A CONTEXTUALIZAÇÃO DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL

No item “4.3” do presente trabalho, foi demonstrado que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou, de forma nunca antes vista, o acesso à justiça e, em razão disso, é necessário o debate acerca da utilização (por parte dos jurisdicionados) e da gestão (pelo próprio Poder Judiciário) dessa garantia, a fim de que ela não seja banalizada ou se torne inócua para concretizar direitos, pois, também já foi dito, que uma coisa é o *acesso à justiça* e outra é a *prestação da tutela jurisdicional adequada*.

Segundo o último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, “Justiça em Números 2018”⁴⁵⁰, o Judiciário brasileiro já alcançava em 2017, a estarrecedora quantia de 80 milhões de processos em curso, de modo que mesmo na fantasiosa e improvável hipótese de se fecharem completamente as portas do Judiciário e não se admitir mais nenhuma ação nova, ainda assim, seriam necessários dois anos e meio para zerar o acervo, em uma perspectiva muito otimista.

Poderíamos até cogitar que a solução para conter a enxurrada de processos seria a abertura de mais concursos públicos para preenchimento de vagas para os cargos de juízes e serventuários da justiça, bem como a instalação de novas unidades do Poder Judiciário. Contudo, Rodolfo de Camargo Mancuso já descartou essa proposta, argumentando que inflar o Poder Judiciário seria “oferecer mais do mesmo (mais processos – mais crescimento físico da máquina judiciária)” e além de ser um remédio ineficaz, tal medida poderia prejudicar o equilíbrio entre os demais poderes, face a necessidade de mais e mais verbas orçamentárias⁴⁵¹. Tais assertivas são corroboradas pela demonstração de que só no ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 90.800.000.000,00 (noventa bilhões e oitocentos milhões de reais)⁴⁵².

Nesse contexto, vozes se levantam em sede doutrinária para destacarem que o problema não seria mais de entrada (acesso) à justiça, mas sim de saída, ou seja, de como solucionar lides sem ter que necessariamente recorrer ao Poder Judiciário⁴⁵³. A doutrina sugere o acesso ao Tribunal Multiportas, assim denominado porque disponibiliza alternativas para a sociedade de solução dos conflitos, que podem ser de natureza autocompositiva (negociação, conciliação, mediação e

⁴⁵⁰ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁴⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁴⁵² Conselho Nacional de Justiça, 2018, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁵³ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconvencionais para resolver conflitos massificados. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, n. 22, jan./dez. 2013, p. 298.

Dispute Resolution Boards) e heterocompositivas (*Expertise* ou Arbitramento Pericial e a Arbitragem)⁴⁵⁴.

Ressalte-se que não existe uma causa, mas um conjunto de concausas que desencadeiam o assoberbamento do Poder Judiciário⁴⁵⁵, as quais requisitam estudo próprio. Apenas a título de exemplo, quatro razões podem ser mencionadas, a saber:

Primeiro, a cultura demandista, de modo que os brasileiros tendem a converterem toda e qualquer frustração na vida em sociedade em processo judicial⁴⁵⁶.

Sugerimos maior parcimônia no deferimento da gratuidade da justiça, haja vista que o atual Código de Processo Civil revogou, quase que inteiramente, a Lei nº 1.060/1950, impondo o exame, caso a caso, da condição econômica daquele que pleiteia o benefício, para que ele seja isento das despesas na medida de sua real capacidade contributiva (exegese do § 5º, do artigo 98, do Código de Processo Civil⁴⁵⁷). Atualmente, não há mais a regra do tudo ou nada (gratuidade total ou indeferimento), assim, mesmo se o litigante não possuir elevada renda, mas gozar de capacidade para pagamento das despesas que tiverem valor módico, ele deverá pagá-las, ficando isento apenas daquelas outras que superarem sua capacidade econômica. Tal medida funciona como filtro do acesso à justiça, impedindo aventuras jurídicas só porque a parte acredita não ter nada a perder.

Segundo, a contumácia de alguns réus que não adotam medidas para prevenir litígios, estando sempre no “ranking” dos 100 (cem) maiores litigantes. Em 2011, os cinco primeiros eram, respectivamente, o Instituto Nacional do Seguro

⁴⁵⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 25-26.

⁴⁵⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 59-60.

⁴⁵⁶ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: Análise das regras vigentes e daquelas inseridas no Código de Processo Civil Projetado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, ago. 2014, p. 183-184.

⁴⁵⁷ O qual estabelece o seguinte: “A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento”.

Social (INSS), a Caixa Econômica Federal (CEF), a Fazenda Nacional, a União e o Banco do Brasil, seguidos, na justiça estadual, por outras instituições financeiras⁴⁵⁸.

A solução parece apontar para a Teoria do Diálogo das Fontes⁴⁵⁹, com empréstimo da figura do “dumping social” do direito do trabalho⁴⁶⁰, objetivando punir os demandados com multa, em razão da reiteração dos atos ilícitos pelos quais já foram condenados.

Terceiro, os litígios pseudoindividuais⁴⁶¹, que por não receberem tratamento molecular, ensejam a proliferação de demandas. Esse problema se relaciona com a inércia dos legitimados das ações coletivas⁴⁶² em promovê-las.

De forma tímida, o novo diploma processual tentou resolver essa questão, incluindo entre as obrigações do magistrado, a incumbência de, diante da multiplicação de demandas repetitivas, oficiar os legitimados da ação coletiva para que eles verifiquem se é o caso do ajuizamento da demanda coletiva⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes (2011)**. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

⁴⁵⁹ Trata-se da Teoria desenvolvida pelo alemão Erik Jayme, que adotando uma visão unitária do direito, advoga o entendimento que as normas jurídicas não se excluem em razão de pertencerem a ramos diferentes do Direito, ao contrário disso, elas se complementam. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da ESMESE**, Aracajú, n. 7, p.15-54, 2004. Semestral. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

⁴⁶⁰ NAMURA, José Roberto. Dumping Social: uma prática desconhecida pelas empresas. **Migalhas**. Ribeirão Preto, 26. mar. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217836,21048-Dumping+Social+Uma+pratica+desconhecida+pelas+empresas>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

⁴⁶¹ A problemática das demandas pseudoindividuais é abordada por Camilo Zufelato, para denominar aqueles litígios que são veiculados em ações individuais, mas cujo objeto transcende a exclusividade do autor. O exemplo citado pelo autor é do deficiente físico que busca em nome próprio a adaptação dos transportes públicos. É claro que há o interesse pessoal do autor em obter transporte público adequado às suas necessidades, contudo, o interesse não é só dele, mas sim de toda o grupo de deficientes físicos que utilizam o transporte coletivo. Cf. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.328.

⁴⁶² Trata-se daqueles sujeitos que estão arrolados no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

⁴⁶³ Código de Processo Civil, artigo 139, inciso X: “art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 , e o artigo 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 , para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

Ressalte-se que embora a Lei mencione “demandas individuais repetitivas”, essa regra pode ser aplicada tanto para os conflitos envolvendo os direitos individuais homogêneos quanto para os litígios pseudoindividuais.

Talvez o legislador tenha dito menos do que queria, para evitar críticas doutrinárias a respeito do Princípio da Inércia de Jurisdição⁴⁶⁴. Contudo, quanto ao Ministério Público e à Defensoria Pública, essas instituições têm suas funções definidas pela Constituição, nos artigos 127 e 134, respectivamente. Logo, se as condições da ação coletiva estiverem presentes, ela deve ser proposta, não havendo o que se falar em afronta ao Princípio Dispositivo, uma vez que a omissão daquelas instituições pode acarretar responsabilidades nas esferas administrativa (por atos de improbidade administrativa), penal (apuração de crime) e civil (reparação de danos)⁴⁶⁵.

A quarta razão se refere à insuficiência das ações coletivas para impedirem o tratamento atomizado dos conflitos⁴⁶⁶, isto é, evitar a proliferação de demandas que versam sobre a mesma questão jurídica, de fato ou de direito⁴⁶⁷.

No modelo de processo coletivo brasileiro, não há litispendências entre demandas individuais e coletivas⁴⁶⁸. O microsistema coletivo apenas estimula o requerimento de suspensão das demandas individuais, mas não obriga⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ A primeira parte do artigo 2º, do atual Código de Processo Civil, estabelece que o processo começa por iniciativa da parte. Isso tem uma razão lógica, pois sendo a parte a titular do direito material perseguido na ação, somente a ela cabe a decisão de requerer prestação jurisdicional e delimitar o objeto da demanda. Pelas mesmas razões, a parte goza das faculdades de desistir da demanda, renunciar o direito que se funda a ação e celebrar acordos. Esse Princípio também é denominado de Princípio Dispositivo e também é encontrado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Cf. CARNELUTTI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: CARNELUTTI, Francesco (Org.). **Studi in Onore di Enrico Redenti**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 745.

⁴⁶⁵ Essa assertiva pode ser sustentada na doutrina Mauro Cappelletti, o qual argumentava que o Princípio Dispositivo seria menor, à medida que o direito material discutido em juízo se distanciava do aspecto privado, aproximando-se do caráter público. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 303.

