

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**  
**PUC-SP**

**Luciane Serpa**

**Litigância Repetitiva: Causas, Técnicas Processuais de Julgamento e os  
Limites do Processo Civil**

**MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

**SÃO PAULO**  
**2018**



**LUCIANE SERPA**

**Litigância Repetitiva: Causas, Técnicas Processuais de Julgamento e os Limites do  
Processo Civil**

MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Dr. Anselmo Prieto Alvarez.

**SÃO PAULO**

2018

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura \_\_\_\_\_

Data \_\_\_\_\_

e-mail \_\_\_\_\_

S481

Serpa, Luciane.

Litigância Repetitiva: Causas, Técnicas Processuais de Julgamento e os Limites do Processo Civil / Luciane Serpa. – São Paulo, 2018.

Paginação: 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Anselmo Prieto Alvarez

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2018.

Área de concentração: Direito Processual Civil

1. Direito Processual Civil 2. Litigância Repetitiva 3. Técnicas Processuais I. Orientador: Alvarez, Anselmo Prieto. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Litigância Repetitiva: Causas, Técnicas Processuais de Julgamento e os Limites do Processo Civil.

**LUCIANE SERPA**

**Litigância Repetitiva: Causas, Técnicas Processuais de Julgamento e os Limites do  
Processo Civil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil sob a orientação do Professor Dr. Anselmo Prieto Alvarez.

Aprovado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## DEDICATÓRIA

Esta dissertação é totalmente dedicada ao Jairo Takeo Ayabe, à Flávia Serpa Ayabe e à Paula Serpa Ayabe que suportaram prolongados finais de semana, férias e feriados sem a minha presença *física* – porque não houve um só dia no qual eu não pensasse neles e em todos os minutos em que não estávamos juntos. Não há como compensar os passeios que não fizemos, os almoços a três, os filmes que não sei a história, as risadas que não ouvi e as brincadeiras que ficaram para trás. Sou muito grata a vocês e prometo que vamos equilibrar as coisas em 2019. Vocês são os meus amores e sou muito feliz por tê-los na minha vida.

## AGRADECIMENTOS

O trabalho aqui exposto decorreu de muita curiosidade advinda de uma relativa experiência profissional com o tema da litigância repetitiva (ou aquilo que eu pensava que fosse a litigiosidade de massa), fruto dos 14 anos de advocacia pública em matéria previdenciária, de muitas dúvidas e quase nenhuma ideia a respeito de suas causas ou possível solução (ou diminuição a níveis aceitáveis).

Agora, posso dizer que muito do que faço passa longe da sistemática de casos repetitivos que permeia o CPC de 2015, motivo pelo qual creio que não será pela via do processo que as demandas previdenciárias findarão ou serão amenizadas. Os conflitos entre as pessoas e a Previdência Social são muito mais profundos e apenas refletem as disfuncionalidades próprias da vida brasileira.

O processo civil ajuda em algumas frentes, mas tem limites inexoráveis. Talvez, o início da resposta para o problema seja essa constatação: que o processo pode fazer muito pelo direito material, mas não pode fazer tudo. Indivíduos e instituições, fora dos autos, devem fazer também e essa é, obviamente, a parte mais difícil.

De todo modo, esse período de estudo durante o mestrado foi imensamente gratificante em mais de um sentido. De início, porque é interessante conhecer aquilo que dizem que você faz. Segundo, porque é incrível se desfazer de um punhado de preconceitos e conhecer a origem das técnicas com as quais se trabalha e cujas consequências, para o bem e para o mal, sente-se diariamente. Depois, pela possibilidade de conhecer pessoas com experiências totalmente diversas das nossas. E o mais importante, pelo aprendizado em si e possibilidade de melhorar o trabalho desenvolvido na advocacia pública.

Daí que só posso agradecer a muitas pessoas. De início, agradeço ao meu orientador, Prof. Anselmo Prieto Alvarez, pela oportunidade e convívio durante todo esse período. Sou grata aos meus pais pelos galhos quebrados e paciência com a minha distância. Sou grata a Marinês Veríssimo da Silva pelo cuidado com as meninas.

Sou grata as minhas amigas Carla Maria Liba e Alessandra Pulchinelli (mãe do Francisco) por aguentarem minhas curtas mensagens via *WhatsApp*. Sou grata ao Dimitri Brandi de Abreu pela leitura do texto e por todas as correções, sugestões e ótimo senso de humor.

Sou grata a minha equipe de trabalho, Dimitri, Hermes Arrais Alencar, Juliana Rovai Rittes de Oliveira Silva e Luiz Marcelo Cockell, pelas nossas conversas e por ter lidado com a minha ausência durante a licença capacitação.

Sou grata aos meus professores da PUC-SP: Clarice von Oertzen de Araujo, Teresa Arruda Alvim, Nataly Campitelly Roque, Sérgio Seiji Shimura, Eduardo Arruda Alvim, Willian Ferreira dos Santos, Luiz Alberto David Araujo e Adriano Ferriani. Agradeço aos professores Rennan Faria Kruger Thamay e Marcelo José Magalhães Bonizzi por participarem da banca examinadora.

Por fim, um agradecimento mais do que especial à Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU) pelo parcial custeio das mensalidades do curso e pela concessão da licença capacitação, sem a qual, certamente, teria sido impossível a conclusão do trabalho.

## RESUMO

A litigiosidade repetitiva é um fenômeno complexo que pode envolver o esclarecimento de fatos ou se restringir a uma controvérsia de direito estrito relativa à interpretação ou aplicação de normas jurídicas e em larga escala. Sua característica principal é o ajuizamento massificado de ações idênticas, propostas por pessoas que não possuem nenhum vínculo jurídico entre si, em momentos distintos e dispersas geograficamente. Por esse motivo, é inviável a reunião dos feitos para julgamento conjunto pelas técnicas tradicionais do processo civil individual (litisconsórcio, intervenção de terceiros, conexão, continência). É consequência da sociedade de massas, pela expansão do consumo e o advento de novos direitos sociais e econômicos. No Brasil, tem como causa externa relevante a promulgação da Constituição de 1988 e o reconhecimento tardio de uma gama de direitos. O estudo das possíveis causas de produção é importante para a correta compreensão do fenômeno e aprimoramento de soluções para amenizar o problema. A ação coletiva para direitos individuais homogêneos foi a primeira técnica processual de enfrentamento da litigância de massa e tinha como principal objetivo viabilizar um meio processual de ampliação do acesso à justiça. É um instituto processual típico do Estado de Bem-Estar Social. Alterações na concepção do papel do Estado e do Poder Judiciário, aliada à constatação de sua baixa efetividade como instrumento processual apto a resolver conflitos seriais levaram a técnica a um relativo declínio. Concomitantemente, surgem novos mecanismos processuais que buscam obter efeitos coletivos do julgamento de ações individuais, cujo objetivo maior passa a ser a gestão do serviço público judicial pela padronização decisória (precedentes vinculantes). O CPC de 2015 amplifica as consequências processuais das técnicas de julgamento de casos repetitivos, por meio da nova disciplina dos recursos repetitivos perante os tribunais superiores e da previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) de competência dos tribunais estaduais e regionais. A aproximação entre o processo coletivo e as técnicas de julgamento por amostragem é inevitável, não obstante o ordenamento jurídico ser a primeira linha divisória entre os nichos próprios da tutela coletiva e plurindiuidal. Não há superioridade entre as técnicas no plano normativo, mas sim adequação ao caso concreto e às estratégias dos litigantes e do próprio Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** litigância repetitiva; acesso à justiça; ação coletiva; técnicas de julgamento de casos repetitivos; padronização decisória.

## ABSTRACT

Repetitive litigation is a complex large-scale phenomenon, which may involve the clarification of facts or be limited to a strictly legal dispute concerning the interpretation or enforcement of legal rules. Its main feature is the mass filing, at different times across different geographies, of identical lawsuits by people who have no legal relationship to each other. For this reason, it is impossible to bring all lawsuits together for judgment pursuant to the traditional civil procedures rules (joinder, third party intervention, connection, concurrence). Repetitive litigation originates in mass society, increased consumption, and new social and economic rights. In Brazil, the external cause of repetitive litigation was the 1988 Constitution and the tardy recognition of a range of rights. Investigating potential triggers is important to adequately understand the phenomenon and find solutions to mitigate the problem. Collective actions for homogeneous individual rights was the first procedural path coping with mass litigation and their main goal was creating a procedural avenue to increase access to justice. Collective actions are a legal procedural feature of the State of Social Welfare. Changes in the understanding of the role of the State and the Courts, coupled with the lack of effectiveness in solving serial disputes, have led them to a relative decline. At the same time, there are new procedural mechanisms that aim at achieving collective effects of decisions on individual actions, whose main objective becomes managing the public service provided by the Courts, through standardizing decision making (binding precedents). The 2015 Brazilian Code of Civil Procedure increased the procedural effects of repetitive case judgment techniques through the new rules on repetitive appeals to higher courts and the creation of the Repeated Demands Resolution (IRDR) under the jurisdiction of state and regional courts. The approximation between collective actions and judgment techniques by sampling is inevitable, notwithstanding the legal system being the first dividing line between the niches of collective and plurindividual rights protection. In the systems of norms, there is no hierarchy among the techniques, but said techniques are adapted to the case at issue and to the strategies of the parties and the Judiciary itself.

**KEYWORDS:** repetitive litigation; access to justice; collective action; repetitive judgment techniques; standardization.

## ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AGU	Advocacia-Geral da União
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código (Brasileiro) de Defesa do Consumidor
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CVM	Comissão de Valores Imobiliários
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
GLO	<i>Group Litigation Orders</i>
IAC	Incidente de Assunção de Competência
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
IPC-3i	Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade

IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
JEF	Juizado Especial Federal
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MARC	Meios Alternativos de Resolução de Conflitos
MP	Medida Provisória
MPF	Ministério Público Federal
MPT	Ministério Público do Trabalho
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIB	Produto Interno Bruto
PIL	<i>Public Interest Litigation</i>
PL	Projeto de Lei
PUC/PR	Pontifícia Universidade Católica do Paraná
PUC/RS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
RE	Recurso Extraordinário
REsp.	Recurso Especial
REER	Recurso Extraordinário e Especial Repetitivo
RG	Repercussão Geral
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
RI	Regimento Interno
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RPV	Requisição de Pequeno Valor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta

TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRF	Tribunal Regional Federal
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UNESA	Universidade Estácio de Sá
USP	Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>1 A LITIGIOSIDADE REPETITIVA .....</b>	<b>19</b>
<b>1.1 Considerações iniciais .....</b>	<b>19</b>
<b>1.2 O que é a litigiosidade repetitiva ou de massa?.....</b>	<b>25</b>
1.2.1 Tipos de litígio e tutela jurisdicional: classificações doutrinárias.....	35
<b>1.3 Quais as possíveis causas da litigiosidade repetitiva?.....</b>	<b>38</b>
<b>2 O ACESSO À JUSTIÇA EM SUAS MÚLTIPLAS SIGNIFICAÇÕES.....</b>	<b>49</b>
<b>2.1 Acesso à justiça material .....</b>	<b>56</b>
<b>2.2 Acesso à justiça formal.....</b>	<b>59</b>
<b>2.3 Acesso à justiça possível e a resolução de conflitos no Estado contemporâneo .....</b>	<b>61</b>
<b>3 O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS .....</b>	<b>67</b>
<b>3.1 Breve histórico da evolução legislativa .....</b>	<b>67</b>
<b>3.2 Conceito de direitos individuais homogêneos e as razões para a tutela coletiva:     isonomia, razoável duração e economia processuais .....</b>	<b>73</b>
<b>3.3 Os obstáculos do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos ..</b>	<b>82</b>
3.3.1 Representação ou representatividade adequada.....	82
3.3.2 Regime Jurídico da coisa julgada coletiva.....	90
3.3.3 Relação entre ação coletiva e ação individual correlata.....	103
3.3.4 Após a sentença coletiva: liquidação, execução individual e a <i>fluid recovery</i> .....	109
3.3.5 Acordos coletivos.....	122
3.3.6 Ações pseudoindividuais.....	126
<b>3.4 Perda da oportunidade para as alterações legislativas necessárias ou declínio     mundial das ações coletivas?.....</b>	<b>130</b>
<b>4 TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO DE JULGAMENTOS INDIVIDUAIS .....</b>	<b>139</b>
<b>4.1 Breve histórico da coletivização do julgamento de ações individuais .....</b>	<b>139</b>
<b>4.2 A litigiosidade repetitiva e o ideário do CPC de 2015 sobre a tutela plurindividual     .....</b>	<b>148</b>

