

O incidente de resolução de demandas repetitivas como reforço ao sistema de tutela coletiva de direitos no Brasil

*Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini**

*Guilherme Alves dos Santos***

Resumo

Neste trabalho, faz-se breve análise histórica dos fatos que conduziram o Poder Judiciário a uma intensa sobrecarga de trabalho que teve como consequência imediata a crise na prestação jurisdicional, caracterizada pelo aumento da morosidade e a proliferação de decisões divergentes. Demonstrar-se-á que a preocupação do legislador com esse quadro protagonizou uma série de alterações no sistema processual, desde o incentivo à tutela coletiva de direitos em sentido estrito até os instrumentos mais recentes de valorização dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ao final, trata-se especificamente do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil, instituto que reforça a tendência de valorização da jurisprudência e complementa a tutela coletiva de direitos, o que se fará a partir de uma análise comparativa com as normas processuais do sistema de tutela dos direitos individuais homogêneos.

Palavras-chave: Demandas de massa. Tutela dos direitos coletivos. Incidente de resolução. Demandas repetitivas.

Recebido em: 10/09/2016 | Aprovado em: 25/09/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i3.6374>

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professora do curso de mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 9ª Vara Cível de Ribeirão Preto. Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto e em Enfermagem pela Universidade de São Paulo. E-mail: fzanferdini@hotmail.com

** Graduado em Direito pela Faculdades Integradas do Brasil. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdades Integradas do Brasil e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Mestrando na área de Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Ex-juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de São Simão. E-mail: guilhermeadossantos@yahoo.com.br

Introdução

O presente trabalho busca apresentar uma breve análise histórica dos fatos que conduziram o Poder Judiciário a uma intensa sobrecarga de trabalho que teve como consequência imediata a crise na prestação jurisdicional, caracterizada pelo aumento da morosidade e a proliferação de decisões divergentes.

Nesse sentido, demonstra-se que a preocupação do legislador com esse quadro protagonizou uma série de alterações no sistema processual, desde o incentivo à tutela coletiva de direitos em sentido estrito até os instrumentos mais recentes de valorização dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ademais, trata-se especificamente do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) previsto no novo Código de Processo Civil (CPC), instituto que reforça a tendência de valorização da jurisprudência e complementa a tutela coletiva de direitos, o que se fará com base na análise comparativa com as normas processuais do sistema de tutela dos direitos individuais homogêneos.

Da crise do acesso à justiça à crise na entrega da prestação jurisdicional

No contexto do Estado liberal, o processo era pensado como um instrumento de tutela de direitos meramente individuais e com feição nitidamente patrimonialista, atendendo, assim, à pequena parcela da população que dispunha de bens materiais de valores relevantes, enquanto afastava os demais da tutela jurisdicional.

A ampliação dos direitos a partir da atualmente denominada segunda geração de direitos fundamentais fez emergir uma realidade absolutamente diversa, pois os titulares desses direitos de caráter social representam um número de pessoas muito maior, sendo esse um dos fatores que deram causa ao aumento da demanda do Poder Judiciário.¹

A judicialização desses novos direitos, entretanto, não se fez de forma imediata. Em clássico trabalho, Boaventura de Souza Santos observou que os estudos da sociologia da administração da justiça identificaram outros três obs-

¹ DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 24.

táculos ao acesso à justiça pelas classes populares, quais sejam: econômicos, sociais e culturais.²

O obstáculo econômico relacionava-se ao elevado custo do processo judicial; o obstáculo social estaria ligado ao fato de que os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pouco os seus direitos, o que naturalmente desencorajaria o litígio. Por fim, o obstáculo cultural foi sintetizado da seguinte forma pelo autor lusitano:

[...] quanto mais baixo é o estrato socio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.³

Pode-se afirmar, de outro lado, que a crise de acesso à justiça foi superada de forma gradativa, sobretudo no século XX, primeiro com o reconhecimento dos direitos sociais, mas também com mecanismos processuais facilitadores do acesso ao Poder Judiciário, que teve como marcos a implementação da assistência judiciária gratuita, a criação de uma tutela coletiva de direitos e técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos.⁴

Atualmente, a crise a ser superada tem reverso viés, na medida em que decorre justamente da facilitação do acesso à justiça e da multiplicação das demandas, daí a necessidade de um processo célere e racional, que permita que a prestação jurisdicional eficaz e em tempo razoável.