⁴⁶⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 517.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que: “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

⁴⁶⁹ Sobre a questão, Rodolfo de Camargo Mancuso alerta que “o trâmite concomitante de demandas individuais e de ações coletivas, sobre um mesmo *thema decidendum*, engendra, a par de dificuldades de rito, ainda o risco de decisões contraditórias, tudo agravado, no âmbito do processo

Sugerimos a adoção da solução encontrada no direito alemão, mencionada no item “3.1.2.1”, onde vimos que com a instauração do *Musterverfahren*, são suspensas as demandas individuais e, também, o prazo prescricional. Desse modo, a suspensão automática das demandas individuais, quando da comunicação da propositura da ação coletiva, traria um fôlego para os juízos e tribunais de primeira e segunda instância, deixando-os livres para julgarem os demais processos. Aliado a isso, a suspensão do prazo prescricional permitiria que as partes aguardassem, sem riscos, o deslinde da ação coletiva para se beneficiarem do transporte *in utilibus* da sentença coletiva.

Some-se a isso, o arrefecimento das ações coletivas, em razão da redução dos limites subjetivos da coisa julgada, provocada pela alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, pois, ao se limitar a autoridade da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator, impede que as partes que residem em local diferente sejam beneficiadas pela sentença coletiva, obrigando-as a ajuizarem suas demandas individuais e correrem o risco de obterem resultado diverso, em que pese estejam em situações semelhantes⁴⁷⁰.

E ainda, após longo caminhar da fase de conhecimento, quanto aos litígios envolvendo os direitos individuais homogêneos, o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a sentença será genérica⁴⁷¹, tornando necessárias as fases de liquidação e execução.

Fernando da Fonseca Gajardoni⁴⁷² criticou o mencionado artigo, sugerindo uma interpretação no sentido de que ele fosse aplicado de forma subsidiária, somente para os casos em que a fase de liquidação fosse inevitável.

Com base na atipicidade dos meios executivos⁴⁷³, o autor propôs soluções para evitar, ou pelo menos reduzir, a propositura de inúmeras demandas individuais destinadas a liquidar e satisfazer a obrigação. São elas: i) a fixação de

coletivo, pela agregação de coisa julgada de eficácia expandida. Tal ambiente judicial dispersivo compromete a segurança jurídica, desprestigia a função judicial e desserve os jurisdicionados. In: **Sistema Brasileiro de Precedentes...**, 2019, *op. cit.*, p. 517.

⁴⁷⁰ Sobre o tema, ver o item “4.5” deste trabalho.

⁴⁷¹ Reza o artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor: “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

⁴⁷² *op. cit.*, p. 141.

⁴⁷³ A atipicidade dos meios executivos é prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, quanto no atual Código de Processo Civil, em seus artigos 497 e 536.

um valor indenizatório mínimo, sem, contudo, impedir que as vítimas que sofreram um prejuízo maior ao arbitrado optarem por liquidar a sentença; ii) execução invertida, de modo que caberá ao causador do dano elaborar os cálculos de todo o grupo de pessoas ligadas ao evento danoso; iii) a fixação de danos materiais e morais estimados, adotando-se elementos estatísticos. Em todas essas hipóteses, o autor sugere o crédito direto na conta das vítimas, evitando-se até mesmo a fase executiva propriamente dita⁴⁷⁴.

Há ainda outras soluções apresentadas pela doutrina para os processos individuais, mas que poderiam, com alguns ajustes, servirem às ações coletivas que versem sobre os direitos individuais homogêneos.

É o caso, por exemplo, do *agente de execução*, do direito português. Esse profissional pode ser particular ou funcionário público. É ele quem realiza os atos de citação, notificações, liquidações, pesquisa de bens, penhora e pagamentos, os quais são praticados sem a intervenção do juiz. O magistrado só intervém na fase executiva quando houver impugnações ao crédito, ou seja, para os atos declaratórios⁴⁷⁵.

O professor Humberto Theodoro Júnior lembra que já há no Brasil, legislações especiais que permitem a execução de forma extrajudicial, o jurista cita como exemplo, o Sistema Financeiro de Habitação (regulamentado pelo Decreto Lei 70/1966, alterado pela Lei 8.004/1990), no qual o *agente fiduciário* tem poderes para cobrar a dívida hipotecária⁴⁷⁶.

Já a professora Flávia Pereira Ribeiro defendeu a tese dos Oficiais de Protestos serem transformados em *agentes executivos* para cobrança de quantia certa⁴⁷⁷.

De forma geral, há a necessidade de se avançar no desenvolvimento de técnicas para liquidação e execução coletivas, a fim de evitar que o processo seja

⁴⁷⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *op. cit.*, p. 142-145.

⁴⁷⁵ FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva depois da reforma**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 27-28.

⁴⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Futuro do Processo Civil Brasileiro. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 85, jul./ago. 2018, p. 22-24.

⁴⁷⁷ **Desjudicialização da execução civil**. 2012. 288 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2012.

coletivo apenas até a sentença e que no momento seguinte, haja tantos processos quantos forem seus interessados (vítimas).

A última crítica que deve ser feita ao processo coletivo brasileiro é a proibição de que nele sejam veiculadas pretensões sobre matéria tributária, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e outros fundos de natureza institucional, por expressa previsão legal estampada no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública⁴⁷⁸. São matérias diretamente relacionadas aos maiores litigantes em processos judiciais, como demonstrado anteriormente. Então, essa proibição retira um importante instrumento de concretização de direitos e se constitui em óbice a facilitação do acesso à justiça.

Todas as pontuações que foram feitas acima, indicam a resistência que há no Brasil de se avançar com a tutela coletiva⁴⁷⁹. Prova disto, é que o Código de Processo Coletivo e a nova Lei da Ação Civil Pública não vingaram (vide item “4.3” desta pesquisa).

Entretanto, a doutrina brasileira não permaneceu indiferente às candentes reclamações da sociedade quanto a todos os problemas desencadeados pela alta litigiosidade experimentada – como a insegurança jurídica, a morosidade, ofensa à isonomia e intensa insatisfação com o sistema de justiça, dentre outros – e sob a presidência do Ministro Luiz Fux, uma comissão de juristas⁴⁸⁰ elaborou o projeto daquilo que veio a se tornar o atual Código de Processo Civil⁴⁸¹, o qual está em vigência desde de 18 de março de 2016⁴⁸².

⁴⁷⁸ Lei nº 7.347/1985, artigo 1º, parágrafo único: “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

⁴⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, mar. 2017, p. 213-218.

⁴⁸⁰ JUSBRASIL. **Ministro Luiz Fux é empossado presidente da comissão do novo CPC**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/1970950/ministro-luiz-fux-e-empossado-presidente-da-comissao-do-novo-cpc>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁴⁸¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

⁴⁸² REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **QUESTÃO ADMINISTRATIVA: Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março, define Plenário do STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/cpc-entrara-vigor-dia-18-marco-define-stj>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

A exposição de motivos⁴⁸³ desse diploma processual, deixa claro que ao invés de se primar pela obsessão de uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, buscou-se a sua funcionalidade (e por que não dizer instrumentalidade com base nas lições de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁸⁴), visando um procedimento mais célere, mais justo, menos complexo e mais rente às necessidades sociais.

Para se alcançar tais objetivos, o atual Código combate a excessiva dispersão jurisprudencial instituindo o *microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos*⁴⁸⁵, que é composto pelo julgamento dos recursos repetitivos (já previstos na legislação anterior)⁴⁸⁶ e pelo novel incidente de resolução de demandas repetitivas⁴⁸⁷.

São por essas razões, que se justifica a coexistência das ações coletivas e do IRDR.

⁴⁸³ FEDERAL, Senado. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

⁴⁸⁴ O professor Cândido Rangel Dinamarco, na clássica obra “A instrumentalidade do Processo”, estabelece premissas que mudam a forma de enxergar o processo, de modo a não permitir que os direitos sejam prejudicados pelo procedimento, bem como a busca de um processo de resultados. Com base nisso, o professor advoga o entendimento que o processo é instrumento e que “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”. Para o autor, “falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas”. A famigerada instrumentalidade possui aspecto negativo e positivo. Quanto ao primeiro, “corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos”. Enquanto que para o segundo, trata-se de extrair do processo “o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos”, ou seja, refere-se à efetividade do processo, de modo que ele “deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica”. O Mestre ressalva, por fim, que “longe de propugnar por um processo sem regras” o viés da instrumentalidade do processo busca um procedimento “de feição humana, com o juiz atuando com sua sensibilidade para o valor do justo”. Cf. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177, 359, 377 e 380.

⁴⁸⁵ Esse microsistema está previsto no artigo 928 do atual Código, que estabelece: “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

⁴⁸⁶ Regulamentado nos artigos 1.036 a 1.040 do atual CPC.

⁴⁸⁷ Cujá disciplina é dada pelos artigos 976 a 987 do CPC vigente.