<b>4.3 Recursos Repetitivos</b> .....	155
4.3.1 Procedimento.....	155
4.3.2 A objetivação do recurso extraordinário isolado.....	164
4.3.3 Análise quanto aos efeitos da técnica em quase 10 anos de recursos repetitivos.....	169
<b>4.4 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)</b> .....	171
4.4.1 Noções Gerais.....	171
4.4.2 Procedimento.....	174
4.4.3 Análise inicial do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ.....	181
<b>4.5 O modelo participativo do CPC de 2015, o contraditório e a representatividade adequada</b> .....	183
<b>4.6 É possível a ampliação do objeto do julgamento?</b> .....	191
<b>4.7 A tese jurídica: vinculação, distinção e superação</b> .....	195
<b>4.8 A discussão a respeito da constitucionalidade das técnicas de tutela plurindividual e do efeito vinculante de suas decisões: o chamado precedente à brasileira</b> .....	205
<b>5 APROXIMAÇÃO ENTRE O PROCESSO COLETIVO E AS TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS</b> .....	215
<b>5.1 Nichos da tutela jurisdicional coletiva e plurindividual</b> .....	215
<b>5.2 Existência de superioridade técnica ou questão de adequação da tutela jurisdicional à espécie de situação jurídica conflituosa?</b> .....	219
<b>5.3 O alcance e a estabilidade da decisão: entre a coisa julgada <i>secundum eventum litis</i> e o precedente vinculante</b> .....	224
<b>5.4 Análise do manejo da tutela coletiva e plurindividual sob a ótica das possibilidades estratégicas dos litigantes e do Poder Judiciário:</b> .....	229
5.4.1 Do autor.....	229
5.4.2 Do réu.....	233
5.4.3 Do Poder Judiciário.....	239
<b>CONCLUSÃO</b> .....	243
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	253



## INTRODUÇÃO

O crescimento descontrolado da litigiosidade repetitiva, por meio do ajuizamento de milhares de ações idênticas, tem sido apontado como uma das razões de maior peso para a ineficiência da prestação jurisdicional no Brasil. O estudo da litigiosidade repetitiva, de suas causas, das técnicas processuais de julgamento e dos limites do processo justifica-se pela possibilidade de contribuir para o aprimoramento do sistema judiciário por intermédio da busca de novas soluções para amenizar o problema.

Amenizar, mas não resolvê-lo. Isto porque os conflitos de massa na sociedade contemporânea tendem a ser a regra em nosso convívio social, ainda que não judicializados, tendo em vista o surgimento de novos direitos e das novas situações de crise que naturalmente ocorrerão. Quando tais conflitos são transformados em um sem-número de ações judiciais, propostas pelos titulares do direito material lesado, impactam negativamente o serviço judiciário por diversas razões: consumo vultoso de recursos públicos, morosidade na solução dos conflitos, situações de iniquidade associadas à possibilidade real de sentenças contraditórias serem proferidas em controvérsias idênticas, gerando insegurança jurídica generalizada, entre outras.

A presente dissertação parte de três premissas básicas. A primeira delas é que não existe uma única definição do que seja “litigiosidade repetitiva”. Assim, qualquer referência à litigância que se repete em larga escala deve ser necessariamente qualificada por um dado contexto.

Dessa forma, a explosão de ações massificadas decorrentes de um determinado evento ocorrido no mundo fenomênico pode ser considerada como litigiosidade repetitiva para análises estatísticas ou sociológicas, uma vez que atinge de forma idêntica toda uma coletividade, mas poderá não ser para o Código de Processo Civil, que dispõe expressamente sobre o que se considera julgamento de casos repetitivos.

A segunda premissa é a de que antes de se estudar as técnicas processuais de resolução de demandas de massa, é imprescindível perscrutar as possíveis causas de sua produção, sem a pretensão de exaurir o tema, o que extrapolaria o objetivo do trabalho. Assim, a análise de algumas causas da litigiosidade é o recorte metodológico para investigar as diversas técnicas processuais de enfrentamento dos conflitos seriais e os eventuais limites do processo.

A terceira premissa é que para se compreender as escolhas processuais atinentes ao enfrentamento da litigância de massa na atualidade, é necessária uma breve incursão no tempo para se compreender a mudança de paradigma que sofreu a concepção de acesso à justiça.

Embora o direito comparado não seja o foco da pesquisa, em muitos tópicos mostra-se necessária uma breve explanação teórica sobre a experiência de outros ordenamentos jurídicos citada pela doutrina nacional e por autores estrangeiros. Isto porque boa parte das técnicas e soluções processuais propostas pelo legislador, seja no processo coletivo, seja no CPC de 2015, parte da inspiração de institutos originariamente previstos em outros países.

O objetivo da dissertação é tentar entender a dinâmica entre a produção da litigância serial, a concepção ideológica dos mecanismos processuais que lhe são direcionados, a comparação entre as técnicas de resolução de demandas repetitivas e suas eventuais limitações. Embora se trate de uma dissertação voltada ao direito processual civil, ramo considerado técnico no direito, conforme será exposto, nenhum instituto jurídico é ideologicamente neutro, tampouco as técnicas processuais.

No Capítulo 1, são feitas considerações iniciais sobre o complexo fenômeno da litigiosidade repetitiva, o momento de seu surgimento, a sociedade em que está inserida, seu impacto perante o Poder Judiciário e os problemas decorrentes da inaptidão das técnicas voltadas ao tradicional processo individual quando aplicadas às ações seriais.

São descritos os tipos de litígio e as espécies de tutelas jurisdicionais (individual, coletiva e plurindividual), apresentada a definição de litigiosidade de massa para a dogmática processual, a dessubjetivação das situações jurídicas e sua relação inicial com a técnica dos precedentes vinculantes, adotada pelo CPC de 2015, além de rápida comparação com as experiências congêneres estrangeiras, naquilo que for pertinente à dissertação.

Expõem-se as possíveis causas da litigiosidade repetitiva partindo das conclusões de três estudos encomendados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2009, e realizados por universidades brasileiras. Tais trabalhos foram centrados basicamente, mas não só, no direito previdenciário e no direito do consumidor, este último com foco nas relações jurídicas advindas de contratos bancários, com destaque para as motivações que levariam ao ajuizamento massificado das pretensões de direito pelos autores ou à resistência em lhes pôr um fim, por parte dos frequentes réus.

No Capítulo 2, são apresentadas algumas das concepções de acesso à justiça, cuja compreensão, conforme será demonstrado, alterou-se ao longo dos anos, e o entendimento do papel a ser exercido pelo Poder Judiciário para sua concretização.

Essa análise é relevante porque as técnicas do processo coletivo surgiram como um instrumento viabilizador do acesso à justiça, visto como um modo de equilibrar as posições jurídicas entre indivíduos e grandes litigantes, representados por corporações privadas ou pelo Estado, além de baixar os custos do processo, dar voz a grupos socialmente desfavorecidos, viabilizar um meio processual de reivindicar a reparação de danos de pequena monta, mas que, analisados globalmente, representavam enormes prejuízos à coletividade. Tinha como objetivo maior reduzir o peso das desigualdades econômicas e sociais dentro e fora do processo. É um instrumento processual característico do Estado de Bem-Estar Social.

Ocorre que a ideologia política e econômica dominante no mundo mudou e com o surgimento do Estado Neoliberal, o enfoque do acesso à justiça alterou-se, deixando de ser uma questão social para se tornar um item necessário à garantia dos contratos e da propriedade. Em consequência, espera-se que o Poder Judiciário e os institutos jurídicos favoreçam um ambiente institucional previsível e de segurança jurídica, voltada ao fomento dos mercados.

Facilitando a expansão das relações econômicas, o Poder Judiciário passaria a contribuir com o próprio desenvolvimento do país e, de forma indireta, colaboraria para a redução das desigualdades sociais. Uma das constatações feitas por organismos internacionais é que a dispersão jurisprudencial é fonte de desestímulo aos investimentos, por conta da ausência de estabilidade no entendimento dos tribunais e da falta de garantia ao adimplemento das obrigações pactuadas. Como corolário, seria necessária a adoção de técnicas de uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores e de adesão obrigatória pelos demais juízes e tribunais. Surge o liame entre técnicas de coletivização de julgamentos individuais e a adoção de precedentes vinculantes.

Nos Capítulos 3 e 4, são estudados, respectivamente, o processo coletivo brasileiro envolvendo os direitos individuais homogêneos (tutela coletiva), uma das grandes fontes de litigância serial e as técnicas de coletivização de julgamentos individuais (tutela plurindividual).

A ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos, prevista pelo Código de Defesa do Consumidor, foi o primeiro mecanismo processual para o enfrentamento

coletivo de questões fáticas ou de estrito direito e que se replicavam em série. Concomitantemente, foram sendo desenvolvidas outras técnicas que não alijavam o titular do direito subjetivo de ajuizar sua própria demanda, mas voltavam-se primordialmente para a gestão racional dos processos pelo Poder Judiciário.

No Capítulo 3, são analisados criticamente diversos aspectos do processo coletivo que terminaram por se revelar em obstáculos da técnica como meio de solução da litigância de massa: a representação adequada; o regime jurídico da coisa julgada coletiva; a relação entre ação coletiva e individual correlata; a liquidação, a execução individual e a *fluid recovery*; os acordos coletivos e as ações pseudoindividuais.

No Capítulo 4, apresentam-se os instrumentos para o julgamento de casos repetitivos, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Repetitivos. É discutido o ideário do CPC de 2015 em relação às novas técnicas, entendidas como espécie de processo objetivo, aceleradoras do procedimento e voltadas à racionalização da gestão processual. Além disso, é feita a comparação entre elas, analisados os seus possíveis limites e sua relação direta com a uniformização da jurisprudência advinda do efeito vinculante de suas decisões.

Por fim, o Capítulo 5 é dedicado à análise da interseção entre as técnicas do processo coletivo e de resolução de demandas repetitivas. A comparação entre as técnicas é inevitável e ganhou força a partir do CPC de 2015, que ampliou os meios processuais de tutela plurindividual. Assim, pesquisa-se se haveria nichos próprios para cada espécie de tutela jurisdicional e uma real superioridade técnica entre elas. Em seguida, estudamos o alcance e os mecanismos de estabilidade das decisões proferidas no processo coletivo e nos julgamentos de casos repetitivos e a análise do uso das técnicas sob a ótica das possibilidades estratégicas dos litigantes e do Poder Judiciário.

# 1 A LITIGIOSIDADE REPETITIVA

## 1.1 Considerações iniciais

Ainda que as relações sociais estejam em constante processo de juridicização<sup>1</sup>, ou seja, normatizadas, em alguma medida, pelo Direito, nem todo conflito social será necessariamente judicializado, isto é, receberá um tratamento institucionalizado<sup>2</sup> perante o Estado-Juiz.