A esse respeito, Zanferdini afirma que:

A efetividade do processo é exigência premente em tempos atuais. É cediço que a coletividade anseia por uma atividade jurisdicional capaz de emitir julgamentos céleres e eficazes e apta para garantir o efetivo cumprimento de seus julgados [...]. Destarte, o devido processo legal, modernamente concebido, é aquele efetivo e que alcança suas metas.⁵

É certo, de outro lado, que as ações coletivas propiciaram aumento do acesso à justiça, mas também significaram um avanço processual, na medida em que possibilitam que direitos de natureza metaindividual sejam apreciados

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, 1985, p. 127.

³ SANTOS, 1985, p. 127.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

em uma única relação processual, com aptidão para produzir efeitos ultrapartes.

Para os fins deste trabalho, interessa mais o estudo da tutela dos direitos individuais homogêneos, exemplo que melhor evidencia a possibilidade da substituição de diversas ações individuais por uma coletiva, que irradia efeitos à esfera jurídica daqueles que não figuraram como partes no processo e que atende às exigências atuais do processo moderno – celeridade, efetividade e segurança jurídica.

Importante consignar que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos revela-se bastante adequada ao contemporâneo contexto da sociedade de consumo e conflitos de massa.

Como é cediço, a litigiosidade própria do século XXI é a litigância de massa, de forma que, como adverte Mariana França Gouveia:

[...] há que adaptar as regras do processo à realidade da litigância actual. E essa adaptação passa por, primeiro, criar mecanismos específicos que permitam um tratamento conjunto dos processos [...] a ideia é que o juiz disponha de instrumentos legais que lhe permitam gerir a sua pendência volumosa.⁶

Nada obstante tenham representado um significativo avanço, as ações coletivas não se revelaram suficientes para a resolução desses litígios.⁷ Mesmo porque:

[...] demandas individuais de massa são aquelas que contemplam situações jurídicas homogêneas, ou seja, identidade de tese jurídica [...] pertinente anotar, outrossim, que ações de massa não se limitam àquelas causas que versam sobre direitos individuais homogêneos.⁸

Diante desse contexto, paralelamente ao sistema de tutela coletiva de direitos, o direito brasileiro busca outros instrumentos processuais que permitam solução coletiva para as demandas massificadas, aplicando, para tanto, técnicas que visam, por meio da obrigatoriedade da observância dos precedentes, a uniformização das decisões judiciais, a racionalização da atividade judiciária e a igualdade na aplicação do direito.⁹

⁶ GOUVEIA, Mariana França. *A ação especial de litigância de massas*. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

⁷ CABRAL, Antônio do Passo. A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p. 202-223, 2014, p. 202.

⁸ ZANFERDINI, Flávia de Almeida M.; GOMES, Alexandre G. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 181-207, 2014, p. 190.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITDEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18-19.

Essa tendência pode ser demonstrada a partir de diversos institutos introduzidos recentemente no sistema processual, como a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º do CPC), a repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição federal), o sistema de julgamento de recursos repetitivos pelo STJ (art. 543-C do CPC),¹⁰ a súmula vinculante (art. 103-A da Constituição federal) e o julgamento de improcedência *prima facie* (art. 285-A do CPC). Os institutos previstos na legislação infraconstitucional foram mantidos no novo Código de Processo Civil, respectivamente nos artigos 1.035 e 1.036 e 332. Quanto a esse último instituto, importante destacar que, no contexto da valorização dos precedentes dos tribunais pelo novo código, passou a estar relacionado às suas decisões e não do próprio juízo, como anteriormente.¹¹

O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo CPC é mais um instituto que reforça essa tendência, tema que será tratado a seguir.