5 A CONSTITUCIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Não obstante o IRDR ser fruto de um primoroso trabalho realizado por um qualificado grupo de juristas⁴⁸⁸, à medida que o instituto foi sendo apresentado, foram surgindo críticas doutrinárias à cerca de sua compatibilidade com a Constituição.

Chegamos ao nosso objetivo principal, pois este capítulo é dedicado ao exame da constitucionalidade do incidente e será dividida de acordo com as posições contrárias e favoráveis ao instituto, externando, por último, o nosso entendimento.

5.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUE DEFENDE A INCONSTITUCIONALIDADE DO IRDR

Por meio de um levantamento bibliográfico, pudemos constar que as críticas mais relevantes quanto à constitucionalidade do IRDR são as seguintes: violação ao processo legislativo e à competência privativa dos tribunais; decorrente do efeito vinculante da decisão de mérito do incidente; violação às garantias do contraditório e da ampla defesa; ofensa ao direito de ação; e violação à competência dos juizados especiais.

Em primeiro lugar, o argumento de violação ao processo legislativo e à competência privativa dos tribunais decorre da redação do parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil, segundo o qual “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

⁴⁸⁸ Conforme demonstrado no item “4.6”.

Recaem sobre esse dispositivo, críticas de inconstitucionalidade formal e material. Formal, porque ele não constava da versão originária aprovada no Senado, tampouco na versão da Câmara dos Deputados, sendo inserido quando do seu retorno ao Senado Federal, violando o artigo 65 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁸⁹. Quanto a inconstitucionalidade material, ela decorria da invasão da competência legislativa privativa dos tribunais, para dispor sobre a sua própria competência e o funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais, nos moldes do artigo 96, inciso I, alínea a, da Carta Maior⁴⁹⁰, ou seja, ao invés de estar previsto em Lei Ordinária, a matéria deveria ser tratada pelo regimento interno de cada um dos tribunais.

Mas não é só isso. O problema maior desse dispositivo, é que ele tem sido interpretado no sentido de se exigir um outro requisito de admissibilidade ao IRDR, não previsto expressamente no Código de Processo Civil, qual seja, a pendência de causa no tribunal⁴⁹¹.

Nesse prisma, Marcos de Araújo Cavalcanti assevera que “o parágrafo único do art. 978 exige que algum recurso, remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal tenha dado origem ao IRDR”⁴⁹². O autor acrescenta que “o IRDR somente poderá ser julgado em conjunto com o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária”⁴⁹³. Para o autor, essas conclusões resultariam da expressão “julgará igualmente”.

Em segundo lugar, no item “2.6” foram analisadas as consequências da decisão de mérito formada no IRDR, oportunidade em que foi verificado que o artigo 985 do Código de Processo Civil atribui a ela *efeitos vinculantes*, cuja norma é reafirmada pelo artigo 927, inciso III, do mesmo diploma legal⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, maio 2015, p. 291.

⁴⁹⁰ TEMER, Sofia, 2018, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁹¹ Ressalvando-se o quanto foi consignado no tópico “2.4”, no sentido de que este trabalho não comunga do entendimento de que a existência de causa pendente no tribunal seja um requisito de admissibilidade do incidente, pelas razões lá demonstradas.

⁴⁹² *Op. cit.*, p. 225.

⁴⁹³ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁹⁴ Diz o artigo 927 do Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Desse modo, a decisão de mérito do IRDR deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem nos limites da jurisdição do respectivo tribunal⁴⁹⁵. Essa regra é aplicável tanto aos processos contemporâneos ao julgamento do incidente (aqueles que ficaram sobrestados aguardando a formação da tese jurídica), quanto aos casos futuros⁴⁹⁶.

A Lei acrescenta que se a questão de direito se referir à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, que a decisão de mérito do IRDR deverá ser comunicada ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para a fiscalização, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada⁴⁹⁷.

Em razão dessas disposições, discute-se a possibilidade de a lei ordinária atribuir efeitos vinculantes a uma decisão judicial, fato que, para alguns, culminaria na inconstitucionalidade do incidente, em razão de violação à independência funcional dos magistrados, à separação dos poderes e à reserva legal.

Manifestando-se contrariamente à possibilidade de atribuição de *efeitos vinculantes* por meio de lei ordinária, como é o Código de Processo Civil, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira defende posição restritiva, no sentido de que tais efeitos só podem ser atribuídos pelo constituinte originário⁴⁹⁸. Caso adotada a linha argumentativa deste autor, nem mesmo a sobrevinda de emenda constitucional poderia tornar os artigos 985 e 927 do Código de Processo Civil compatíveis com a Magna Carta.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem posição intermediária, uma vez que sustentam a inconstitucionalidade dos mencionados artigos, mas admitem a possibilidade dos *efeitos vinculantes* da decisão de mérito do IRDR, desde que seja por meio de emenda constitucional⁴⁹⁹.

Marcos de Araújo Cavalcanti comunga do entendimento de que a lei ordinária não pode conferir *efeitos vinculantes* a uma decisão. Para este autor, ao julgar o incidente, o tribunal cria um texto normativo de caráter geral, que será

⁴⁹⁵ Código de Processo Civil, artigo 985, inciso I.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, artigo 985, inciso II.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, artigo 985, § 2º.

⁴⁹⁸ *Op. cit.*, p. 240.

⁴⁹⁹ **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.837.

interpretado e aplicado a vários casos (pendentes e futuros), logo, o tribunal viola a separação dos poderes porque exerce função legislativa⁵⁰⁰.

Em terceiro lugar, sobre a suposta violação às garantias do contraditório e da ampla defesa são apresentadas, essencialmente, no contexto da *representação adequada* e da *coisa julgada*. Pedem sobre o IRDR acusações no sentido de ser um procedimento de poucos que repercutirá no processo de muitos.

Sustentando a inconstitucionalidade do incidente, Luiz Guilherme Marinoni assevera que a tese jurídica firmada no IRDR não pode ser equiparada a um precedente, porque ao contrário deste, aquela não visa definir o sentido do direito, mas a resolver uma questão litigiosa *prejudicial* à solução de inúmeros casos pendentes⁵⁰¹. Para Marinoni, a decisão de mérito do IRDR produz coisa julgada *erga omnes pro et contra* e, por isso, viola a garantia fundamental do contraditório, consistente no direito de ser ouvido pela Corte⁵⁰². Com base em tais premissas, o autor sustenta que “o incidente de resolução de demandas deveria ter previsto, nos moldes da tradição do direito brasileiro, a participação dos legitimados adequados à tutela dos direitos dos litigantes excluídos”⁵⁰³.

Marcos de Araújo Cavalcanti caminha no mesmo sentido, argumentando que “o pré-requisito da representatividade adequada está intrinsecamente relacionado com a cláusula constitucional do *devido processo legal*, principalmente como forma de proteção dos interesses dos membros ausentes do grupo”⁵⁰⁴. Para ele, o direito ao contraditório “deve ser exercido da forma mais paritária possível, assegurando-se ao litigante a possibilidade de influir de modo ativo e efetivo na formação dos pronunciamentos jurisdicionais. É, em suma, direito de influência [...]”⁵⁰⁵.

Em quarto lugar, argumenta-se a violação ao direito de ação, porque a tese jurídica é fixada a todos os casos pendentes e futuros que versem sobre a

⁵⁰⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, p. 366.

⁵⁰¹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁰² MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰³ *Id.*, *ibid.*, p. 35.

⁵⁰⁴ *Op. cit.*, p. 373.

⁵⁰⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 375.

mesma questão de direito que foi objeto do incidente⁵⁰⁶, sem que seja possível “escapar” dela.

A impossibilidade de se desvincular da tese jurídica formada no incidente, gera controvérsias no meio doutrinário acerca da eventual inobservância da garantia constitucional do direito de ação⁵⁰⁷. Também se discute, se o IRDR pode ou não ser enquadrado em um dos sistemas *opt-in* e *opt-out*⁵⁰⁸, próprios da jurisdição coletiva.

Sustentando a inconstitucionalidade do incidente por ofensa ao direito de ação, Marcos de Araújo Cavalcanti argumenta que a determinação de suspensão de todos os processos é obrigatória e não possibilita o pedido de auto exclusão (*opt-out*)⁵⁰⁹. Além disso, só é possível prosseguir com a ação, se a parte comprovar a distinção do seu caso com aquele que será julgado no IRDR⁵¹⁰. Dessa forma, no entender do autor, a decisão que se forma no incidente é *pro et contra*, com vinculação absoluta, posto que todos os processos repetitivos serão alcançados por ela, independentemente de requerimento⁵¹¹. O autor criticou a ausência de um mecanismo de escape da tese jurídica, com a adoção de um dos sistemas de *opt-in* ou *opt-out*⁵¹². Linhas após, Cavalcanti lembra que a lei alemã sobre o mercado de capitais estipula o prazo de um mês, contados da comunicação da suspensão dos processos, para os interessados requererem a desistência da demanda individual e, com isso, fugirem das consequências da decisão-modelo⁵¹³. Nesta perspectiva,

⁵⁰⁶ Código de Processo Civil, artigo 985, inciso I.