Segundo informa o Suplemento de Vitimização e Justiça da PNAD 2009<sup>3</sup>, cerca de 12,6 milhões (9,4% das pessoas de 18 anos de idade ou mais) declararam que haviam se envolvido em alguma espécie de conflito nos últimos cinco anos, considerada a data da realização da pesquisa. Desse contingente, uma minoria (7,2%) não teria buscado nenhuma espécie de solução, enquanto 70,2% de quase 11,7 milhões disseram que procuraram o Poder Judiciário para a solução do problema, embora apenas 5,8 milhões tenham tido sua causa resolvida.

Observa-se que quanto maiores são a renda mensal domiciliar *per capita* e o nível de escolaridade, maior é o percentual (em todas as regiões do país) dos que se declararam envolvidos em alguma situação de conflito no período.

Esse dado converge com estudos realizados no direito comparado, segundo os quais quanto mais baixo é o extrato social do indivíduo menor é o conhecimento a respeito de seus direitos e maior é a dificuldade para se perceber até mesmo que se possui um problema apto a

---

<sup>1</sup> Historicamente, *Juridification* derivado da palavra alemã *Verrechtlichung*, traduzido como *juridicização* é um fenômeno complexo, não significando apenas uma excessiva produção numérica de leis, ou proliferação de normas jurídicas (“*legal explosion*”), mas também uma forma de intervenção estatal característica do estado social. Cf. TEUBNER, Gunther. *Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In Juridification of social spheres: a comparative analysis in the area of labor, corporate, antitrust and social welfare law.* Ed. por Gunther Teubner. Berlin, Nova York: Walter de Gruyter, 1987, p. 6-13.

<sup>2</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr afirma que o conflito jurídico se caracteriza pela qualidade de ser institucionalizado – conforme a norma –, cujo procedimento decisório correspondente também pode envolver um conflito institucionalizado: “A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: *eles terminam*. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação. [...]. Ao contrário de outros conflitos sociais, como os religiosos, os políticos e os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo mais ser retomados ou levados adiante indefinidamente (ver, por exemplo, a noção de coisa julgada.)”. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 275).

<sup>3</sup> BRASIL. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil: 2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, não paginado. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=247311>>. Acesso em: 09 set. 2018.

ser convertido em um conflito jurídico. Além disso, mesmo quando identificam a violação a direitos, tendem a hesitar sobremaneira em acionar o Poder Judiciário que pessoas de maior renda e escolaridade<sup>4</sup>.

Entretanto, no Brasil, país de históricas desigualdades<sup>5</sup> de toda espécie, os casos adjudicados e em tramitação representaram, em 2016, 79,7 milhões de processos, dos quais 13,1 milhões (16,4%) estavam suspensos, sobrestados ou em arquivos provisórios à espera de alguma situação jurídica futura. O serviço público jurisdicional consumiu R\$ 84,8 bilhões do orçamento do Poder Judiciário, o que correspondeu nesse ano a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou 2,5% dos gastos totais de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)<sup>6</sup>.

Segundo o Relatório *Justiça em Números* do Conselho Nacional de Justiça, a litigiosidade é medida pelo número de processos recebidos, em trâmite e solucionados pelo Poder Judiciário. Sua análise é feita considerando-se diversos fatores: carga de trabalho, taxa de congestionamento, produtividade e recorribilidade externa e interna. Em 2016, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial, englobando neste número apenas processos de conhecimento e execução de títulos extrajudiciais<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985, versão digital.

<sup>5</sup> BRASIL. *Síntese de indicadores sociais. Uma análise das condições de vida da população brasileira*: 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017, não paginado. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017, p.67; 53. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017, p. 9; 71; 72. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018. Desse total, 8.788 novas ações judiciais foram ajuizadas na Justiça Estadual. Embora todos os itens que envolvam o cálculo da litigiosidade sejam muito diferentes quando considerados os diversos ramos das Justiças, basicamente, pelo Relatório, pode-se defini-los da seguinte forma: a *carga de trabalho* representa “o número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano, incluindo não somente os processos principais, como também os recursos internos e incidentes julgados e em trâmite”, p. 72. Os índices de *produtividade* dos magistrados e servidores “são calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores na jurisdição, respectivamente”, p. 72. “A *taxa de congestionamento* mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório”, p. 78. A *recorribilidade externa e interna* refletem, respectivamente, “a proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos dessa natureza”, no primeiro caso, e “pela relação entre o número de recursos endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida e o número de decisões por ele proferidas no período de apuração”, no segundo caso, p. 84.

Esses números impressionam, mas, por si só, pouco revelam sobre a litigiosidade repetitiva, sobre sua motivação e distribuição pelo país, sobre as partes envolvidas e o papel do Poder Judiciário na gestão e eventual replicação das ações seriais. Tais ações massificadas, quando tratadas processualmente pela técnica dispensada ao tradicional conflito individual, têm causado sérios transtornos, que se estendem bem além da questão orçamentária dos Tribunais.

Por sobrecarregarem a estrutura judicial, tendem a receber uma sentença padronizada, sem reflexão sobre os argumentos levantados pelas partes que, por sua vez, nem sequer conseguem chamar a atenção do julgador para as peculiaridades do caso ou para a evolução natural da matéria.

A decisão judicial que as resolve passa a ter como característica marcante a análise superficial do contexto fático e jurídico, por meio do recurso a meras asserções quanto à incidência dos dispositivos legais, a considerações doutrinárias genéricas como argumento de autoridade e não como reforço ao raciocínio jurídico desenvolvido, bem como o uso retórico da jurisprudência, sem demonstração de como se relaciona com o caso concreto, visto que a intenção é propositadamente utilizar aquele modelo para abarcar a maior quantidade possível de processos distribuídos naquele juízo.

O problema alcançou tal dimensão que, a despeito do dever de fundamentação previsto no art. 93, IX da Constituição, o CPC de 2015 optou por elencar exemplos de ominosas práticas daquilo que se considera presente em uma decisão não fundamentada no art. 489, § 1º, basicamente, qualquer fórmula preconcebida, sem a motivação de como se aplicaria ao caso analisado: mera indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, invocação de motivos genéricos (que se prestam a justificar qualquer decisão), limitar-se a invocar precedentes ou enunciados, ignorar os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, influir no julgamento etc.

Considerando que cada juiz, em primeira e segunda instância, poderia elaborar a sua própria decisão padronizada, as demandas repetitivas tendem a ampliar a iniquidade entre as partes que podem ter sofrido idêntica lesão, mas poderão receber respostas distintas, gerando insegurança jurídica e, em síntese, injustificado desequilíbrio de tratamento. O uso da tutela jurisdicional individual no manejo de demandas seriais também costuma ter como efeito<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> THEODORO JR., Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324.

perverso níveis de eficiência distintos no acesso à justiça, ao encobrir as diferenças técnicas e estratégicas ao longo do processo entre os litigantes frequentes e aqueles que se utilizam esporadicamente do aparato judiciário.

Afirma-se que a litigiosidade repetitiva é consequência da sociedade de massas ou de consumo<sup>9</sup>, que primeiro dentro dos países, depois, de forma globalizada, passou a receber produtos e serviços padronizados e em larga escala, atingindo cada vez mais pessoas e corporações, sem que houvesse um proporcional crescimento da estrutura de atendimento por parte dos fornecedores ou mesmo fiscalização pelo poder público e por associações de consumidores.

A expansão no consumo massificado se deu em sentido amplo, como aspiração por produtos e serviços privados e públicos, haja vista que, mesmo antes da globalização, uma gama de direitos sociais e econômicos foi ampliada no pós-segunda guerra mundial<sup>10</sup> nos países desenvolvidos e, no Brasil, com o advento da Constituição de 1988. Ocorre que, concomitantemente aos novos direitos, veio a rápida constatação da incapacidade de os Estados implantarem ou manterem tais comodidades no cotidiano das populações.

Essa demanda por solução de conflitos que se repetiam e não encontravam resposta por parte do mercado ou do Estado-administração terminou direcionada aos tribunais que, por sua vez, não deram conta de responder à prestação jurisdicional de forma satisfatória<sup>11</sup>, diante da percepção de que não havia estrutura física e humana que bastasse. Nesse momento, a litigiosidade de massa torna-se um problema para o Poder Judiciário e os usuários do serviço público judicial em geral.

---

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, in GRINOVER, Ada Pellegrini et.al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4: “[...] O homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. ”; SOUSA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, p. 79-108, out. 2005, versão digital: “[...] fenômenos de massificação que são característicos das sociedades industriais e pós-industriais: massificação da produção, da distribuição, da informação e do consumo, o que se traduz numa massificação dos respectivos conflitos e o que origina os chamados danos de massa”.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, 1985.

<sup>11</sup> *Ibid.*

Na perspectiva de Hannah Arendt <sup>12</sup>, *massas* ou *sociedade de massas* caracterizam-se como um grande contingente humano no qual inexistente união pela consciência de interesse comum, sendo marcadas pela falta de articulação entre seus membros para o atingimento de determinados objetivos a serem alcançados pelo grupo, daí que não integram nenhum tipo de organização baseada na comunhão de interesses, como partidos políticos, organização profissional ou sindicato.

Zygmunt Bauman diz que a sociedade contemporânea, por ele chamada de “*sociedade da modernidade líquida*” <sup>13</sup>, caracteriza-se por um eterno devir e na qual (o que explica a metáfora) nenhuma das formas subsequentes de vida social é capaz de manter sua aparência por muito tempo. Essa obsessiva e sempre incompleta modernização<sup>14</sup> concentra-se no aspecto econômico, na individualização em prejuízo da cidadania<sup>15</sup>, criando a sociedade de consumidores “orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e querereres voláteis”<sup>16</sup>.

Ao estabelecer as bases de uma nova tipologia dos litígios coletivos, Edilson Vitorelli<sup>17</sup> ressalta a dificuldade que o jurista enfrentará para definir o que é sociedade – uma vez que, mesmo entre os sociólogos, tal tarefa se mostra inglória – por se tratar de termo plurívoco, cujas concepções variam de acordo com os possíveis enfoques de quem a descreve.

---

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 438-439. O conceito de massas é trabalhado pela autora na ideia de sociedade sem classes, essencial para a ascensão dos movimentos totalitários, constituindo “a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto”, p. 439.

<sup>13</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 34.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>15</sup> “E assim, há também outro obstáculo: como de Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las *indiferentes*. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão, sugeriu ele. O ‘cidadão’ é uma pessoa que tende a buscar o seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’, ao ‘bem comum’, à ‘boa sociedade’ ou à ‘sociedade justa’ [...] Em suma: o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania.” (*Ibid.*, p. 49-50).

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>17</sup> “O primeiro problema com o qual se defrontará o jurista que pretenda atribuir à “sociedade” a titularidade dos direitos transindividuais é o de que os próprios sociólogos, após séculos de debate, ainda não a conseguiram definir”, p. 39. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 39-42).

Maria Tereza Aina Sadek<sup>18</sup> acrescenta que é muito difícil falar em sociedade como um todo, em especial, em um contexto de expressivas desigualdades cumulativas como se dá na realidade brasileira e, frequentemente, o que se chama de sociedade é, na verdade, a opinião pública que reflete as influências dos meios de comunicação de massa (mídia).