O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo CPC

O incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil pode ser compreendido como um instituto que reforça a tutela coletiva de direitos mediante a utilização das técnicas processuais modernas que valorizam a jurisprudência dos tribunais – nesse caso específico inclusive e especialmente a de segunda instância – por meio dos denominados procedimentos representativos, que são “procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos sem as técnicas das ações coletivas”,¹² como forma de “suprir deficiências do sistema atual de proteção dos direitos individuais homogêneos”.¹³

Zanferdini e Gomes observam que os julgamentos nos procedimentos representativos:

¹⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, jan./out. 2008. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23734/16755>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

¹¹ ABOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Art. 332. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 857.

¹² CABRAL, 2014, p. 202.

¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto 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, p. 192.

[...] não se submetem às regras processuais destinadas às ações coletivas. Apresentam um perfil próprio, isto é, não se identificam completamente com as demandas propriamente individuais e tampouco com as coletivas. Daí a razão de serem denominadas pseudoindividuais por alguns operadores.¹⁴

Exigem, outrossim:

[...] uma dogmática própria baseada na escolha de ações representativas e proferida decisão neste processo a tese deve ser aplicada às demandas repetitivas com eficácia vinculante de forma a preservar isonomia, certeza do direito, segurança, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica.¹⁵

Tem-se, nesse quadro, que o poder vinculante dos precedentes judiciais formados em demandas individuais consiste na principal distinção dos denominados procedimentos representativos em relação à tutela coletiva própria do microsistema brasileiro.

Cuida-se de dar ao Judiciário mecanismo que permita agilização processual e organização da litigância de massa, racionalizando a prestação jurisdicional dos processos que se repitam aos milhares, versando sobre uma mesma tese jurídica. Como bem lembra Karol Araújo Durço, não se cuida de uma nova forma coletiva de acesso à justiça, “mas coletivização do julgamento das diversas ações propostas que é reunido em uma única decisão do Tribunal”.¹⁶

Como se recorda, o IRDR é o incidente que se instaura o âmbito dos tribunais de segunda instância, por iniciativa do juiz da causa, do relator do processo no tribunal, pelas próprias partes, pela defensoria pública ou Ministério Público (art. 977 do novo CPC), quando se verificar efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, por conseguinte, haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do novo CPC).

Recebido o expediente pelo presidente do Tribunal, será remetido ao órgão competente para o respectivo julgamento (inclusive juízo de admissibilidade – art. 981 do novo CPC), previsto no Regimento Interno da Corte (art. 988 do novo CPC).

Admitido o incidente, são suspensas as causas em andamento que versem sobre a mesma matéria (art. 982, I, c/c art. 985, § 5º, ambos do novo CPC) até que sobrevenha o julgamento definitivo do incidente. Processado e julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição

¹⁴ ZANFERDINI; GOMES, 2014, p. 191.

¹⁵ ZANFERDINI; GOMES, 2014, p. 191.

¹⁶ DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2015, p. 532.

do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região” (ar. 985, I)¹⁷ e ainda aos “casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal” (art. 985, II).¹⁸ Caso o órgão competente ao julgamento da demanda individual deixe de observar a tese adotada no incidente, será cabível o ajuizamento de reclamação para preservação daquela decisão (art. 985, § 1º, do novo CPC).

Diante dessa breve exposição, e analisando os institutos relacionados à tutela coletiva e ao IRDR, percebe-se de forma clara que esse último recurso afina-se com alguns dos princípios do processo coletivo brasileiro e em diversos aspectos colmata lacunas e supre algumas deficiências apontadas pela doutrina com relação ao processo coletivo.

Daí porque pensamos ser possível dizer que o IRDR não representa apenas mais uma técnica de valorização de precedentes do direito brasileiro, mas verdadeiro instrumento que complementa o microssistema da tutela coletiva de direitos.

Nesse sentido, Caroline Gaudio Rezende:

A sua importância para os ordenamentos surge por causa da sua dupla finalidade: solucionar as demandas individuais de maneira coletiva (resolvendo os problemas decorrentes da cognição judicial pulverizada) e ser uma alternativa para a solução das demandas coletivas (atuando em paralelo ao microssistema da tutela coletiva).¹⁹

Tal ilação robustece-se quando colhemos na doutrina apontamentos acerca da finalidade e das vantagens da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e do IRDR. Sobre o primeiro tema, citamos Ricardo Leonel de Barros:

Podem ser identificadas vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da ‘atomização’ de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais.²⁰

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 9 dez. 2015.