⁵⁰⁷ Trata-se da garantia prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. José Afonso da Silva assevera que essa garantia “consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional como direito público subjetivo. Não se assegura, aí, apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação”. In: **Comentários Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 135.

⁵⁰⁸ Os sistemas *opt-in* e *opt-out* são explicados pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que de forma didática, sintetiza que “a experiência do direito comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro do prazo fixado pelo juiz”. In: *Ações coletivas...*, 2014, *op. cit.*, p. 274. No mesmo sentido, Juliana Provedel Cardoso esclarece que: “nos processos coletivos *opt in*, o polo ativo ou passivo é constituído com base na vontade de participar das pessoas singulares ou coletivas que alegam terem sido lesadas. Enquanto no *opt out* o silêncio significa aceitação da jurisdição coletiva, no *opt in* a manifestação implica na formação do grupo a ser vinculado ao julgamento do processo coletivo”. In: *O modelo brasileiro de processo coletivo...*, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁰⁹ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, *op. cit.*, p. 386.

⁵¹⁰ Por aplicação analógica do § 9º, do artigo 1.037, do Código de Processo Civil.

⁵¹¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 387.

⁵¹² *Id.*, *ibid.*, p. 388.

⁵¹³ Sobre a KapMuG ver o item “3.1.2.1” do presente trabalho.

Cavalcanti sugere a aplicação do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor⁵¹⁴, para permitir aos litigantes o prazo de trinta dias, contados da comunicação acerca da admissibilidade do incidente, para requererem a sua exclusão do julgamento do IRDR⁵¹⁵.

Seguindo a mesma linha argumentativa, Luiz Guilherme Marinoni consigna que o IRDR “constitui uma técnica que nega o direito fundamental de ação, [...] dando origem a uma espécie de ‘justiça dos cidadãos sem rosto e fala’, para a qual pouco importa saber se há participação ou, ao menos, ‘representação adequada’”⁵¹⁶.

Posição curiosa é a defendida por Juliana Provedel Cardoso, para quem, o IRDR adota o sistema *opt-in*, de modo que o ajuizamento de uma demanda já seria a manifestação da vontade de se submeter a tese jurídica que será formada no incidente⁵¹⁷. A autora afirma que “no julgamento de casos repetitivos, como espécie de processo coletivo, o grupo é formado por todos aqueles que tiverem como pretensão em juízo a questão de direito repetitiva objeto da tese jurídica”⁵¹⁸.

Guilherme Rizzo Amaral segue esta mesma linha argumentativa, que poderia ser denominada como posição mista ou eclética, reconhecendo que o IRDR é uma tentativa de solucionar a ineficiência das ações coletivas contra a proliferação dos litígios⁵¹⁹. Contudo, o autor propõe algumas mudanças que deixam claro a tentativa de aproximar o incidente das *class action*. A sugestão é de haver uma notificação de todos os interessados – ou seja, tanto dos autores das ações já existentes, quanto daqueles que ainda não ingressaram em juízo – para que eles manifestem ou não o direito de exclusão (*opt-out*). Com relação aqueles que não optarem por deixar o grupo, seus processos seriam suspensos até a decisão de mérito do IRDR⁵²⁰. Enquanto os demais poderiam prosseguir com suas ações, de

⁵¹⁴ Diz o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

⁵¹⁵ CAVALCANTI, Marcos de Araújo, *op. cit.*, p. 390.

⁵¹⁶ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., *op. cit.*, p. 43.

⁵¹⁷ O modelo brasileiro de processo coletivo..., *op. cit.*, p. 129.

⁵¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 130.

⁵¹⁹ Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 196, 2011, p. 265.

⁵²⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 268.

modo que a tese jurídica firmada no IRDR poderia ser aplicada de modo persuasivo e não vinculante⁵²¹. Aos interessados que ainda não ajuizaram suas ações, se eles exercessem o direito de exclusão, não seriam vinculados à tese jurídica, independente do resultado dela (favorável ou desfavorável), em contrapartida, se permanecessem silentes, mesmo sem demanda proposta, estariam submetidos a decisão de mérito do IRDR obrigatoriamente⁵²². Respeitada a notificação (que é mencionada pelo autor como certificação), o descumprimento da tese jurídica ensejaria reclamação⁵²³ e a execução individual dos danos seguiria as disposições dos artigos 94 e 95 do Código de Defesa do Consumidor⁵²⁴. Apoiado em tais premissas, Amaral conclui que tais modificações conciliariam os escopos da isonomia e segurança jurídica com o devido processo legal⁵²⁵.

Em quinto e último lugar, a crítica de inconstitucionalidade se relaciona à parte final do inciso I, do artigo 985, do Código de Processo Civil, que estabelece que a tese jurídica formada no IRDR será aplicável inclusive aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Não obstante tal previsão decorrer do compromisso do atual código com a uniformização da jurisprudência⁵²⁶ e integridade do direito, a doutrina diverge sobre a constitucionalidade desse dispositivo, em razão dos juízes dos juizados não estarem vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado e ao Tribunal Regional Federal, mas sim a uma Turma ou ao Colégio Recursal.

Esclareça-se que a criação dos juizados especiais foi determinada pela Constituição de 1988⁵²⁷, em consequência das ondas renovatórias de facilitação do

⁵²¹ AMARAL, Guilherme Rizzo, *op. cit.*, p. 268.

⁵²² *Id.*, *ibid.*, p. 269.

⁵²³ *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

⁵²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 270.

⁵²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 269.

⁵²⁶ Cf. artigos 489, § 1º, VI c/c 927, III.

⁵²⁷ Diz o artigo 98, inciso I e § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...] § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

acesso à justiça⁵²⁸, buscando um processo sumaríssimo, orientado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁵²⁹.

Ocorre que em razão da Carta Magna preconizar, expressamente, que os recursos serão julgados por “turmas de juízes de primeiro grau”⁵³⁰, há posição doutrinária no sentido de que a decisão de mérito do IRDR, julgado no âmbito da justiça ordinária dos tribunais estaduais ou federais, não pode vincular os processos que tramitam perante os juizados especiais, sob pena de violação ao comando constitucional.

Marcos de Araújo Cavalcanti é um dos defensores dessa linha argumentativa⁵³¹, apoiando-se em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais foi adotado o entendimento no sentido de que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais⁵³².

Vilian Bollmann⁵³³, Frederico Augusto Leopoldino Koehler⁵³⁴ e Silvano Dresch⁵³⁵ compartilham do mesmo entendimento.

Esses autores entendem ser possível, contudo, a instauração do IRDR a partir de demandas oriundas julgado, desde que o incidente seja julgado pelo órgão colegiado de uniformização do próprio sistema. A posição doutrinária é forte e encontra respaldo nos enunciados 21⁵³⁶ e 44⁵³⁷ no Fórum da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

⁵²⁸ BOLLMANN, Vilian. **Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/aplicar-cpc-juizados-especiais-federais-passa-condicoes>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁵²⁹ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 525.

⁵³⁰ Artigo 98, inciso I.

⁵³¹ *Op. cit.*, p. 392.

⁵³² Cf. STF, Tribunal Pleno, RE 586789/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16.11.2011, Repercussão Geral – Mérito Acórdão Eletrônico, DJe-039, Divulg. 24.02.2012, Public. 27.02.2012; STF, Tribunal Pleno, CC 7081/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.08.2002, DJ 27.09.2002, PP 00117.

⁵³³ *Op. cit.*

⁵³⁴ O incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p.497-507, nov. 2014.

⁵³⁵ A Aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas aos Juizados Especiais. **Revista do CEJUR / TJSC**: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 4, n. 1, p.201-223, dez. 2016.

⁵³⁶ Eis o teor do enunciado 21 do ENFAM: “O IRDR pode ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais.

⁵³⁷ Estabelece o enunciado 44 do ENFAM que: “Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”.

5.2 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUE DEFENDE A CONSTITUCIONALIDADE DO IRDR

Seguindo a mesma ordem do tópico anterior, agora serão apresentados os argumentos que são utilizados em favor da constitucionalidade do incidente.

Em primeiro lugar, no que tange à suposta violação à competência privativa dos tribunais, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes advoga o entendimento que se trata, na verdade, de uma norma de prevenção. Na hipótese de o IRDR se originar a partir de um processo que está em tramite no tribunal (seja por via recursal, seja por competência originária), o tribunal julgará, também, o feito, para assegurar que a tese jurídica formada no incidente será aplicada com fidelidade. Contudo, o famigerado dispositivo não pode ser interpretado no sentido de que *apenas* os processos em tramitação no tribunal podem ensejar a instauração do IRDR⁵³⁸.

Em segundo lugar, quanto aos efeitos vinculantes da decisão de mérito do IRDR, Sofia Temer refuta o argumento da violação à separação dos poderes, apoiando-se na teoria da rearticulação dos poderes do Estado. A autora esclarece que não há, necessariamente, apropriação legislativa na atividade jurisdicional que detém força normativa, haja vista que norma e lei são conceitos distintos, bem como que do texto da lei podem ser extraídas diversas normas. Temer afirma que a tese jurídica formada no incidente não tem caráter geral e abstrato, mas diz respeito às pessoas em relação às quais a eficácia vinculativa é dirigida. Tampouco a decisão é imutável, porque há a possibilidade de ser requerida a revisão da tese jurídica⁵³⁹.