Essas considerações variadas são postas na medida em que as ideias de fragmentação, de fluidez de interesses e de falta de mobilização dentro da própria sociedade (esta, por sua vez, de difícil conceituação e abarcando grupos com objetivos muitas vezes antagônicos), talvez expliquem parcialmente a dificuldade do processo civil em lidar com a litigância de massa, seja pelo processo coletivo e o ajuizamento de uma única ação em prol do interesse homogêneo de muitos, sejam pelas técnicas de coletivização dos julgamentos das ações individuais, mantidas e ampliadas pelo CPC de 2015 que, agora, potencializa seus efeitos estabelecendo padrões-decisórios vinculantes aos magistrados (art. 927).

Rodolfo de Camargo Mancuso observa que, tanto quanto em outros ramos do conhecimento, também na experiência jurídica existe um movimento pendular entre a jurisdição individual e coletiva. Assim, entre 1940 a 1988, embora houvesse as hipóteses de dissídios coletivos (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT/1943, introduzidos pelo decreto-lei nº. 229/1967) e da ação popular<sup>19</sup> (Lei nº. 4.717/1965), o “pêndulo esteve inclinado ao polo da jurisdição singular”<sup>20</sup>.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e a expansão de direitos individuais e coletivos por ela garantidos, somados ao que o autor chama de “explosão da litigiosidade de uma sociedade massificada e reivindicativa”, surge o ambiente perfeito para o uso em larga escala da ação civil pública, cuja lei havia sido editada poucos anos antes (Lei nº. 7.347/1985), fazendo com que o pêndulo se movesse para o lado oposto, com aumento do prestígio da jurisdição coletiva.

---

<sup>18</sup> SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: visão da sociedade. *Justitia*. São Paulo, n. 65 (198), jan./jun.2008, p. 276.

<sup>19</sup> José Carlos Barbosa Moreira escreveu artigo exaltando a possibilidade do cabimento de ação popular para a defesa dos interesses difusos, em razão do art.1º, § 1º da Lei 4.717.1965, cuja definição de patrimônio público abrange “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”, alcance muito maior “do que à primeira vista se poderia talvez supor”, em razão do art. 141, § 38 da Constituição de 1946 – “atos lesivos do patrimônio”, supostamente, apenas econômico. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, p. 7-19, out. . dez. 1982, versão digital).

<sup>20</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 307-334, nov. 2014, versão digital.

Após quase trinta anos de vigência dos principais diplomas legislativos do processo coletivo, o CPC de 2015, embora mencione a tutela coletiva<sup>21</sup>, redireciona o foco para a ação individual, amplificando as consequências jurídicas do julgamento por amostragem e criando um incidente específico para o tratamento de questões repetitivas de direito, de competência dos tribunais estaduais e regionais.

Em que pese essa aparente mudança de rumo, um dos propósitos desta dissertação é investigar se o estudo mais aprofundado da litigiosidade ou litigância repetitiva é fundamental para o correto manejo das técnicas que o ordenamento jurídico disponibiliza para seu tratamento processual e para a compreensão e identificação de seus limites.

É muito importante ressaltar que a litigância de massa, de modo algum, deve ser tomada como sinônimo de simplicidade no nível de discussão envolvida. É possível que existam demandas seriais mais simples, por serem circunscritas a um tema mais restrito, mas, em regra, milhares de ações idênticas não surgem do dia para a noite e se avolumam nos escaninhos físicos ou virtuais exatamente por encerrarem controvérsias de elevado índice de conflituosidade.

Embora a ideia de conflituosidade<sup>22</sup> relacione-se habitualmente aos direitos transindividuais, não vemos justificativa para que não possa ser aplicada aos direitos individuais homogêneos<sup>23</sup>, exemplo típico de direitos que motivam ações de massa, porque a possibilidade de existirem direitos contrapostos e de incerta e complexa solução insere-se também nesta categoria legal do direito brasileiro.

## 1.2 O que é a litigiosidade repetitiva ou de massa?

---

<sup>21</sup> “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 art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

<sup>22</sup> “Amalgamada à caracterização dos direitos transindividuais como indivisíveis e de titularidade indeterminada está a noção de que eles são caracterizados por sua ‘conflituosidade’”. (VITORELLI, Edilson, 2016, p. 66).

<sup>23</sup> Embora Edilson Vitorelli pretenda uma reconstrução das categorias do processo coletivo, deslocando o foco da disciplina dos direitos para as características dos litígios, pugnando o fim dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma, concorda que tanto podem existir demandas envolvendo estes direitos de baixa conflituosidade (pequenas lesões individuais), quanto demandas de alta conflituosidade, denominada por ele de “*litígios individuais homogêneos irradiados*”. (Ibid., p. 106).

A litigiosidade de massa deve ser compreendida como um fenômeno complexo que pode envolver fatos ou se restringir a uma controvérsia estritamente de direito relativa à interpretação ou aplicação de normas jurídicas e *sempre* em larga escala, inviabilizando o uso das tradicionais técnicas do processo civil de ampliação subjetiva da lide (litisconsórcio, intervenção de terceiros) ou de reunião de processos para julgamento conjunto (conexão ou continência).

Por exemplo, a fabricação e comercialização de equipamento eletrônico cuja vida útil é deliberadamente curta, o que, por consequência, força os consumidores a comprarem os modelos mais recentes (“obsolescência programada”<sup>24</sup>) é matéria que envolve a comprovação do fato *programação pelo fabricante* e que atingirá muitas pessoas, em países distintos. Em outro caso, a discussão a respeito de qual índice de correção monetária é aplicável na atualização dos débitos da fazenda pública costuma ser entendido como questão puramente de direito<sup>25</sup> e afetará todos os credores de precatórios judiciais.

Podemos ainda citar a melhor forma de abordagem de milhares de ações individuais que pleiteiam medicamento ou tratamento médico não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), confrontando o direito individual e as políticas públicas elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, que mobilizará múltiplas instituições (públicas e privadas) e certamente envolverão questões fáticas e jurídicas em sentido estrito<sup>26</sup>.

Antônio Castanheira Neves esclarece que no estudo do Direito os conceitos de fato e de direito – ou matéria de fato e matéria de direito ou questão de fato ou questão de direito – são, ambos, conceitos jurídicos porque determinados dentro do direito e pelo direito<sup>27</sup>:

E assim temos de concluir, quanto a este último sentido, que o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de

---

<sup>24</sup>“França investiga Apple por ‘obsolescência programada’ do iPhone” <[http://epocanegocios.globo.com.Tecnologia.noticia.2018.01.franca-investiga-apple-por-obsolescencia-programada-do-iphone.html](http://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia.2018.01.franca-investiga-apple-por-obsolescencia-programada-do-iphone.html)>. Acesso em: 26 jan. 2018.

<sup>25</sup> “Plenário do STF define teses sobre índices de correção e juros em condenações contra Fazenda Pública”: <<http://www.stf.jus.br.portal.cms.verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356240>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

<sup>26</sup> Segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que criou uma página chamada de “Fórum da Saúde”, contendo diretrizes aos juízes quanto às demandas judiciais relacionadas à assistência à saúde, em 2014, havia 62.291 ações de saúde nos tribunais regionais federais e 330.630 nos tribunais de justiça estaduais. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br.programas-e-acoas.forum-da-saude>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

<sup>27</sup> NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 27.

algo que relativamente a essa intenção fundamentante se ofereça na contingência da facticidade, também a validade jurídica não poderá deixar de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *quaestio juris* é sempre uma *quaestio juris* de uma certa *quaestio facti*. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-facto, e por esta determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*. (NEVES, 1967, p. 43-44).

Com isto quer dizer que as distinções não são epistemologicamente absolutas, sendo apenas dogmáticas, fixadas pelo Direito e cuja distinção absoluta é logicamente irrealizável: “O direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-facto e a questão-de-direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”<sup>28</sup>.

Daí que Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>29</sup> subdivide as questões jurídicas em *questões predominantemente fáticas e questões predominantemente de direito em sentido estrito*, a partir de dois critérios: *ontológico e técnico-processual*. Em ambos admite a existência de graus de predominância do aspecto jurídico da questão, assim, uma questão será predominantemente de direito quando o foco do raciocínio do julgador para o deslinde da controvérsia envolver a interpretação do texto normativo (como deve ser entendida a norma) ou o mecanismo de subsunção dos fatos à norma – não há controvérsia sobre os fatos, apenas sobre a incidência da norma (como deve ser aplicada a norma).

A autora destaca que muitas vezes uma questão de direito no plano ontológico será considerada uma questão de fato pelo critério técnico-processual, que teria a função de atuar nos casos delicados a envolver uma má descrição de como os fatos realmente ocorreram.

Ontologicamente, se os fatos estão narrados de forma equivocada, a consequência inevitável será o direito mal aplicado, gerando ilegalidades e inconstitucionalidades que se consubstanciarão em *quaestio juris*. No entanto, técnico-processualmente a questão da descrição errônea dos fatos será predominantemente fática, porque para a resolução da

---

<sup>28</sup> NEVES, António Castanheira, 1967, p. 45.

<sup>29</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 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, versão digital.

controvérsia será necessário o reexame de provas<sup>30</sup> e a reavaliação de como teriam ocorrido no mundo fenomênico.

Essa distinção técnico-processual – questão de fato e questão de direito –, que já é relevante na análise do cabimento de recurso de direito estrito (especial e extraordinário), será fundamental no estudo da aplicação das técnicas de resolução da litigância repetitiva no nosso ordenamento jurídico, em particular para o manejo dos recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Na dogmática processual, a litigiosidade repetitiva ou de massa é caracterizada pela presença de questões jurídicas homogêneas (isomórficas ou comuns), seja de direito material, seja processual e, embora não englobe somente os direitos individuais homogêneos, é, em grande medida, por eles representada.

Por conta disto, Leonardo Carneiro da Cunha afirma que várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas, assim como várias demandas coletivas podem caracterizar-se, também, como causas repetitivas: “o que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas”. (CUNHA, 2011).

O substrato fático será sempre a presença de uma grande quantidade de processos, o que se traduz inviabilidade do uso da técnica tradicional do litisconsórcio<sup>31</sup>, seja pelo exagerado número de feitos, seja devido ao fato de não existir organização/relação prévia entre os sujeitos quando do ajuizamento individualizado, espacial e temporalmente distinto das diversas ações de massa.

Além disso, tanto pode se relacionar a demandas idênticas quanto a demandas distintas, mas com questões de direito comuns (como controvérsias processuais que se replicam em um universo de ações judiciais), albergando, portanto, uma multiplicidade de pretensões de direito material. Este é o motivo pelo qual a litigância repetitiva não se encerra na definição de demanda como pretensão deduzida em juízo via petição inicial, devendo ser

---

<sup>30</sup> Súmula antiga do Superior Tribunal de Justiça, de 28 jun. 1990, *Súmula 7*, cuja ementa diz: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

<sup>31</sup> “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, 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”.

tomada em seu sentido lato, ou seja, qualquer postulação que uma das partes dirige ao juiz (seja o autor, seja o réu)<sup>32</sup>.

Antonio Adonias Aguiar Bastos<sup>33</sup> define as demandas repetitivas como sendo *demandas-tipo*, advindas de uma *relação-modelo*, cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham no plano abstrato, mas se distinguem no plano concreto, porque seus titulares são distintos e não possuem nenhuma relação jurídica em comum, tampouco almejam o mesmo objeto. Em consequência, reclamam por *soluções-padrão* que, após formadas, serão aplicadas às causas em curso, às futuramente ajuizadas ou como justificativa para outras finalidades fixadas em lei.

Segundo esse conceito, a identificação das partes não é importante para a construção da *solução-padrão* (tese jurídica), *in abstracto*, não obstante o retorno da relevância do elemento subjetivo quando do julgamento da causa pelo juiz natural e de sua aplicação – se constatada a *demandas-tipo* correspondente –, ou seu afastamento pela distinção – se constatado que o caso concreto se distancia do caso-padrão.