¹⁸ BRASIL, 2015.

¹⁹ REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no *Musterverfahren* brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 102-125, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916/9328>>. Acesso em: 9 dez. 2015. p. 104.

²⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p.111.

As mesmas características essenciais são apontadas pela doutrina ao tratar do IRDR, quais sejam, celeridade processual, isonomia e segurança jurídica.²¹

Feitas tais considerações, passa-se a analisar em que medida o IRDR pode ser compreendido nessa perspectiva de reforço da tutela coletiva ao tratarmos das inovações trazidas pelo novel instituto em relação às técnicas próprias das ações coletivas.

O IRDR e a tutela dos direitos individuais homogêneos: uma análise comparativa

Legitimidade ativa

As ações coletivas (típicas) no Brasil, como regra, possuem reduzido rol de legitimados, salvo a ação popular, que pode ser intentada por qualquer cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos. No tocante à ação civil pública, são legitimados, nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985:

- I - o Ministério Público;
- II - a Defensoria Pública;
- III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.²²

Como se observa, no Brasil, restringe-se a legitimidade para ajuizamento das ações coletivas àqueles que presumidamente possuem condições adequadas para representarem o grupo, classe ou a própria coletividade (direitos difusos).

Não é o que ocorre em alguns dos outros modelos de direitos coletivos, por exemplo o norte-americano, no qual, em princípio, qualquer interessado pode promover uma ação coletiva. Nas denominadas *class actions*, o controle da legi-

²¹ DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. Revista *Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 8, jul. 2011. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/incidente-repetitivas-propostas-centrais-417359918>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

²² BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 9 dez. 2015

timidade para a representação do grupo faz-se com base na análise da capacidade técnica do demandante no âmbito do próprio processo.

Cassio Scarpinela Bueno aponta que são três elementos necessários para ocorrência da representatividade adequada nas ações de classe: efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda; ausência de qualquer conflito interno entre o representante e a classe e a competência dos advogados que conduzirão a ação, no que diz respeito à boa-fé, capacidade técnica e condições financeiras.²³

No direito brasileiro, por outro lado, o papel institucional e a estrutura dos entes legitimados foram considerados pelo legislador com a finalidade de assegurar que os legitimados para a ação civil pública litigassem em patamar de igualdade com os demandados, não cabendo ao magistrado indagar sobre a representatividade adequada.²⁴

Nessa seara, entre nós, a representatividade adequada decorre de uma presunção legal de capacidade técnica àqueles expressamente autorizados, restringindo-se, assim, à legitimidade ativa para ajuizamento de ações coletivas, que, por conseguinte, somente são intentadas por iniciativa de um dos legitimados.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, por outro lado, inexistente tal restrição, na medida em que as partes envolvidas em qualquer processo individual podem suscitar o incidente (art. 977, II, do novo CPC), independentemente da representatividade adequada do autor. Isto se justifica, como veremos adiante, pela possibilidade de participação no processo por qualquer interessado, que estaria assim, ao menos formalmente, tão apto a influenciar na decisão do tribunal quanto o próprio autor do incidente.

Sob esse ponto de vista, tal abertura permite a coletivização dos efeitos da decisão em maior grau, haja vista que por meio do modelo processual previsto no microssistema de direitos coletivos há maior possibilidade de que isso deixe de ocorrer pela mera inércia dos legitimados.

Legitimidade passiva

Ao contrário do que sucede em relação à legitimação ativa – em que a classe ou o grupo é representado por um único sujeito processual – a legitimação passiva nas ações coletivas observa o mesmo critério das ações individuais. Assim,

²³ BUENO, Cassio Scarpinela. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-151, 1996. p. 92.

²⁴ BUENO, 1996, p. 92.

ainda que se possa identificar no plano fático que a conduta ilícita é praticada por um grupo certo e determinado de pessoas (físicas ou jurídicas), elas somente sofrerão os efeitos da sentença se incluídas no polo passivo.