Já com relação ao argumento da violação à independência funcional dos magistrados, a autora afirma que essa garantia não pode autorizar a irresponsabilidade decisória, com o comprometimento da unidade da jurisdição, da coerência da ordem jurídica e da uniformidade na prestação jurisdicional. Para a autora, da mesma forma que a independência funcional não é violada pela revisão

⁵³⁸ 2017, *op. cit.*, p. 121.

⁵³⁹ *Op. cit.*, p. 238-243.

das decisões judiciais pela via recursal, a tese jurídica decorre da eficácia vinculativa dos precedentes dos órgãos que são superiores⁵⁴⁰.

Também defendendo a constitucionalidade do incidente, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes argumenta que quando o Estatuto da Magistratura diz que a jurisdição será exercida com *independência, serenidade e exatidão*, não se trata de *independência* diante da norma, mas sim que o julgador não se curvará às forças estranhas ao direito (demais poderes, sujeitos, fatores e interesses políticos, econômicos, religiosos, etc.). O autor acrescenta que os *efeitos vinculantes* não dispensam o dever de fundamentação, análise do caso concreto e dos argumentos apresentados pelas partes. Em linhas conclusivas, Aluisio afirma que nunca foi dado aos juízes julgarem conforme suas convicções pessoais, porque o magistrado está adstrito às fontes normativas do direito⁵⁴¹.

Neste esteio, Daniela Pereira Madeira lembra que “as garantias da magistratura são colocadas como forma de benefício da sociedade e não como um instrumento de convicções pessoais do magistrado”⁵⁴².

Importante colocação é feita por Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem a igualdade perante a lei pouco agrega no ambiente de excessiva dispersão jurisprudencial, no qual ninguém está seguro de seus direitos, nem consciente de suas obrigações⁵⁴³.

Questão mais delicada é refletir sobre a constitucionalidade do § 2º, do artigo 985, que estabelece a comunicação da decisão à Administração Pública para que seja fiscalizado o seu cumprimento.

Para Cassio Scarpinella Bueno, tal dispositivo “cria condições de efetividade do quanto decidido no âmbito jurisdicional”⁵⁴⁴. O autor acrescenta que “se essa fiscalização for efetiva, como se espera, reduzem-se os riscos de nova

⁵⁴⁰ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁴¹ *Op. cit.*, p. 94-96.

⁵⁴² A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Gen-forense, 2011. p. 576-577.

⁵⁴³ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁴⁴ *Op. cit.*, p. 590.

judicialização do conflito, o que viabiliza passo importante em direção a um mecanismo mais racional de distribuição de justiça⁵⁴⁵.

Sofia Temer sugere que o § 2º do artigo 985 seja *lido* como *eficácia persuasiva* à Administração Pública. Ou seja, em caso de a Administração praticar condutas contrárias ao que foi fixado no IRDR, uma vez informada da decisão, ela poderá mudar seu comportamento, ainda que se baseando em critérios financeiros (o risco e o custo da litigância, por exemplos) e não por estar subordinada à tese jurídica. Nessa perspectiva, não caberá reclamação em caso de inobservância da tese jurídica por parte da Administração Pública, haja vista que ela só estará diretamente vinculada nos processos em que ela for parte⁵⁴⁶.

Em terceiro lugar, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues advogam o entendimento de que não há violação ao contraditório, “mas sim uma necessária adaptação deste princípio processual às necessidades que a sociedade contemporânea impôs à forma de desempenho da prestação jurisdicional”⁵⁴⁷. Os autores argumentam que o contraditório no IRDR é exercido tanto em momento anterior à fixação da tese jurídica, com a oitiva das partes e demais interessados, os quais, além de ser ouvidos, podem juntar documentos e requererem diligências; quanto em momento posterior, por ocasião da aplicação da tese jurídica aos casos suspensos, com a análise de todas as peculiaridades de cada um deles⁵⁴⁸. É, por isso, que Mendes chega a afirmar que no IRDR o contraditório é alargado⁵⁴⁹.

Sofia Temer também se manifesta favoravelmente à constitucionalidade do incidente, defendendo que a forma de representação adequada das ações coletivas não pode ser importada ao IRDR, porque neste não há uma substituição dos titulares das relações jurídicas, haja vista que o incidente não se destina a solucionar direitos subjetivos⁵⁵⁰. Disso resultaria, segundo a autora, que a investigação da vontade dos sujeitos das demandas repetitivas é prescindível, porquanto eles não

⁵⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella, *op. cit.*, p. 590.

⁵⁴⁶ *Op. cit.*, p. 239 e 240.

⁵⁴⁷ Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 211, 2012, p. 199.

⁵⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁴⁹ 2017, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁵⁰ *Op. cit.*, p. 148.

sofreram interferências diretas em suas esferas de direitos⁵⁵¹. Temer conclui que o contraditório no IRDR se opera por meio do convencimento, ou seja, da apresentação, direta ou indireta, de razões para resolução da controvérsia jurídica⁵⁵².

Em quarto lugar, refutando o argumento de ofensa ao direito de ação, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes assevera que o referencial comparativo do incidente não são as *class action*, mas o sistema de *stare decisis*, no qual não há qualquer direito de auto exclusão, porque, se houvesse, o sistema seria inócuo⁵⁵³.

Sofia Temer também rechaça o argumento de inconstitucionalidade, esclarecendo que os modelos de *opt-in* e *opt-out* são inaplicáveis ao incidente, porque neste não há o agrupamento de demandas, como ocorre na jurisdição coletiva. Diferentemente disso, a eficácia da decisão de mérito do IRDR decorre da uniformização do tribunal sobre uma controvérsia jurídica, que será posteriormente aplicada aos casos que se enquadrarem ao incidente, ou seja, que veicularem a mesma questão de direito⁵⁵⁴.

Em quinto e último lugar, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem a constitucionalidade da aplicação da tese jurídica formada em IRDR dos Tribunais aos juizados especiais. Os autores argumentam que apesar de não existir hierarquia entre os juízes dos juizados e os tribunais, não é novidade que em algumas medidas judiciais, os tribunais controlam atos de juízos a eles não vinculados. São mencionados como exemplos, o julgamento do conflito de competência entre juízos comuns e trabalhistas, que é dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, não obstante a justiça laborativa não estar subordinada a referida Corte⁵⁵⁵; bem como a hipótese em que o Tribunal Regional Federal julga conflito de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, com base na Súmula nº 428 do STJ⁵⁵⁶.

Essa posição também é adotada por Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker, os quais advogam o entendimento de que a legislação processual civil

⁵⁵¹ TEMER, Sofia, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁵² *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

⁵⁵³ 2017, *op. cit.*, p. 241-242.

⁵⁵⁴ *Op. cit.*, p. 253-254.

⁵⁵⁵ Curso de Direito Processual Civil..., *op. cit.*, p. 744.

⁵⁵⁶ Estabelece a Súmula nº 428 do STJ que: “compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”.

buscou evitar tratamento diverso ao mesmo tema de direito, não havendo motivos para excluir os órgãos dos juizados da decisão de mérito do IRDR formada no Tribunal⁵⁵⁷.

Por consequência, essa corrente doutrinária sustenta que apesar do esquecimento do legislador, para que não haja o risco de decisões conflitantes dos juízes dos juizados com aquelas proferida pelo órgão especial do Tribunal incumbido de julgar o incidente, convém interpretar de forma extensiva o inciso I, do artigo 982, do mesmo diploma legal, para determinar a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, *inclusive os dos juizados*, que veiculem a mesma questão jurídica que é objeto do IRDR⁵⁵⁸.

No mesmo sentido é o enunciado 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”.

Registre-se que esta celeuma deverá ser julgada pelo Superior Tribunal de Justiça nos próximos meses.

A primeira vez que a questão chegou na Corte, foi por meio do pedido de Suspensão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR) nº 9/SC, apresentado pela União, que requereu a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, em curso no território nacional, *inclusive nos juizados especiais*, que versem sobre a mesma questão de direito discutida no IRDR do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O pedido foi inicialmente indeferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Em face dessa decisão, a União interpôs agravo de instrumento e o Relator se retratou, determinando o envio dos autos para o Ministério Público para exarar novo parecer. Em suma, o pedido de suspensão ainda se encontra pendente de julgamento.

⁵⁵⁷ **IRDR originado de processo em curso no âmbito dos Juizados Especiais.** Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/irdr-originado-de-processo-em-curso-no-ambito-dos-juizados-especiais-13092018>. Acesso em: 24 set. 2019.

⁵⁵⁸ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha, *op. cit.*, p. 744.