Ressalta-se que esta abstração inicial das partes com o escopo de extrair as pretensões comuns e a futura tese jurídica, numa objetivação do processo, só tem sentido se for possível exigir a sua observância obrigatória pelos demais julgadores; caso contrário, não haveria justificativa para se afastar a participação pessoal dos titulares da questão controvertida. Se cada magistrado fosse livre para reconstruir as bases fáticas e jurídicas do conflito serial como melhor lhe aprouvesse, seria desarrazoado impor tamanha restrição à liberdade individual.

Sobre os possíveis problemas que isso acarretará no direito brasileiro (e sem embargo das críticas doutrinárias discutidas adiante), o fato é que litigância repetitiva, técnicas de julgamento de casos repetitivos e vinculação aos chamados “precedentes” formados pelos acórdãos desses julgamentos – IRDR e recursos repetitivos (art. 927, III, CPC de 2015) – terminaram unidos de forma indissociável no CPC de 2015.

---

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 235. “Demanda. É o ato de postular algo ao Poder Judiciário, dando início ao processo. No processo civil vem corporificada na petição inicial. Em sentido lato, demanda é toda postulação que uma das partes dirige ao juiz (seja o autor, seja o réu)”.

<sup>33</sup> 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, versão digital.

Embora o direito comparado não constitua o foco da pesquisa, é necessária uma rápida alusão às experiências estrangeiras citadas pela doutrina brasileira.

Sobretudo na Alemanha e Inglaterra, a lógica para a adoção do chamado *procedimento-padrão* ou *ação-teste*<sup>34</sup> parece ter sido de ordem prática, perante um número crescente de ações similares que abordavam questões comuns, pondo em risco a razoável duração do processo, além de uma desconfiança<sup>35</sup> em relação ao modelo das *class actions* americanas, em virtude dos problemas teóricos e práticos advindos da legitimidade extraordinária e da extensão da coisa julgada a terceiros.

Na Inglaterra, outros óbices são as elevadas custas processuais envolvidas nas ações coletivas e suportadas pelo representante no caso de improcedência, além da dificuldade em se estabelecer a exata noção de *interesse comum* para a aceitação, pelo tribunal, de uma ação coletiva – *processo por representação*<sup>36</sup>.

Tais problemas – em maior ou menor medida também existentes no Brasil – serão abordados em tópico específico. No entanto, as críticas<sup>37</sup>, basicamente, relacionam-se à possibilidade do representante da classe não estar tão próximo como aparenta da coletividade envolvida e não representar (ou, pior, representar, de forma parcial) os interesses de pessoas, distribuídas geograficamente de modo bastante disperso e que, muitas vezes, nem sequer tomarão conhecimento da existência de uma ação cujo objetivo é a tutela de um direito que, mesmo similar ao de outras tantas pessoas, não deixa de lhes pertencer individualmente.

Em consequência, a substituição processual e a extensão da coisa julgada aos membros da classe ausentes (por ficção<sup>38</sup> legal considerados presentes no processo coletivo)

---

<sup>34</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 346.

<sup>35</sup> 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, versão digital.

<sup>36</sup> ANDREWS, op. cit., p. 340-341.

<sup>37</sup> CABRAL, op.cit., 2007.

<sup>38</sup> “Por razões históricas, as ações coletivas foram concebidas para a tutela de direitos de um grupo numeroso de pessoas. Para que as pessoas ausentes no processo pudessem ser legitimamente vinculadas pela coisa julgada da sentença coletiva emanada em um procedimento do qual não participaram ou que não autorizaram, criou-se a ficção de que elas estavam presentes em juízo, representadas por um dos membros do grupo ao qual pertencem (*party by representation*). Os membros ausentes podem ser considerados ficticiamente presentes em juízo no processo coletivo (membros do grupo) através de três técnicas: (a) a da presença compulsória; (b) a do *opt in*; e

“além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais”. (CABRAL, 2007).

Decorrentes de tal constatação, surgem as experiências com o procedimento-modelo na Alemanha (*Musterverfahren*) e as ações de grupo na Inglaterra (*Group Litigation Orders – GLO*), alternativas à ideia de representação e substituição processual, já que não dispensam a iniciativa individual do ajuizamento da ação ou de adesão expressa das pretensões individuais atreladas à questão comum.

Em relação às *Group Litigation Orders – GLO* – “mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes” (ANDREWS, Neil, 2009, p. 343) – trata-se de uma forma de reunião das partes, por meio de listagem de ações com registro em grupo, adotando o sistema do *opt-in* de cada indivíduo, daí que “um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo, quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão, do processo”. (ANDREWS, 2009, p. 343).

Pode se referir à questão comum de fato ou de direito e a decisão pelas *GLO* pode ser a requerimento das partes (mais corriqueiro) ou de iniciativa do próprio tribunal. Este, por sua vez, exerce ampla administração da condução e instrução do litígio, pautado pelos critérios de eficiência na administração da Justiça e igualdade entre as partes <sup>39</sup>.

Na Alemanha, segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a origem do instituto do *Musterverfahren* (procedimento-modelo) foi a grande quantidade de objeções feitas por particulares contra projetos da administração pública, cuja raiz relaciona-se à construção do aeroporto internacional de Munique. Do total das ações propostas, foram eleitas algumas dezenas como procedimentos-modelo, que seguiram tramitando, enquanto as demais permaneceram suspensas, à espera do resultado do julgamento dos feitos selecionados <sup>40</sup>.

---

(c) a do *opt out*.”. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 291).

<sup>39</sup> ANDREWS, Neil. 2009, p. 346.

<sup>40</sup> “[...] foram ajuizadas 5.724 demandas perante o Tribunal Administrativo de Munique. Considerando a avalanche de demandas, as dificuldades para o andamento concomitante destes processos e verificando que havia uma identidade muito significativa, em termos de fatos e alegações, o órgão judicial de primeiro grau (*Verwaltungsgericht München*) resolve inovar, efetuando uma triagem inicial de 40 procedimentos, que teriam seguimento para processamento, produção de provas e julgamento. Os demais permaneceriam suspensos, por tempo indeterminado, aguardando o julgamento paradigmático dos procedimentos-modelo (*Musterverfahren*). É de se ressaltar que, na época, 1979-1980, a legislação alemã não previa expressamente o referido procedimento

O episódio ganha mais relevância uma vez que esta foi a primeira experiência oriunda de uma construção jurisprudencial pautada pela necessidade, envolvendo matéria de fato e de direito, servindo como base para a inserção do procedimento-modelo na jurisdição administrativa, da previdência e assistência social e para litígios ligados ao mercado de capitais (*KapMuG*), ainda que nestes últimos, em caráter temporário, uma vez que a legislação previu expressamente sua derrogação a partir de 01.11.2020 <sup>41</sup>.

Para nós brasileiros, o interesse se dá na medida em que consta da exposição de motivos<sup>42</sup> do CPC de 2015 que a fonte de inspiração do incidente de resolução de demandas repetitivas foi o procedimento-modelo (*Musterverfahren*), ainda que o resultado final da nossa técnica tenha ficado sensivelmente distinto, pois, embora os processos que tratem da *demanda-tipo* permaneçam suspensos, tal qual no direito alemão, o Tribunal competente para a fixação do padrão-decisório não julgará de imediato nenhum caso concreto.

Questão delicada na adoção da técnica no direito estrangeiro diz respeito a quem estará vinculado à solução-padrão. Somente quem interveio de algum modo no procedimento-piloto? Todos os que já tinham ajuizado ação judicial à época da formação do procedimento-modelo, independentemente de qualquer participação? Todos os titulares de ações que

---

adotado (*Musterverfahren*). A decisão adotada pelo órgão de primeiro grau de Munique foi questionada perante a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da República Federativa da Alemanha que, no mesmo ano, decidiu pela constitucionalidade da medida adotada pelo tribunal de primeira instância, entendendo ainda que a queixa constitucional havia sido abusivamente utilizada, razão pela qual fixou multa por litigância de má fé contra os queixosos. Na ocasião, a Corte Suprema alemã considerou que o tribunal de primeiro grau estava diante de um problema processual e que se deveria analisar o que poderia o órgão judicial efetuar. Em especial, afastou as alegações de afronta ao art. 19, (4), 1; e art.3, (1), ambos da Lei Fundamental. Os dispositivos tratam, respectivamente, dos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e da igualdade perante a lei. Na motivação, mencionou-se que o primeiro dispositivo constitucional garante a mais completa proteção judicial possível contra a alegada lesão à esfera jurídica dos cidadãos praticada pelo Poder Público. Entendeu-se que isso garantia também um procedimento judicial dentro de tempo razoável, o que estaria sendo viabilizado mediante a inovação experimentada. No mais, afirmou a Suprema Corte que o procedimento adotado não afastaria a proteção judicial daqueles que tiveram os processos suspensos, após o julgamento padrão, com a formulação de sentenças padrão (*Musterurteile*), porque teriam os seus direitos processuais preservados e, em caso de premência, poderiam, mesmo antes, requerer medidas de urgência. Por fim e em síntese, afastou a alegação de abuso de autoridade, por entender que a escolha feita pelo órgão judicial foi realizada a partir de fundamentos plausíveis, em razão da economia propiciada pela escolha de alguns dos 5.724 procedimentos para a realização das provas e o prosseguimento do processo. Dos 40 procedimentos-modelo inicialmente selecionados, 34 chegaram, em 27.05.1981, a decisões finais de improcedência, contra as quais foram interpostas apelações em 31 processos. Em 1991, encerraram-se todos os processos, após os julgamentos dos recursos perante os tribunais de 2º grau e superior (*Verwaltungsgerichtshof* e *Bundesverwaltungsgericht*). (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 31-33).

<sup>41</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 35.

<sup>42</sup> Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

tenham a demanda-tipo, inclusive no futuro? Além disso, que espécie de vinculação será esta? Coisa julgada? Preclusão? *Tertium genus* não identificado?

Nas *Group Litigation Orders* o tribunal inglês especifica o prazo após o qual outras ações não poderão mais ser incluídas no registro do grupo, salvo permissão específica<sup>43</sup>. Quanto à vinculação dos que aderiram às *GLO*, se a decisão for favorável ao grupo, vinculará todos os seus membros. Caso contrário, a parte afetada poderá requerer permissão para recorrer<sup>44</sup>.

A doutrina da *res judicata* inglesa é abrangente e impede não só a repositura da ação como o reexame das mesmas questões entre as mesmas partes, ou seja, inclui tanto o *estoppel* da causa (*cause of action estoppel*)<sup>45</sup>, quanto o *estoppel* das questões (*issue estoppel*)<sup>46</sup>.

Ademais, o direito “não se restringe a impedir a reapresentação de questões julgadas. Vai além e proíbe o litígio de questões que poderiam convenientemente ter sido incluídas por uma das partes em sua petição ou defesa em litígios anteriores entre as mesmas partes”. (ANDREWS, 2009, p. 200)<sup>47</sup>.

No *Musterverfahren* existe um marco temporal para a vinculação de terceiros: somente se atingem feitos individuais litispendentes no momento da decisão do processo-piloto<sup>48</sup>. Ao contrário das *GLO* inglesas, não se exige uma postura ativa dos autores das várias ações individuais pelo procedimento em grupo – estes podem participar da decisão pelo

---

<sup>43</sup> ANDREWS, Neil, 2009, p. 346.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>45</sup> “Essa modalidade de *estoppel* é um veto absoluto ao re-litígio de questões decididas em processos anteriores, a menos que tenha havido fraude ou conluio que poderiam justificar a impugnação da decisão.” (*Ibid.*, p. 199).