O fato de todos os bancos de uma determinada localidade, por exemplo, cobrarem de seus clientes uma mesma taxa abusiva, por idênticas razões de fato e de direito, não autoriza que a Federação Nacional dos Bancos seja incluída no polo passivo, pois os associados da entidade somente sofrerão os efeitos da coisa julgada se forem individualmente demandados. Assim, afere-se a legitimidade a partir da causa de pedir e do pedido apontados na petição inicial e os efeitos de eventual decisão atingirão somente os réus expressamente incluídos no polo passivo.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, por outro lado, a exemplo do que já ocorre em relação aos recursos repetitivos, há uma fixação de tese jurídica aplicável às idênticas situações de fato e que se aplicará a todos que nelas incidam, independentemente de quem tenha ocupado o polo passivo na demanda em que suscitado o incidente.

O maior alcance da decisão adotada no IRDR, portanto, igualmente fortalece a tutela coletiva de direitos. Com propriedade, nesse sentido, a análise de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

[...] há nítida diferença entre o incidente contido no projeto do novo código de processo civil e as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos. Com efeito, se nestas ocorre a extensão subjetiva da coisa julgada para alcançar os membros do grupo substituído nas hipóteses de procedência (*secundum eventum litis*), a solução adotada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas é diversa, consideravelmente mais contundente, na medida em que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações isomórficas produzira eficácia *pro et contra*.²⁵

Objeto

Obstante o rol previsto no artigo 1º da Lei 7.347/1985 ser relativamente amplo no tocante às matérias que podem autorizar o ajuizamento de ação civil pública, não há dúvida que deixa de abranger um significativo número de questões.

Além disso, a limitação expressa no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985 afasta da tutela coletiva questões relevantes, inclusive quanto ao aspecto quantitativo. Importantes autores consideram o dispositivo inconstitucional,

²⁵ MENDES; RODRIGUES, 2012, p. 193.

justamente por implicar em restrição ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que se aplicaria tanto aos processos individuais quanto aos coletivos.

No tocante ao incidente de resolução de demandas repetitivas, todavia, inexistente qualquer restrição material à sua apreciação, na medida em que o objetivo precípua do incidente é a fixação de teses jurídicas sobre questões repetidamente levadas ao Poder Judiciário. Assim, toda matéria que puder ser objeto de ação individual poderá ser também submetida ao procedimento previsto nos artigos. 976 e seguintes do novo Código de Processo Civil.

Evidente, entretanto, que o objeto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas circunscrever-se-á a uma questão de direito. Havendo necessidade de conclusão quanto a questões de fato, somente será possível a coletivização do litígio por meio da ação coletiva.

Democratização da participação no processo de natureza transindividual

A legitimidade das ações coletivas que visam tutelar direitos individuais homogêneos é a mesma atribuída às que tratam de direitos coletivos em sentido estrito ou difusos, ficando vedada, em princípio, a iniciativa do lesado individual. Como já referido, o sistema brasileiro não abre espaço para o questionamento da representatividade do autor da demanda coletiva, sendo presumida sua capacidade para representar o grupo.

Entretanto, parece-nos que esse modelo não atende ao princípio democrático previsto na Constituição federal (art. 1º) quando envolvidas questões sociais relevantes e de alcance coletivo. Com efeito, em lides dessa natureza parece-nos recomendável a participação efetiva dos segmentos sociais envolvidos, como bem observa Eduardo Scarparo:

[...] verdadeira ingenuidade acreditar que simples institucionalização do legitimado é suficiente para fins de fazer representados os diversos interesses vinculados a uma decisão judicial qualquer. Afinal, adotando a perspectiva de um processo construído pela ingerência do diálogo pelo contraditório, certamente há de se reconhecer a diversidade de interesses e perspectivas de muitos dos representados. A mera institucionalização do representante é critério adotado que não tem vínculo algum com as perspectivas econômicas, ideológicas ou culturais daqueles que dizem representaram e nem mesmo cria vínculo com o próprio objeto da causa.²⁶

²⁶ SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 125-148, 2012, p. 208.