Sem que fosse resolvida a questão da suspensão dos processos em todo território nacional, o próprio mérito do mesmo incidente foi julgado e a questão retornou ao tribunal, pelo manejo do recurso especial nº 1.807.665/SC, previsto no artigo 987 do Código de Processo Civil. Esse incidente tem por objetivo a pacificação da *competência dos juizados especiais federais* em razão do valor da causa em relações de trato sucessivo. A questão já está pacificada no âmbito do TRF da 4ª Região, mas o que se pretende, agora, é estendê-la a todos os processos em território nacional. Desse modo, o Presidente da Comissão Gestora de Precedentes no STJ, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, determinou que análise do cabimento do apelo excepcional deve recair sobre duas questões: a primeira, relacionada a possibilidade de se impugnar acórdão proferido em IRDR admitido de processos oriundos dos juizados especiais; e a segunda, relativa à possibilidade de o STJ atuar como Corte uniformizadora de matéria processual de aplicação no âmbito dos juizados especiais⁵⁵⁹.

5.3 NOSSO ENTENDIMENTO

Cotejando os argumentos contrários e favoráveis à constitucionalidade do IRDR, chegamos às seguintes conclusões:

Em primeiro lugar, entendemos que o parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil padece dos vícios da inconstitucionalidade formal e material.

Com relação à inconstitucionalidade formal, retomando as ideias que foram expostas no item “2.3”, o atual Código de Processo Civil é fruto de projeto de lei apresentado pelo Senado Federal (casa iniciadora) e em sua versão original não havia qualquer previsão semelhante ao sobredito artigo. Na Câmara de Deputados (casa revisora), foi retirada a possibilidade de o juiz de primeira instância requerer a

⁵⁵⁹ STJ, REsp 1.807.665/SC, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes no STJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Decisão Monocrática proferida em 01/07/2019.

instauração do IRDR, bem como acrescentado outro requisito de admissibilidade: a pendência de causa no tribunal. Em razão dessas alterações, o projeto retornou ao Senado Federal para deliberação, ou seja, para aprovar ou rejeitar as emendas da casa revisora (no caso, Câmara de Deputados)⁵⁶⁰. Ocorreu, todavia, que além de rejeitar as alterações feitas pela Câmara de Deputados, o Senado Federal incluiu a redação do atual parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil, *que não constava das versões anteriores*, excedendo suas atribuições e violando, desta forma, o devido processo legal previsto no artigo 65 da Constituição Federal.

Quanto à inconstitucionalidade material, ela decorre da absoluta incompatibilidade do parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil com o teor do artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Carta Maior, este claro em estabelecer que os tribunais disporão sobre a *competência* e o funcionamento de seus respectivos órgãos por meio do regimento interno. Logo, não poderia o atual Código de Processo Civil regular matéria de competência privativa dos tribunais.

São por essas razões que o parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil deve ser declarado inconstitucional. Importante frisar que a posição por nós defendida é de inconstitucionalidade deste único dispositivo e não de todo o IRDR.

Em segundo lugar, comungamos do entendimento favorável à constitucionalidade dos *efeitos vinculantes* da decisão de mérito formada no incidente, pois além de haver semelhante consequência no julgamento dos recursos repetitivos⁵⁶¹, os referidos efeitos potencializam e otimizam a prestação da tutela jurisdicional, não obstante dependerem de posterior aplicação a cada um dos casos concretos.

De pouca utilidade seria afirmar que a lei é igual para todos, se quando de sua aplicação, ela provoca resultados diversos na vida dos jurisdicionados, cujas variações decorreriam de critérios subjetivos, como a comarca em que o feito é

⁵⁶⁰ Para melhor compreensão acerca das etapas do processo legislativo, consulte-se: NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1.531-1.533.

⁵⁶¹ O que pode ser extraído do comando dos artigos 927, III, 928 e 1.040, todos do Código de Processo Civil.

distribuído, a vara que é sorteada e até mesmo a *dieta* do magistrado no dia em que profere a decisão⁵⁶².

Nesta ordem de intelecção, o processo deixa de ser meio para obtenção do direito da parte que tem razão⁵⁶³ e passa ser o principal fator a influenciar o resultado da demanda, uma vez que a sua conclusão estará muito mais condicionada a “sorte” do que a análise do direito material posto em juízo, com manifesta ofensa aos valores constitucionais da igualdade, segurança jurídica e isonomia e, em última análise, da própria tutela jurisdicional *justa, efetiva e adequada*.

Deste modo, a eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 985, incisos e § 1º, do Código de Processo Civil, acabaria por gerar um problema ainda mais grave: o descompromisso na concretização dos princípios constitucionais.

Acrescentamos que com relação § 2º, do artigo 985, do Código de Processo Civil, embora ele seja incisivo em estabelecer que a comunicação será feita “para fiscalização da efetiva aplicação” da tese jurídica firmada, comungamos do entendimento de Sofia Temer, no sentido de que este dispositivo receba *interpretação conforme à constituição*⁵⁶⁴, para que seja entendido como *efeito persuasivo* e não como *efeito vinculante* com relação à Administração Pública.

Registre-se que quando defendemos, nas linhas anteriores, que os *efeitos vinculantes* para todos os órgãos do respectivo tribunal, o fizemos apoiados, essencialmente, na premissa da unidade do Poder Judiciário. Logo, aquela

⁵⁶² Discorrendo sobre a independência da magistratura, Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Willian Granado afirmam que “a circunstância de o Judiciário dizer o direito, e, portanto, fazer com que, em suas decisões, o direito ganhe dinamicidade, leva-o, em certo sentido, a ter o poder de dizer a última palavra, tendo em vista o direito positivo. É certo que a última palavra, dita pelo Poder Judiciário, não se reveste de arbítrio, senão que, justamente por estar o Judiciário submetido à lei, conduz ao resultado de que é o Judiciário, pelo seu funcionamento, que realiza por excelência o princípio da legalidade, na ordem prática”. In: **Processo Constitucional**, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁶³ Nesse sentido, são as lições de Chiovenda, para o qual “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”. In: **In Saggi di diritto processuale civile**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 110.

⁵⁶⁴ Dirley da Cunha Júnior leciona que “a técnica da *interpretação conforme a Constituição* visa prestigiar a presunção *juris tantum* de constitucionalidade dos atos normativos do poder público. Assim, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo possível mais de uma interpretação do ato impugnado (por tratar-se de norma polissêmica ou plurissignificativa), deve-se adotar aquela que possibilita ajustá-lo à Constituição”. In: **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 335-336.

conclusão não se mostra contraditória com a que é feita agora, porque a Administração Pública não está subordinada àquele Poder⁵⁶⁵.

Em terceiro lugar, entendemos que o IRDR *não* viola as garantias processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até mesmo em razão das premissas que foram estabelecidas em tópicos anteriores.

Pois bem. Sem adentrar na discussão de a tese jurídica formada no incidente ser ou não um precedente, posto que demandaria trabalho específico para isso, o fato é que o Código de Processo Civil estabelece que tal decisão será de observância obrigatória⁵⁶⁶, sob pena de ser considerada como não fundamentada⁵⁶⁷ (e, portanto, nula⁵⁶⁸), bem como prevê o uso da reclamação para assegurar o respeito à ela⁵⁶⁹. Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso, a tese jurídica do incidente é um dos produtos otimizados do Poder Judiciário⁵⁷⁰.

Não obstante tratar-se de decisão de observância obrigatória, ela *não produz coisa julgada*, haja vista que está sujeita à posterior aplicação a cada um dos casos suspensos e, também, em razão da possibilidade de ser revista⁵⁷¹.

Some-se a isso, que não são apenas as *questões prejudiciais* que podem ser objeto do IRDR, mas toda e qualquer questão de direito material ou processual, desde que seja replicada em vários processos e que esteja ocasionando risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁵⁷².

Nesta ordem de ideias, o IRDR se contextualiza num conflito hermenêutico e não em conflitos subjetivos, autorizando que as garantias do contraditório e da ampla defesa sejam reinterpretadas, nos moldes propostos por Sofia Temer, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues.

Isso parece ser substancialmente satisfeito pelas normas procedimentais do incidente, conforme demonstrado no item “2.5”, haja vista que além da dupla

⁵⁶⁵ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 2º.

⁵⁶⁶ artigo 927, inciso III.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, artigo 489, § 1º, inciso VI.

⁵⁶⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 93, inciso IX.

⁵⁶⁹ Código de Processo Civil, artigo 985, § 1º.

⁵⁷⁰ Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..., 2016, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷¹ Código de Processo Civil, artigo 986.

⁵⁷² Sobre a questão, leia-se o item “2.4.2” deste trabalho.

oitiva das partes e dos interessados, conforme antes mencionado, há ainda outras garantias que maximizam o contraditório e a ampla defesa, tais como a necessidade de ampla divulgação⁵⁷³, a intervenção obrigatória do Ministério Público⁵⁷⁴ e a possibilidade de participação do *amicus curiae*⁵⁷⁵.

Portanto, além de afirmarmos que não há inconstitucionalidade pelos motivos ora analisados, ousamos em dizer que o contraditório no IRDR é, ainda, mais amplo do que aquele que se verifica nos processos tradicionais.

Em quarto lugar, não reconhecemos a existência de vício de constitucionalidade por afronta ao direito de ação, baseados em algumas premissas estabelecidas anteriormente.