<sup>46</sup> “Esse *estoppel* ocorre se uma das partes daquele processo quer reabrir a questão em fases secundárias do processo entre as mesmas partes, envolvendo causa diferente de ação (outro pedido) para a qual a mesma questão seja relevante”. (*Ibid.*, p. 199).

<sup>47</sup> Essa regra é conhecida como “princípio Henderson”, porque foi estabelecida originariamente em *Henderson v Henderson* (1843). Trata-se de uma figura de apoio à *res judicata* inglesa, mas que com ela não se confunde, podendo ser definida do seguinte modo: “[...] espera-se que as partes envolvidas em litígios apresentem à Corte todas as questões relevantes para aquele litígio. Caso contrário, normalmente não será permitida a inclusão dessas questões posteriormente”. (*Ibid.*, p. 200).

<sup>48</sup> “[...] os autores futuros não são atingidos pela decisão coletiva, porque o § 16 (1), ao afirmar que o julgado atinge os processos que dependam das questões resolvidas no incidente coletivo, exige litispendência dos processos individuais no momento da decisão do Tribunal”. (CABRAL, Antonio do Passo, 2007).

procedimento-modelo, mas não há obrigatoriedade –, uma vez tomada a decisão pelo tribunal, abarcará todos os autores, indistintamente.

Quanto à espécie de vinculação, controverte a doutrina alemã<sup>49</sup> se seria um efeito vinculante (*Bindungswirkung*) ou coisa julgada (*Rechtskraft*) – “a discussão, em muito negligenciada no Brasil, é enormemente relevante porque, p.ex., o efeito vinculante abrange a fundamentação da decisão, enquanto a coisa julgada circunscreve apenas o dispositivo”. (CABRAL, 2007).

Em razão de não atingir autores futuros, a tendência é rejeitar o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), distinguindo-se os efeitos conforme se trate da parte “principal”, cujo processo foi eleito como o padrão (piloto) das partes intervenientes que, de algum modo participaram como interessados (*Beiladung*) e dos demais, cujos processos foram suspensos, mas que não intervieram de forma alguma no procedimento-modelo.

Assim, para a parte principal forma-se a coisa julgada. Já para o interessado que participou efetivamente do procedimento-modelo, a legislação estabelece idêntica forma de vinculação à coisa julgada, salvo se alegar negligência da parte principal na condução do feito, demonstrando ao tribunal que, pelo momento de sua intervenção, “não pôde praticar atos processuais ou trazer esclarecimentos eficazmente, nem utilizar meios processuais de ataque ou defesa que desconhecia e que a parte principal por culpa grave não utilizou”. (CABRAL, 2007).

Para os demais, haveria uma extensão da coisa julgada limitada à litispendência individual. Antonio do Passo Cabral considera que essa extensão da coisa julgada é distinta daquela ocorrida no modelo de representação (*class actions*):

[...] não se trata de um mecanismo de ruptura autoritária com a vontade individual, de extensão coletiva da coisa julgada que despreze a pluralidade. Inicialmente, merece destaque a ampla possibilidade de participação aos interessados, fluindo e condicionando a decisão judicial. Por outro lado, o fato de a extensão da coisa julgada ser apenas em relação àqueles que já ajuizaram demandas singulares no momento da decisão coletiva demonstra preocupação com o princípio dispositivo e as estratégias processuais individuais. Essa a grande diferença para as *class actions*, as quais podem correr “pelas costas” dos membros da classe [...]. (CABRAL, 2007).

---

<sup>49</sup> CABRAL, Antonio do Passo, 2007.

No CPC de 2015, a vinculação ao resultado do julgamento da demanda-tipo, via IRDR, é diversa da que ocorre no direito alemão e inglês porque diz o código que, julgado o incidente e proferido o acórdão paradigma, a tese jurídica será aplicada não só aos processos individuais e coletivos suspensos na área geográfica de competência do Tribunal, mas também aos casos futuros (art. 927, III e art. 985, I e II), salvo revisão posterior.

Ou seja, parte das qualidades positivas dos procedimentos de grupo, em detrimento das ações coletivas (por representação), no sentido de preservar a iniciativa individual se perdeu, pois, tanto no incidente quanto nos recursos repetitivos nem se manteve a necessidade de adesão ao julgamento coletivo da *GLO* inglesa, nem se restringiu àquelas ações ajuizadas ao tempo da prolação do acórdão-paradigma, como ocorre no procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão.

#### 1.2.1 Tipos de litígio e tutela jurisdicional: classificações doutrinárias

O processo civil contemporâneo precisa estar preparado para enfrentar três tipos de litígios<sup>50</sup>: a) o *individual*, para o qual os institutos processuais foram originalmente desenvolvidos, em regra envolvendo conflitos entre duas pessoas com interesses opostos e bem delineados; b) o *coletivo*, englobando a litigiosidade relacionada aos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, adotando-se a técnica da ação coletiva, por meio dos substitutos processuais e envolvendo litígios de alta conflituosidade, na medida em que nem sempre há apenas dois polos de interesses; c) o de *massa* ou *repetitivo*, cuidando de pretensões idênticas que se replicam em um universo de ações judiciais e que podem ou não tratar de questões de alta conflituosidade.

A Constituição de 1988 elenca e protege direitos individuais e coletivos (art. 5º), estes últimos, p.ex., tratados expressamente no mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), no direito coletivo do trabalho (art. 7º, VII, XIII, XIV, XXVI, art. 8º, VI, art. 114, §§ 1º a 3º), na defesa dos direitos e interesses coletivos por associação profissional ou sindicato (art. 8º, III), pelo Ministério Público (art. 129, III) e pela Defensoria Pública (art. 134), atendidas as finalidades constitucionais de cada instituição.

---

<sup>50</sup> THEODORO JR., Humberto et al., 2015, p. 323.

Diante disso, parte da doutrina<sup>51</sup> classifica a tutela jurisdicional prestada pelo Estado apenas em *tutela individual* ou *tutela coletiva*, incluindo nesta última tanto a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quanto a tutela dos direitos individuais que quando judicializados se enquadrem no conceito de *casos repetitivos*<sup>52</sup> do CPC de 2015, ou seja, multiplicidade de ações ou recursos individuais cuja controvérsia seja a mesma e unicamente de direito e ofereça risco à isonomia e à segurança jurídica pela possibilidade da prolação de decisões conflitantes.

Outros preferem distinguir a tutela jurisdicional em *individual*, *coletiva* e *plurindividual*<sup>53</sup>.

A tutela *individual* cuida do clássico conflito intersubjetivo entre autor e réu, com posições e interesses jurídicos relativamente bem definidos no litígio, legitimação processual ordinária e poucas possibilidades de ampliação subjetiva ou objetiva da demanda - litisconsórcio, intervenção de terceiros, cumulação de pedidos e reunião de ações -, além da formação da coisa julgada material circunscrita às partes, não prejudicando terceiros, conforme preceitua o art. 506 do CPC de 2015.

A tutela *coletiva* envolve megaconflitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (definidos em lei) e cujo arcabouço jurídico é formado pelo chamado *microsistema de processo coletivo*, integrado, basicamente, mas não só, pela Lei de Ação Civil Pública (ACP - Lei nº. 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº. 8.078/1990), cujos legitimados processuais não coincidem com os titulares do direito material envolvido, agindo como substitutos processuais e indicados *in abstracto* pelos textos legais.

---

<sup>51</sup> “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas integra o objeto de estudo mais específico do Direito Processual Coletivo, considerando que este carrega (a) as ações coletivas; (b) as soluções consensuais para conflitos coletivos; e (c) outros meios de resolução coletiva de questões comuns e litígios coletivos.”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 6).

<sup>52</sup> De forma contrária, este Ricardo de Barros Leonel opta por incluir as técnicas de julgamento coletivizado de ações individuais na tutela individual: “[...] o julgamento no sistema dos ‘casos-modelo’ (incidente de demandas repetitivas, recursos especiais e extraordinários repetitivos e, ainda, o incidente de assunção de competência – este último regulado no art.947 do CPC.2015), ao contrário do que pode parecer, não é procedimento inserido no contexto do processo coletivo, mas, sim, mecanismo que, no processo individual, busca oferecer ao resultado do julgamento alguma repercussão coletiva. Daí por que, do ponto de vista metodológico, não deve ser estudado no contexto do processo coletivo, mas, sim, do processo individual”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4ª ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 171).

<sup>53</sup> DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

Distancia-se da tutela jurisdicional singular também pelo regime jurídico diferenciado da coisa julgada *erga omnes* (difusos, art. 103, I, CDC) e *ultra partes* (coletivos em sentido estrito, art. 103, II, CDC) – ou impossibilidade de sua formação em caso de insuficiência de provas (ambos) –, e *erga omnes* se procedente o pedido cuidando de direitos individuais homogêneos<sup>54</sup> (art. 103, III, CDC). O objetivo maior da tutela coletiva é a facilitação do acesso à justiça.

Por fim, a tutela *plurindividual* é definida como a tutela jurisdicional cuja controvérsia é preponderantemente de direito e que, pela quantidade expressiva de ações individuais repetitivas propostas, compromete a razoável duração do processo e o adequado funcionamento do Poder Judiciário, caso não fosse desenvolvida uma técnica processual própria, consubstanciada na junção da técnica de julgamento de ações de massa e na valorização<sup>55</sup> do direito jurisprudencial produzido pelas Cortes estaduais e regionais, pelo STF e STJ.

Aqui, a preocupação maior é com a gestão do trabalho judiciário e com a efetividade do processo, concentrando-se em atributos como a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões tomadas pelos órgãos do Poder Judiciário<sup>56</sup>.

Ou seja, diante da constatação de que o processo coletivo não estava dando conta da litigiosidade repetitiva, surgem no Brasil diversos mecanismos processuais voltados à coletivização do julgamento dessas ações individuais pulverizadamente ajuizadas, de modo a racionalizar a prestação jurisdicional<sup>57</sup>. Racionalizar, nesse contexto, significa tanto otimizar os recursos humanos e econômicos do Estado-juiz como melhorar qualitativamente o serviço público judiciário no que toca ao conteúdo da decisão judicial em si.

---

<sup>54</sup> “Na hipótese do art.103, III (interesses e direitos individuais homogêneos), não se cogita da insuficiência de provas, para a não ocorrência da coisa julgada, diferentemente do previsto nos inc. I e II, ocorrendo, pois, coisa julgada.” Arruda Alvim se refere ao plano coletivo, ou seja, obstar o ajuizamento de outra ação coletiva sobre o mesmo tema por outro colegitimado extraordinário. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1053).

<sup>55</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2014.

<sup>56</sup> ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 233-255, jan. 2017, versão digital.

<sup>57</sup> DANTAS, Bruno, 2015, p. 89.

Há também quem distinga a diversidade de tutela jurisdicional quanto à litigância individual, coletiva e repetitiva, classificando as duas últimas<sup>58</sup> como *litigância de interesse público* (*Public interest litigation – PIL*).

Isto porque mais do que resolver questões individuais ou coletivas, haveria nestas pretensões um anseio ou uma necessidade de transformação estrutural<sup>59</sup> de instituições do Estado, com vistas a viabilizar o cumprimento dos valores públicos, constitucionalmente garantidos. Tais pretensões demandam como resposta jurisdicional mais do que o tradicionalmente esperado do Poder Judiciário (resolução de controvérsias), por reclamarem uma alteração profunda no contexto social e na burocracia da organização estatal, que de algum modo estaria se omitindo, impedindo ou atuando em sentido contrário ao preceito constitucional invocado nas ações coletivas.