De toda sorte, mesmo sob tal premissa, no microssistema de tutela coletiva protege-se o titular do direito individual em razão de sua não participação no processo sob uma dupla perspectiva: de um lado, se a sentença for desfavorável não sofrerá os seus efeitos; de outro, permite que prossiga com sua demanda individual, renunciando aos efeitos da ação coletiva.

Não há dúvida, no entanto, que essa sistemática enfraquece a coerência e unidade do sistema jurídico, na medida em que não pacifica a questão jurídica controvertida de forma definitiva, a depender do resultado da lide ou da iniciativa do próprio lesado.

O incidente de resolução de demandas repetitivas apresenta-se como uma alternativa a esse problema, legitimando a produção de efeitos vinculantes à decisão nele proferida pela possibilidade de intervenção espontânea de todos os interessados, nos termos do art. 983 do novo CPC:

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.²⁷

Veja-se, pois, que o referido preceito consagra a possibilidade de participação do *amicus curiae* no procedimento, mas com uma abrangência não existente no ordenamento jurídico até então. Para Cassio Scarpinella Bueno, o *amicus curiae* seria “portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, mesmo que em graus variáveis, pelas decisões jurisdicionais”²⁸ e desse modo deve ser compreendido como “adequado representante desses interesses que existem na sociedade e no Estado (“fora do processo”, portanto), mas que serão afetados, em alguma medida, pela decisão a ser tomada “dentro do processo”.²⁹

Aponta a doutrina que os primeiros diplomas a tratarem da participação do *amicus curiae* seriam a Lei nº 6.385/1976 e a Lei nº 8.884/1994, que impõem a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo

²⁷ BRASIL, 2015.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21324/quatro_perguntas_quatro_respostas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e Quatro respostas sobre o *Amicus Curiae*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21324/quatro_perguntas_quatro_respostas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

de Defesa Econômica nos processos que tratam das questões relacionadas às matérias de competência dessas entidades.³⁰

Mais recentemente a participação do *amicus curiae* também foi admitida expressamente na Lei nº 9.868/1999, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental, no incidente de decretação de inconstitucionalidade em tribunal (art. 482, parágrafos 1º, 2º e 3º do vigente Código de Processo Civil) e ainda:

[...] no julgamento de recurso extraordinário proveniente de decisão do Juizado Especial Federal (art. 321, § 5º, III, do Regimento Interno do STF), no julgamento de pedido de Uniformização à Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, Lei nº 10.259/01, através dos art. 14 e 15, regulamentados pelo art. 23, §1º da Resolução nº 390/2004, do Conselho da Justiça Federal, Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização) 20, no incidente de análise por amostragem da repercussão geral do recurso extraordinário (§6º do art. 543-A do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.418/2006), no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF em matéria constitucional (art. 3º, § 2º da Lei nº 11.417/2006) e no incidente de julgamento por amostragem dos recursos repetitivos (art. 543-C, §§ 3º e 4º, do CPC).³¹

O novo CPC valoriza a importância da participação do *amicus curiae* ao expandir a possibilidade para quaisquer processos (art. 322), especialmente aqueles submetidos ao incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, do novo CPC).

Para Jordão Violin:

A possibilidade de participação do *amicus curiae* contribui sobremaneira para que o processo jurisdicional seja plural, democrático e global. Aliada ao poder de motivação das decisões judiciais, essa novidade tem a potencialidade de incrementar a qualidade das decisões judiciais. No plano coletivo isso implica um reforço de legitimidade à decisão, pois tanto a profundidade como a amplitude do debate serão incrementados. Há a efetiva possibilidade de o grupo participar diretamente da construção da decisão, exercendo seu direito de reação e influência de maneira mais próxima – quando não, de maneira pessoal.³²

Note-se, entretanto, que a participação no IRDR não está circunscrita àqueles que atenderiam aos requisitos para serem admitidos como amigos da corte.

³⁰ CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. *Amicus curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 192, p. 13-45, 2011, p. 14.

³¹ SANTANA, Patricia da Costa. Intervenção do *amicus curiae* na tutela coletiva de direitos: uma forma de viabilização do acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b7ee6f5f9aa5cd17>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

³² VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: *amicus curiae* e princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 283.