Quando perquirimos acerca da natureza jurídica do IRDR, no item “2.1”, afirmamos que ele não é processo coletivo, mas técnica que compõe o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. E isso diz muito. Significa que não existem lides agrupadas, como assertivamente lembrado por Sofia Temer⁵⁷⁶, mas sim *questões de direito material ou processual* que são replicadas em várias demandas, homogêneas ou heterogêneas, que necessitam receber o mesmo tratamento jurídico.

Conseqüentemente, na ausência de normas específicas do IRDR, para colmatar a lacuna, o interprete não pode se socorrer do microsistema de processo coletivo, haja vista que o incidente não pertence a ele. Ao contrário, deve buscar soluções no capítulo destinado aos recursos repetitivos, porque este sim pertence ao mesmo gênero que o IRDR.

Então, será inarredável afastar as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública do âmbito de aplicação do IRDR. Logo, são insustentáveis qualquer tentativa de aproximação aos sistemas *opt-in* ou *opt-out*.

Noutro vértice, o direito de ação não se confunde com o direito de obter uma decisão favorável, mas consiste no direito de receber uma resposta

⁵⁷³ Código de Processo Civil, artigo 982, § 1º.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, artigo 976, § 2º.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, artigo 983, *caput* e § 1º.

⁵⁷⁶ *Op. cit.*, p. 253-254.

jurisdicional, goste dela, ou não, as partes. Por decorrência lógica, não há o direito de obter um entendimento favorável a determinada norma, o que existe é o direito de preservação à isonomia e à segurança jurídica, não apenas no plano abstrato, mas, sobretudo, quando da aplicação da Lei.

A possibilidade de requerer tutela de urgência ao juízo onde tramita o processo suspenso, prevista no § 2º, do artigo 982, do Código de Processo Civil, corrobora a afirmação de que o IRDR não afronta o direito de ação, posto que disponibiliza meios de preservação do direito até que se aguardo o julgamento do incidente.

Em quinto e último lugar, independentemente das decisões que serão proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, defendemos a constitucionalidade da parte final do inciso I, do artigo 985, do Código de Processo Civil.

Isso porque, a nova lei processual, em diversas passagens, busca combater a dispersão jurisprudencial, pautando-se em escolhas que concretizem as garantias da isonomia e da segurança jurídicas.

Além disso, excluir os juizados especiais do âmbito de aplicação da decisão de IRDR formada em tribunais, autorizaria a coexistência de decisões conflitantes sobre a mesma questão jurídica. Consequentemente, o autor da demanda estaria em posição privilegiada, porque poderia optar pelas varas cíveis ou juizados, de acordo com a decisão mais favorável aos seus interesses, fato que violaria o princípio da paridade de tratamento entre as partes⁵⁷⁷.

Também em razão dos próprios princípios norteadores dos juizados especiais, donde inferimos que quando o constituinte estabeleceu que os recursos seriam julgados por turmas de juízes, ele estava, obviamente, desburocratizando o procedimento, com vistas à razoável duração do processo. Então, o desprezo a uma decisão de observância obrigatória, exigindo a instauração de outro IRDR, está na contramão da razão de ser dos juizados especiais e se constituirá em obstáculo ao acesso à justiça.

⁵⁷⁷ Código de Processo Civil, artigo 7º.

Portanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas é constitucional, sendo inconstitucional, tão somente, o parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sintetizando as ideias que foram apresentadas neste trabalho, concluímos:

Que o IRDR não é espécie de processo coletivo, mas um incidente (mecanismo processual) que se destina a resolver uma questão de direito (preliminar, prejudicial ou posterior ao mérito), buscando uma padronização decisória para concretizar as garantias da isonomia, segurança jurídica e razoável duração do processo.

Disso resulta, logicamente, que o IRDR não se destina apenas aos direitos individuais homogêneos, podendo ser instaurado tanto a partir de demandas isomórficas, quanto de demandas heterogêneas.

Quanto ao procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) que o inspirou, o IRDR possui as seguintes características distintivas:

(1) o incidente alienígena é regido por lei de vigência temporária, enquanto que o IRDR permanecerá em vigor até que sobrevenha outra lei ordinária que o modifique ou revogue⁵⁷⁸;

(2) o *Musterverfahren* não pode ser requerido de ofício, enquanto que o juiz ou relator pode requerer a instauração do IRDR, nos moldes do artigo 977 do Código de Processo Civil;

(3) o procedimento-modelo alemão exige que, no período de seis meses, sejam apresentados, no mínimo, outros nove requerimentos, enquanto que o IRDR não estabelece um número mínimo, sugerimos que seja considerado não apenas o número existente de processos, mas a *potencialidade* da questão se repetir em dezenas, centenas ou milhares de casos;

(4) no *Musterverfahren* há a possibilidade de interromper a prescrição, inexistindo previsão semelhante no incidente brasileiro;

⁵⁷⁸ Cf. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, artigo 2º, *in verbis*: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

(5) os processos futuros não estarão submetidos à decisão do procedimento-modelo alemão, enquanto que a decisão de mérito do IRDR será aplicada aos processos individuais ou coletivos, presentes e futuros, nos moldes do artigo 985, inciso I, do Código de Processo Civil;

(6) o *Musterverfahren* não se restringe às questões unicamente de direito, como ocorre com o IRDR.

No que tange às Ordens para o Litígio em Grupo (GLO) possuem as seguintes diferenças quando comparadas ao IRDR:

(1) não há nas GLOs a possibilidade de uma entidade pública (como são a Defensoria e o Ministério Público no Brasil) requererem a sua instauração como ocorre com o IRDR;

(2) as GLOs exigem que a questão repetitiva (GLO *issues*) esteja presente, no mínimo, em dez processos (embora não seja uma regra inflexível);

(3) existe duplo juízo de admissibilidade nas GLOs, enquanto que no IRDR o juízo de admissibilidade é feito, uma única vez, em decisão irrecorrível, pelo órgão colegiado incumbido de julgar o incidente, nos termos do artigo 981 do Código de Processo Civil;

(4) nas GLOs é estabelecida uma data limite (*cut-off date*) para formação do grupo, após a qual as demandas serão julgadas como individuais; enquanto que a decisão formada no IRDR será aplicada aos casos futuros, conforme determina o artigo 985, inciso I, do Código de Processo Civil.

Quanto ao direito interno, restou demonstrado que o IRDR não é espécie de processo coletivo. Isso porque, para que uma ação seja considerada como coletiva, exige-se um representante adequado (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada). Diferentemente, o IRDR não se destina a solução de um conflito subjetivo, uma vez que busca a pacificação de uma questão unicamente de direito, inexistindo lide, logo, não há que se falar em legitimidade e coisa julgada.

Consequentemente, o microssistema de processo coletivo não pode ser utilizado para colmatar as eventuais lacunas do IRDR. Ao invés disso, o IRDR deve

se socorrer do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (Código de Processo Civil, artigos 928).

Quanto ao exame da constitucionalidade do IRDR, concluímos que:

(1) O parágrafo único, do artigo 978, do Código de Processo Civil – que estabelece que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente” – padece do vícios da inconstitucionalidade formal e material. Formal, porque ele não constava da versão originária aprovada no Senado, tampouco na versão da Câmara dos Deputados, sendo inserido quando do seu retorno ao Senado Federal, violando o artigo 65 da Constituição da República Federativa do Brasil. Material, em razão da invasão da competência legislativa privativa dos tribunais, para dispor sobre a sua própria competência e o funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais, nos moldes do artigo 96, inciso I, alínea a, da Carta Maior, ou seja, ao invés de estar previsto em Lei Ordinária, a matéria deveria ser tratada pelo regimento interno de cada um dos tribunais.

(2) Que os efeitos vinculantes da decisão de mérito do IRDR *não* violam à independência funcional dos magistrados, à separação dos poderes e à reserva legal. Não há violação à independência funcional dos magistrados, porque esta garantia não autoriza que a decisão se baseie em critérios unicamente pessoais do julgador, bem como não dispensa o dever de fundamentação. Também não há violação à separação dos poderes, porque foram distinguidos os conceitos de lei e norma. Além disso, não há violação à reserva legal, porque a tese jurídica não possui caráter geral e abstrato e tampouco é imutável, uma vez que pode ser revista.

(3) Inexiste inconstitucionalidade por violação às garantias do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário disso, no IRDR essas garantias são ainda mais marcantes do que nos tradicionais meios de tutela, pois elas serão exercidas tanto no momento anterior à formação da tese jurídica (por exemplo, manifestação dos interessados por escrito, audiências públicas, participação do *amicus curiae*), quanto no momento posterior, por ocasião da aplicação da tese jurídica aos casos suspensos, com o exame das peculiaridades de cada um deles.

(4) Não há inconstitucionalidade por violação ao direito de ação, porque não basta que a Lei seja abstratamente igual para todos, ela deve permanecer igual quando é aplicada aos casos concretos. Ademais, o IRDR não é mecanismo de agrupação de lides, mas sim de identificação de questões de direito idênticas.