Para esta dissertação, opta-se pela separação entre tutela individual, coletiva e plurindividual – por ser mais útil à finalidade do presente estudo, a saber, analisar o enfrentamento da litigiosidade repetitiva pelo processo coletivo e pelas técnicas de agregação de demandas de massa. Logo, a separação metodológica entre tutela coletiva e tutela plurindividual dará maior clareza ao trabalho, uma vez que as consequências dentro e fora do processo advindas do manejo de uma ou de outra técnica serão bastante distintas, ainda que a questão controvertida seja idêntica e possa ser solucionada, eventualmente, por ambas as tutelas jurisdicionais.

### 1.3 Quais as possíveis causas da litigiosidade repetitiva?

Não existe resposta única sobre as causas da litigiosidade repetitiva, mas o que já se sabe, por meio de estudos e pesquisas empíricos,<sup>60</sup> é que é necessário, inicialmente, ampliar o

---

<sup>58</sup> NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 253.

<sup>59</sup> FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. 2ª ed. rev. e atual. Coordenação da Tradução de Carlos Alberto de Salles. Curitiba: Juruá, 2017, p. 23-80, sobre o processo judicial estrutural norte-americano.

<sup>60</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

espectro de análise para além do sistema judicial, pois existem *causas externas e internas* na trajetória da judicialização do conflito<sup>61</sup>.

Seguindo essa metodologia, Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, organizadoras da pesquisa realizada pela **Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo**, contratada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), edital nº. 01/2009<sup>62</sup>, em estudo sobre litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva a partir de casos de Direito Previdenciário (desaposentação) e de Direito do Consumidor (relação de consumo entre bancos e correntistas), identificam como causas externas aquelas que não estão sob ingerência do Poder Judiciário – “como regulação administrativa e legislativa, marcos institucionais, questões socioeconômicas e práticas de gestão empresarial” (GABBAY; CUNHA, 2012, p. 37) –, e como causas internas aquelas que ocorrem após a judicialização do conflito, “como falta de uniformização no entendimento dos Tribunais, carência quantitativa e qualitativa de recursos humanos, problemas de organização judiciária, conduta dos procuradores das partes, dentre outros [...]” (GABBAY; CUNHA, 2012, p. 37).

Direito previdenciário e direito do consumidor são ramos rotineiramente ligados à litigância repetitiva, embora de forma imprópria muitas vezes, pois nem todas as demandas envolvendo segurados e previdência social ou consumidores e fornecedores são demandas repetitivas, na acepção técnica do termo, porque simplesmente não podem ser resolvidas em bloco, seja pela via da ação coletiva, seja pelo IRDR e recursos repetitivos, uma vez que envolvem discussões fáticas e particularidades de tal monta que terminam por inviabilizar o tratamento coletivizado das demandas.

Segundo dados do CNJ, em 2016, somente no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), foram distribuídas 146.008<sup>63</sup> novas ações previdenciárias cujo assunto foi a concessão de benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, nas quais a

---

<sup>61</sup> GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>62</sup> No sítio eletrônico do CNJ é possível obter os relatórios das pesquisas elaboradas para o edital nº. 01.2009 pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<sup>63</sup> Dados eletrônicos obtidos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Justiça em números. Disponível em: <[http://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true](http://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true)>. Acesso em: 07 jan. 2018.

controvérsia recai, na maior parte das vezes, sobre a alta administrativa – matéria fática, sobre a existência ou não de incapacidade laboral temporária ou permanente do segurado –, exigindo a realização de perícia médica. A título de comparação, no mesmo ano foram concedidos 605.554<sup>64</sup> benefícios previdenciários por incapacidade, em sede administrativa, nos estados que compõe a abrangência territorial do TRF3: São Paulo e Mato Grosso do Sul.

É evidente que este tipo de litígio compromete significativamente os recursos do Tribunal porque, embora pouco complexos sob o aspecto jurídico, exigem toda uma estrutura física para a realização das perícias judiciais ou, no mínimo, a alocação de recursos financeiros para o pagamento de honorários periciais, considerando que a maior parte dos autores são beneficiários da assistência judiciária gratuita e que nem todos se sagram vencedores. No entanto, tecnicamente, não se enquadram em um conceito estrito de litigância repetitiva e, portanto, estão fora do âmbito do processo coletivo e das técnicas de resolução de demandas repetitivas ampliadas pelo CPC de 2015.

O caso da desaposentação envolvia a seguinte controvérsia jurídica: pessoas aposentadas por tempo de contribuição, muitas vezes de forma proporcional, mas que continuaram a exercer atividade remunerada, recolhendo as respectivas contribuições previdenciárias, começaram a ajuizar milhares de ações individuais cujo pedido era a renúncia à aposentadoria concedida em sede administrativa, cumulado com o pedido de concessão de nova aposentadoria, computando-se o tempo de trabalho e as contribuições previdenciárias pagas, visando ao recálculo no valor do benefício e aumento da renda mensal. A controvérsia, ainda que juridicamente complexa, restringia-se à interpretação das normas constitucionais e legais afetas à previdência social, portanto, questões unicamente de direito.

O INSS, autarquia federal responsável pela concessão e manutenção de benefícios previdenciários, negava tais pretensões sob a alegação de que a legislação previdenciária não previa a possibilidade jurídica de renúncia e nova aposentadoria. As ações começaram a ser propostas em 2008 e a controvérsia chegou ao fim somente em 27/10/2016, quando o STF

---

<sup>64</sup> Total obtido pela soma das concessões dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, urbanos e rurais, no ano de 2016, nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, excetuados os benefícios de auxílio-acidente por incluir, eventualmente, os decorrentes de acidente do trabalho, cuja competência jurisdicional é da Justiça Estadual (CRFB, art.109, I). Disponível em BRASIL. *Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda. Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, 2016, p. 46, 74 e 95, versão digital, disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018.01.AEPS-2016.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

concluiu o julgamento do RE nº. 661.256/SC, pelo rito dos repetitivos, fixando tese jurídica<sup>65</sup> contrária à pretensão dos autores. Na estimativa da Advocacia-Geral da União, em todo o período (8 anos), foram propostas 182<sup>66</sup> mil ações de desaposentação.

Restringindo a litigância repetitiva às questões ou demandas unicamente de direito que se replicam em massa, o estudo da Faculdade de Direito da FGV/SP concluiu ser fundamental a análise da **trajetória do conflito** para se compreender o surgimento das ações massificadas e as possíveis soluções para sua redução.

Tanto no direito previdenciário quanto no direito do consumidor, o dado externo ligado à regulamentação legislativa foi a promulgação da Constituição de 1988, que expandiu os direitos sociais e a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII).

Foi identificado pelos pesquisadores que as ações massificadas surgem da junção de **interesse, prejuízo e oportunidade**<sup>67</sup>.

No caso previdenciário<sup>68</sup>, pela percepção de que haveria uma zona cinzenta na legislação, que deixaria dúvidas quanto à possibilidade ou não do pedido de desaposentação e que caso procedente propiciaria um aumento na renda mensal. Ou seja, a oportunidade para a criação da tese jurídica surgiu da conjugação entre o interesse em aumentar o valor do benefício, o sentimento de prejuízo do aposentado que permaneceu inserido no mercado de trabalho e continuou pagando contribuições previdenciárias e a falta de clareza da legislação. As petições iniciais padronizadas sobre o assunto chegam a ser comercializadas em *sites* especializados<sup>69</sup>.

No caso do direito do consumidor<sup>70</sup>, a melhoria nas condições econômicas e sociais da população, a inclusão social de um maior número de pessoas na nova classe média e a consequente expansão da sociedade de consumo e da parcela da população bancarizada teriam levado ao surgimento de conflitos de interesses entre os consumidores e as instituições

---

<sup>65</sup> RE repetitivo nº. 661.256/SC, Tema 503, Tese jurídica fixada: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”.

<sup>66</sup> Disponível em: <[http://www.agu.gov.br.page.content.detail.id\\_conteudo.398586](http://www.agu.gov.br.page.content.detail.id_conteudo.398586)>. Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>67</sup> GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.), 2012, p. 152.

<sup>68</sup> Ibid., p. 54-55.

<sup>69</sup> Disponível, p.ex., em: <<https://previdenciaria.com.assine.>> Acesso em: 26 jan. 2018.

<sup>70</sup> GABBAY; CUNHA, op. cit., p.106-107.

financeiras (prejuízo). Os motivos de tais conflitos seriam o aumento do endividamento, a inclusão de cláusulas abusivas, complexas e de difícil compreensão nos contratos de adesão, a ineficácia dos serviços de atendimento dos fornecedores aos consumidores, gerando a oportunidade para a criação de teses jurídicas, além da percepção de que a legislação processual não estimularia o enfrentamento coletivo de demandas de massa.

Outro estudo que atendeu ao mesmo edital do CNJ foi desenvolvido pela **Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)**, coordenado por Cláudia Maria Barbosa<sup>71</sup>, tendo como objeto de pesquisa “*Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução*”. Aqui se consideraram repetitivas as demandas que possuem origem comum ou o mesmo fundamento legal invocados decorrentes de contratos bancários<sup>72</sup>, em especial, arrendamento mercantil (*leasing*), alienação fiduciária, crédito ao consumidor, contrato de crédito consignado e cartão de crédito.

Logo, é mais abrangente que a pesquisa anterior, pois inclui matéria fática e de estrito direito. Aliás, demandas repetitivas que decorrem de origem comum constituem a própria definição legal de interesses e direitos individuais homogêneos (art. 81, III, CDC). Via de regra, as discussões judiciais se concentram no inadimplemento do contrato, com a consequente execução judicial, por serem títulos executivos extrajudiciais, art. 784 do CPC de 2015 e legislação específica - (instituição financeira autora) ou no pedido de revisão contratual fundamentado na abusividade de cláusulas contratuais, p.ex., taxas de juros (consumidor autor)<sup>73</sup>.

O estudo sugere que haveria uma certa desvirtuação da finalidade do Poder Judiciário tanto do lado dos bancos quanto dos consumidores, estes últimos no sentido de que muitas dessas ações contariam com a morosidade do funcionamento da justiça, objetivando apenas uma dilação do prazo para pagamento ou renegociação da dívida:

---

<sup>71</sup> BARBOSA, Claudia Maria (Coord.). Projeto: Causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a solução. Pesquisa: *Demandas repetitivas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução*. Relatório final. Contratada: Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Contratante: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Edital n. 01.2009, p. 37. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucpr\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucpr_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

<sup>72</sup> Ibid., p. 86.

<sup>73</sup> Ibid., p. 88.

[...] tanto pelos consumidores quanto pelas instituições financeiras ou bancárias, denota-se também que, utilizando-se da morosidade do Poder Judiciário, ocorrem judicialização ou prosseguimento de demandas judiciais sem a expectativa de um possível êxito nas matérias arguidas, mas sim de uma real dilação do prazo de pagamento ou renegociação de dívidas dentro do sistema judicial, o que faz com que as orientações da jurisprudência em matérias bancárias sejam cada vez mais necessárias para o descongestionamento do Poder Judiciário, inclusive com medidas coercitivas em determinadas hipóteses de flagrante má fé, ao menos no que tange matérias exclusivamente de direito já reiteradamente decididas pela jurisprudência. (BARBOSA, 2009, p. 92).

Quanto às instituições financeiras, não obstante uma certa pacificação na jurisprudência, não raras vezes em seu favor (quanto ao limite de juros, possibilidade ou não de capitalização destes, permissão de cobranças de taxas diversas pactuadas em contratos de adesão), com frequência se constataria por perícia contábil a prática de cobranças vedadas e já consideradas abusivas pelos tribunais, em prejuízo do consumidor endividado ou super endividado <sup>74</sup>.