Qualquer interessado, pessoa física inclusive, pode intervir espontaneamente no procedimento, o que evidencia o caráter democrático do incidente e torna de menor importância o debate acerca da representatividade adequada da parte no procedimento, pois todos os interessados podem nele intervir e influenciar a decisão.

O art. 984, II, b, no novo CPC, por sinal, permite o direito de sustentação oral por qualquer interessado. Evidencia-se, diante desse quadro, que o IRDR supera o processo coletivo no que diz respeito à legitimação democrática da decisão, permitindo a participação direta dos interessados e não apenas daqueles que o legislador considerou como representantes adequados da coletividade, aspecto que legitima a produção de efeitos *erga omnes* pelo julgado e se revela de suma importância, haja vista que pela sistemática do incidente não existe a possibilidade de se renunciar aos efeitos da decisão.

Coisa julgada

Como se recorda, nas ações coletivas forma-se coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. Quando em litígio direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, os efeitos da coisa julgada em regra são *erga omnes*, salvo se a improcedência se fundar em insuficiência de provas (*secundum eventum probationis*).

Nas ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos forma-se a coisa julgada *erga omnes* e “secundum eventum litis, ou seja, somente no caso de procedência da ação, para beneficiar todos os sujeitos titulares dos direitos individuais homogêneos postulados, bem como seus sucessores”, nos termos do artigo 103, III, do CPC. De outro lado, “a sentença de improcedência operará coisa julgada para as partes do processo e aqueles que tenham intervindo na condição de litisconsortes (art. 103, § 2º, Código de Defesa do Consumidor)”, hipótese bastante rara, contudo, que desperta interesse meramente acadêmico.³³

O tratamento diverso conferido pelo legislador no tocante aos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas que tratam de direitos individuais decorre do fato de que eles não seriam transindividuais em sua essência, porquanto pode-

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 763.

riam ser tutelados por meio de demandas individuais, ao contrário dos coletivos em sentido estrito e difusos.³⁴

Na prática, portanto, a depender do resultado da demanda, as ações coletivas pertinentes a direitos individuais homogêneos podem não contribuir para a pacificação do litígio social subjacente à causa, visto que sendo julgada improcedente, como regra, não evita que a questão seja levada por repetidas vezes ao Poder Judiciário em demandas individuais.

Eduardo Talamini destaca, inclusive, que nem mesmo em relação aos co-legitimados coletivos forma-se a coisa julgada, de modo que uma mesma ação civil pública poderia ser ajuizada por um legitimado após ter transitado em julgado sentença com idêntico objeto e diante do mesmo réu, embora ajuizada por parte diversa.³⁵

Nesse ponto talvez resida a grande vantagem do julgamento sob a forma de incidente de resolução de demandas repetitivas em relação à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, haja vista que independentemente do resultado do julgamento, a tese jurídica definida pelo tribunal competente vinculará o julgador em todas as ações individuais que versarem sobre a matéria, emergindo desse contexto uma plena tutela coletiva ao conflito transindividual.

Essa é a posição adotada por Luiz Felipe Otharan, para quem no incidente de resolução de demandas repetitivas:

[...] inexistente o problema da extensão dos efeitos da coisa julgada decorrente da substituição processual como ocorre nas ações coletivas. Utiliza-se, tão-somente, a tese da decisão do incidente às outras demandas que estavam suspensas, não havendo coisa julgada erga omnes ou secundum eventum litis a beneficiar os substituídos.³⁶

Atente-se, ainda, que nas demandas versando sobre direitos individuais homogêneos a suspensão do processo individual é uma faculdade da parte, possibilidade inexistente quando a questão de direito controvertida é submetida ao regime previsto nos artigos 976 e seguintes do novo CPC.

³⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 468.

³⁵ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2015, p. 122.

³⁶ OTHARAN, Luiz Felipe. O incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas: notas de direito comparado. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoativ/ponto-e-contraponto/619-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-como-uma-alternativa-as-aco-es-coletivas-notas-de-direito-comparado>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

Celeridade

Outra reluzente vantagem do IRDR em relação às ações coletivas diz respeito à possibilidade de fixação de uma tese definitiva acerca da matéria em âmbito nacional em um curto espaço de tempo, com efeitos vinculantes. Com efeito, além do tribunal que processa o incidente possuir prazo para julgamento (uma inovação do novo CPC, art. 980), havendo recurso para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, a tese jurídica a prevalecer no respectivo acórdão “será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (art. 987, do novo CPC).