(5) Apesar da violação à competência dos juizados especiais já estar pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, como demonstrado alhures, até que não sobrevenha decisão em sentido diverso, este trabalho compartilha do entendimento de que não há inconstitucionalidade, em razão de já existir algumas situações em que os tribunais controlam atos de juízos que não estão a eles vinculados. Por exemplo, o conflito de competência entre a justiça do trabalho e a justiça comum que é dirimido pelo STJ. Além disso, os juizados especiais são regidos pelos princípios da simplicidade, da oralidade e da economia processual. Logo, o entendimento de que a tese jurídica firmada no IRDR não possa ser aplicada aos processos dos juizados iria na contramão.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Suspensão de segurança**: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALELUIA, José Carlos. **Câmara dos Deputados**: Parecer Vencedor. 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 05 out. 2017.

ALEMANHA. BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Code of Administrative Court Procedure**. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0475>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um 'incidente de resolução de demandas repetitivas'. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 196, p.237-275, 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier.

_____. Multi-party proceedings in England: representative and group actions. **Duke Journal Of Comparative And International Law**. Durham, 2001, p. 249-268. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/5/>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p.236-277, jan./abr. 2017. Quadrimestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28491>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BAETGE, Dietmar. **Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation**. 2007. Disponível em: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186, p.87-107, ago. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao Processo Civil Alemão**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BOLLMANN, Vilian. **Aplicar novo CPC a Juizados Especiais Federais passa por condições**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/aplicar-cpc-juizados-especiais-federais-passa-condicoes>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BORGES, Sabrina Nunes. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do Processo Coletivo e do Código de Processo Civil de 2015**. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2018.

BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliana Provedel. As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p.76-100, jul./dez. 2016. Semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25851>>. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 17 jun. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. **Lei da Ação Popular**. Brasília, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, 25 de jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Constituição, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 382.736 – SC (2001/0155744-8)**. DJ Eletrônico. Brasília. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101557448&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Repetitivo nº 1457199 / RS. **DJ Eletrônico**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401261302&dt_publicacao=17/12/2014>. Acesso em: 01 set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Lei n. 13.105, de 16.03.2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

_____; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARNELUTTI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: CARNELUTTI, Francesco (Org.). **Studi in Onore di Enrico Redenti**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 745.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. **In Saggi di diritto processuale civile**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930.

Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes (2011)**. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. **Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). **Principios del derecho de los procesos colectivos**. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. Traducción Francisco Verbic.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (Coord.). **Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 57-73.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 193, p.255-280, mar. 2011.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.61-73, jun. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242881/000923080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 01 set. 2019.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a lei n o 5.869, de 1973)**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 04 set. 2019.

DEU, Teresa Armenta. **Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

DICIONÁRIO Wörterbuch: Alemão-Português Português-Alemão Deutsch-Portugiesisch Portugiesisch-Deutsch. Porto: Porto, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DODSON, Scott. An opt-in option for class actions. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 115, n. 2, p.175-194, 2016. Disponível em: <<http://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss2/1>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

DRESCH, Silvane. A Aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas aos Juizados Especiais. **Revista do CEJUR / TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 4, n. 1, p.201-223, dez. 2016.

FEDERAL, Senado. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FOGAÇA, Mateus Vargas; CAMBI, Eduardo. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.333-362, maio 2015.

FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva depois da reforma**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo coletivo**: Coleção Repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 4. p. 133-156.

GARGALLO, Andrea Planchadell. **Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español**: un estudio comparado. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 265, p.213-218, mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GRUPO DE ESTUDOS DA FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO (Brasil). Universidade de São Paulo. **Observatório Brasileiro de IRDRs**. 2019. Disponível em: <<http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/pulicacoes/>>. Acesso em: 04 set. 2019.

IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999.

JUSBRASIL. **Ministro Luiz Fux é empossado presidente da comissão do novo CPC.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/1970950/ministro-luiz-fux-e-empossado-presidente-da-comissao-do-novo-cpc>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os juizados especiais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 237, p.497-507, nov. 2014.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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. **Revista de Processo**, São Paulo, p.165-205, jun. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Efficacia ed autorità della sentenza:** ed altri scritti sulla cosa giudicata. Milano: Giuffrè, 1962.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça.** São Paulo: Editora Método, 2004.

MACCORMIK, D. Neil; SUMMERS, Robert Samuel. **Interpreting precedentes:** a comparative study. London: Routledge, 2016.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O Novo Processo Civil Brasileiro:** Direito em expectativa. Rio de Janeiro: Genforense, 2011. p. 576-577.

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

_____. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** Teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Sistema Brasileiro de Precedentes.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:** Decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A Eficácia da Decisão de Constitucionalidade: Quando a sua Revisão É Possível?. **Revistas Magister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, n. 60, jun. 2014. Bimestral.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. **Revista da ESMESE**, Aracajú, n. 7, p.15-54, 2004. Semestral. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/7.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZO, Fernando Henrique Machado. **O incidente de resolução de demandas repetitivas: análise de sua eficácia enquanto instrumento para solução uniforme de demandas de massa**. 2018. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Nota nº II ao artigo 976.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 211, p.191-208, 2012.

_____. TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 243, p.283-331, maio 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. A coisa julgada erga omnes nas ações coletivas (Defesa do Consumidor) e a Lei 9.494/97. **Revista Ajuris**: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 77, p.155-182, mar. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p.187-197, jan. 1991. Mensal.

_____. Uma novidade: o código de processo civil inglês. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo de (Org.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 451-461.

MULHERON, Rachael. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Oxford/portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

MULLENIX, Linda. General Report: Common Law. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 251-298. (XIII Congresso Mundial de Direito Processual Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007). Tema n. 5 - Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas.

NAMURA, José Roberto. Dumping Social: uma prática desconhecida pelas empresas. **Migalhas**. Ribeirão Preto, 26. mar. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217836,21048-Dumping+Social+Uma+pratica+desconhecida+pelas+empresas>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Tutela recursal plurindividual no Brasil: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos**. 2013. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O Ministério Público e sua legitimação para defesa do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p.244-250, out. 1992. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/links/busca.php>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Proteção jurídica da biodiversidade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 3, n. 8, p.168-171, ago. 1999. Quadrimestral.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, António Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista. In: _____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Almedina, 1995. p. 498-522.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. **IRDR originado de processo em curso no âmbito dos Juizados Especiais**. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/irdr-originado-de-processo-em-curso-no-ambito-dos-juizados-especiais-13092018>. Acesso em: 24 set. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Marcelo Augusto Koychi Nakashoji. Incidente de resolução de demandas repetitivas: juízo comparativo com os principais institutos de resolução massificada de conflitos. **Iudicium**: Revista de derecho procesal de la asociación iberoamericana de la universidad de salamanca, Salamanca, p.173-199, 2016.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILHO, Juan Carlos Ortiz. **Código Procesal Civil alemán, ZPO**: traducción com um estúdio introductorio al proceso civil alemán contemporâneo. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECONDO, Felipe. **STJ libera score de crédito**. 2014. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-libera-score-de-credito-12112014>>. Acesso em: 12 out. 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). **QUESTÃO ADMINISTRATIVA: Novo CPC entrará em vigor no dia 18 de março, define Plenário do STJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/cpc-entrara-vigor-dia-18-marco-define-stj>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. 2012. 288 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2012.

ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos?. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p.36-65, dez. 2013. Semestral. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ROSSONI, Igor Bimkowski. O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 10, nº 1065, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>>. Acesso em: 01 maio 2019.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAVIGNY, M. F. C.. **Sistema del derecho romano atual**: Tomo IV. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879. Traduzido por M. CH. Guenoux. Disponível em: <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2008/55755/55755_1.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentários Contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges. Direitos Coletivos: um Novo Paradigma Jurídico, Processual e Constitucional. In: TAVARES NETO, José Querino (Coord.). **A Construção de uma ordem constitucional fundamentada no direito coletivo**. Franca: Lemos e Cruz, 2012, p. 55-88.

STURNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 193, p. 354-371, 2011.

SZALAI, Ákos. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HARSÁGI, Viktória; VAN RHEE, Remco (Coord.). **Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?**. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 84.

TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. **I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions**. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2012, p. 23-30.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Futuro do Processo Civil Brasileiro. **Revistas Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 85, p. 5-26, jul./ago. 2018.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto. In: GOZZOLI, Maria Clara et al (Org.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171-205.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coord.). **Processo Coletivo** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8). Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 49-107.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.399

_____. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 92, p.52-70, dez. 1998.

_____. Súmula vinculante: desastre ou solução? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 98, p. 295-306, abr.-jun. 2000.

WITTMANN, Ralf-thomas. Il "contenzioso di massa" in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo**. Milão: Giuffrè, 2008. p. 178.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: Análise das regras vigentes e daquelas inseridas no Código de Processo Civil Projetado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 181-207, ago. 2014.

_____. LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconventionais para resolver conflitos massificados. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, n. 22, p. 292-308, jan./dez. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção direito e processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno).

_____. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.