Embora pelo sistema atual os mesmos efeitos possam ser alcançados com a repercussão geral e dos recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-c do CPC vigente), para que isso aconteça, a questão litigiosa terá que percorrer um longo caminho, pois além de ser processada na forma regular nas instâncias ordinárias, submeter-se-á ao juízo de admissibilidade do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e há percepção, no STJ, de que a causa é repetitiva.

Pelo novo CPC, por outro lado, os efeitos vinculantes à decisão proferida em sede de recurso especial ou extraordinário são automáticos e decorrem da própria devolução da matéria às cortes competentes (art. 987, § 2º do novo CPC).

Considerações finais

A crise do acesso à justiça foi superada ao longo do século passado em razão da criação de diversos mecanismos processuais cuja eficiência resultou em uma crise reversa, relacionada ao excesso de demandas submetidas ao exame do Poder Judiciário, crise que é caracterizada pela morosidade e insegurança jurídica.

Para a superação dessa nova crise, o legislador brasileiro adotou técnicas de valorização dos precedentes, que nas situações previstas em lei passaram a ter efeitos vinculantes e até mesmo obrigatórios.

O mais novo instituto nessa tendência é o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil, que pelas suas características também emerge como meio de reforço ao microssistema de tutela coletiva do direito brasileiro, na medida em que supre parte de suas deficiências e limitações.

Após uma análise comparativa do sistema de tutela dos direitos individuais homogêneos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, concluímos que esse último recurso possibilitou a ampliação do acesso à tutela coletiva, à democratização do procedimento e à efetiva resolução célere e definitiva das questões de direito envolvendo litígios de massa, especialmente pelo pleno alcance da decisão, sem as restrições aos efeitos da coisa julgada próprias do sistema de tutela coletiva previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Incident of resolution from repetitive demands as reinforcement to the collective rights system in Brazil

Abstract

In this paper we did a historical analysis of the facts which led the judiciary to receive intense demand that led to a crisis, characterized by increasing delays and the proliferation of divergent decisions. We aim to demonstrate that all the legislator's concern resulted many changes in the civil procedure law system and incentives for collective protection of rights and to the latest tools of Superior Court of Justice and the Supreme Court binding precedents. Finally, we will discourse specifically about Repetitive Demands Resolution Incident included on the new procedural code, institute that reinforces the jurisprudence and complements the collective protection of rights, what will be done through a comparison with the procedural law concerning to individual rights the collective rights.

Keywords: Group litigation. Collective rights. Incident of resolution. Repetitive demands simultaneous resolution.

Referências

ABBOUD, Georges; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Art. 332. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, jan./out. 2008. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23734/16755>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

ARRUDA ALVIM, José Manuel et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 9 dez. 2015

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 9 dez. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinela. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-151, 1996.

_____. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21324/quatro_perguntas_quatro_respostas.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha das causa-piloto no incidente de resolução demandas repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p. 202-223, 2014.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 192, p. 13-45, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2012.

DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2015.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto de novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 8, jul. 2011. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/incidente-repetitivas-propostas-centrais-417359918>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

GOUVEIA, Mariana França. *A ação especial de litigância de massas*. Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto 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.

OTHARAN, Luiz Felipe. *O incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas*: notas de direito comparado. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoativ/ponto-e-contraponto/619-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-como-uma-alternativa-as-acoes-coletivas-notas-de-direito-comparado>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no *Musterverfahren* brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 102-125, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916/9328>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

SANTANA, Patricia da Costa. Intervenção do amicus curiae na tutela coletiva de direitos: uma forma de viabilização do acesso à justiça. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b7ee6f5f9aa5cd17>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, 1985.

SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 208, p. 125-148, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2015. p. 109-131.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo coletivo*. São Paulo: Juspodivm, 2016.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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 CPC projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, p. 181-207, 2014.