Aliás, o sobreendividamento – “situações em que o devedor se encontra impossibilitado de saldar o conjunto de suas dívidas, de maneira estrutural e duradoura” (BARBOSA, 2009, p. 95) – derivaria de conjunturas socioeconômicas (desemprego, doença ou alteração da estrutura familiar), como também de uma certa incompreensão sobre as regras da relação de crédito, em razão de “uma informação mal prestada ou prestada de maneira enganadora, ou por negligência de uma ou de ambas as partes”. (BARBOSA, 2009, p. 95).

Por ser considerado mais um problema social do que jurídico, já que o devedor nestes casos não tem a mínima condição de pagar a dívida consolidada pelas regras do contrato em questão, entende-se que a solução desta espécie de conflito é melhor atendida por meios extrajudiciais ou alternativos, cabendo também o estímulo às práticas preventivas de orientação sobre as condições e os riscos gerais da tomada de crédito <sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> BARBOSA, Claudia Maria (Coord.), 2009, p. 93.

<sup>75</sup> “A orientação sobre prevenção do sobreendividamento pode conter informações que devam obrigatoriamente constar em um contrato de crédito, ou ainda, que esclareçam melhor ao devedor, o montante de prestações periódicas a serem pagas. Em países como nos EUA, por exemplo, existem centros e agências de aconselhamento e educação do consumidor, que procuram melhor informar e esclarecer as condições e riscos gerais da tomada de crédito. No Brasil inexistente preocupação nesse sentido e o sobreendividado, via de regra, é considerado perdulário.”. (Ibid., p. 96).

Uma constatação sobremaneira importante para se compreender as causas da litigância repetitiva no sistema de crédito e porque é tão difícil sua redução – para além da expansão da bancarização e de crises econômicas – é que o Poder Judiciário termina por fazer parte desse sistema, haja vista que, embora seja acionado a se manifestar sobre eventuais abusos contratuais, funciona como “último elemento do mercado que tem como função garantir (...) uma maior exequibilidade dos contratos, atuando inclusive no sentido da contenção dos riscos de investimento”. (BARBOSA, 2009, p. 66).

Exemplo de como a legislação insere o Poder Judiciário no sistema de crédito é a regra contida no art. 330, §§ 2º e 3º do CPC de 2015, cujo teor já constava do CPC de 1973, art. 285-B, incluído pela Lei nº. 12.810/2013, servindo como uma luva aos contratos bancários e de instituições financeiras, uma vez que se dirige expressamente às ações que tenham por objeto a revisão da obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, nas quais o autor tem, sob pena de inépcia, de discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende discutir, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

Verdade que o FPPC, enunciado nº. 290, defende que o elenco de contratos mencionados no dispositivo seja exemplificativo. Contudo, como observam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, desconsidera-se que muitas vezes será extremamente difícil ao consumidor apontar o valor que entende devido, exatamente pela complexidade das regras financeiras envolvidas e pontuam: “não se tem notícia de outro mecanismo tão simplificador da demanda em qualquer outro tipo de relação jurídica, em favor do fornecedor [...]”. (NERY; NERY, 2016, p. 983).

De todo modo, essa função do Poder Judiciário de garante das obrigações e dos contratos é geral e ínsita à jurisdição estatal desde que se proibiu (em regra) a autotutela como forma de resolução dos conflitos da vida. Daí a lógica de regras como a da inafastabilidade do controle jurisdicional, inserida na CRFB, art. 5º, XXXV.

No âmbito da pesquisa patrocinada pelo CNJ, chamam a atenção os resultados do trabalho elaborado pela **Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS)** - “*Demandas judiciais e morosidade da justiça civil*”-, sob coordenação de Hermílio Pereira dos Santos Filho e Luciano Benetti Timm, cujo enfoque principal foi a análise econômica do

Direito – AED (*Law and Economics*)<sup>76</sup>, por meio de entrevistas realizadas com juízes e advogados nos estados do Rio Grande do Sul, Pará e São Paulo (pesquisa qualitativa).

Na percepção dos entrevistados, as motivações para o litígio seriam: a) ausência ou baixo nível dos custos, incluindo baixo risco (pouco critério para a concessão da gratuidade da justiça); b) a busca de um ganho (ainda que a perspectiva do ganho se sobreponha à avaliação sobre a existência ou não de uma lesão a direitos); c) o uso instrumental do Poder Judiciário como meio, p.ex., para prostrar responsabilidades ou negociar melhores condições do contrato firmado; d) e o sentimento de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente.

Quanto às relações de consumo, o destaque, dentre as motivações citadas, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, é a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos<sup>77</sup>.

A pesquisa aponta que a falta de harmonização das decisões judiciais (falta de padronização) sobre o mesmo tema seria uma causa relevante para a litigiosidade repetitiva porque estimularia comportamentos oportunistas das partes e uma constante expectativa de ganho de causa, representando assim um obstáculo à resolução do conflito por meios alternativos – “[...] sem conseguirem antever com razoável previsão o resultado de sua demanda em potencial (...), dificilmente as partes fazem acordo e/ou deixam de recorrer, na medida que (...) acabam ficando relativamente otimistas quanto ao resultado da demanda”. (SANTOS FILHO; TIMM, 2011, p. 188).

A nosso ver, duas questões delicadas que são apontadas (embora não desenvolvidas) no último estudo são, em primeiro lugar, a correlação entre o aumento dos custos para os usuários do serviço judiciário (restrição ao acesso da justiça gratuita) e identificação, *a priori*, de quais demandas seriam fruto de uma situação de lesão ou ameaça a direito e quais seriam frutos do oportunismo das partes ou de outras razões não nobres para o ingresso em juízo<sup>78</sup>,

---

<sup>76</sup> “A AED sugeriria partir da realidade empírica, para então se chegar a uma teoria e futuramente a uma norma jurídica desenhada para um fim estipulado pelo legislador. A parte empírica e de coleta de dados, adiante apresentada de forma segmentada justamente servirá para colher estas racionalidades para finalmente propor soluções.”. (SANTOS FILHO, Hermilio Pereira; TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Demandas judiciais e morosidade da justiça civil* - Diagnósticos sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. Relatório final, 2011. Contratada: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC.RS), Contratante: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Edital 01.2009, p. 18. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias.Publicacoes.relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias.Publicacoes.relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2018).

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 53-54.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 194.

porque essas motivações desvirtuadas não são auto evidentes e só serão visíveis quando um grande número de feitos já estiver em curso.

A segunda<sup>79</sup> diz respeito à proposta de viabilizar um “sistema ágil no qual potenciais ações repetitivas sejam prontamente julgadas e, a decisão encontrada, inviabilize o ingresso em juízo de tais demandas”. A improcedência liminar do pedido prevista no art. 332 do CPC de 2015 (art. 285-A do CPC de 1973) não impede o ingresso em juízo, mas tolhe de forma semelhante o direito de ação, haja vista que resolve o mérito independentemente da citação do réu, nas hipóteses em que o pedido contrarie enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, tese fixada em IRDR e IAC, enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Embora haja doutrina que ratifique a possibilidade de bloquear o acesso pessoal<sup>80</sup> do indivíduo para pleitear a tutela de seus interesses em juízo como sendo compatível com o art. 5º, XXXV da CRFB, o tema é bastante polêmico, haja vista que a própria improcedência *ab initio* do pedido (não obstante a chancela pelo legislador desde a criação do art. 285-A do CPC de 1973) é alvo de crítica sobre ser inconstitucional<sup>81</sup> por, supostamente, ferir as garantias da isonomia, legalidade, devido processo legal, do direito de ação, do contraditório e ampla defesa (respectivamente, art. 5º, *caput* e I, II, LIV, XXXV, LV, da CRFB).

Outro assunto delicado, cujas pesquisas analisadas apenas tangenciam<sup>82</sup>, é o papel da advocacia na produção da litigância repetitiva. A concepção processual atual de priorizar a eficiência administrativa do Poder Judiciário e a efetividade das decisões judiciais, por meio da busca de uma maior padronização decisória, acompanhou a tendência da nova configuração da advocacia que, por sua vez, também necessitou se adaptar aos conflitos em

---

<sup>79</sup> SANTOS FILHO, Hermílio Pereira; TIMM, Luciano Benetti (Coord.), 2011, p. 200.

<sup>80</sup> “Na realidade, o direito de ação não é, ao contrário do que se possa supor, individual e intransferível. O texto constitucional em nenhum momento garante ao indivíduo o direito de, pessoalmente, pleitear a tutela de seus interesses. Garante, apenas, a tutela desses interesses, sem fazer referência ao modo ou à forma dessa proteção. [...]. Nenhuma inconstitucionalidade haveria, portanto, para eventual previsão que estabelecesse que esta tutela se dá por meio da legitimação extraordinária, por via da tutela coletiva, salvo específica justificação que autorize o indivíduo a solicitar a sua exclusão do grupo”. E Sérgio Cruz Arenhart cita exatamente as diversas regras que já haviam ao tempo do CPC de 1973 e que, na prática, já restringiam o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 57).

<sup>81</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 988-999.

<sup>82</sup> GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.), 2012, p. 61.

larga escala. Em consequência, “as estruturas fordistas de advocacia de massa ganham cada vez maior espaço no mercado jurídico”. (ASPERTI, 2017).

Considerando que muitas controvérsias repetitivas envolvem resultados financeiros individuais muito baixos, surge na advocacia privada a necessidade de se angariar um número cada vez maior de ações judiciais para se manter uma remuneração<sup>83</sup> atraente à atividade profissional. Isto significa que é interessante a esses escritórios especializados em demandas de massa ter volume de ações judiciais e não o contrário.

Não se sabe se há relação entre a explosão numérica de ações repetitivas e o número de advogados, contudo, vale pensar que o Brasil é o país com o maior número de advogados e cursos de direito no mundo<sup>84</sup>. Segundo a Sinopse Estatística da Educação Superior de 2016<sup>85</sup>, havia 107.742 concluintes na graduação em direito e 1.183 cursos de graduação presencial, além de um curso de graduação à distância. Segundo o quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o país conta com 1.173.092<sup>86</sup> profissionais inscritos. Estima-se ainda que haveria cerca de três milhões de bacharéis não aprovados no exame de ordem.

Por sua vez, no campo da advocacia pública, em razão da adstrição ao princípio da legalidade e da vinculação às teses institucionais defendidas pelos órgãos centrais da administração estatal, direta ou indireta, inexistente autonomia do agente para decidir deixar de atuar enquanto a questão jurídica de direito não for resolvida em *definitivo* pelos tribunais superiores - lembrando que somente a Súmula prevista no art. 103-A da CRFB possui efeito vinculante em relação à administração pública. A obrigatória e, muitas vezes, padronizada

---

<sup>83</sup> A título de ilustração, as licitações de escritórios de advocacia de massa por empresas públicas e sociedades de economia mista, embora globalmente envolvam valores milionários despendidos por essas pessoas jurídicas de origem estatal, pagam valores individuais por tipos de ações e atos processuais bastante distintos. No ano 2013, constava de edital do Banco do Brasil, p.ex., que pelo êxito em ações cíveis que não visassem à recuperação de crédito, na hipótese de improcedência total de todos os pedidos, com trânsito em julgado, o pagamento seria de R\$ 600,00 na Justiça Comum e R\$ 400,00 nos Juizados Especiais. Disponível em <<http://www.bb.com.br/docs.pub.siteEsp.dilog.dwn.edCred13.16655.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

<sup>84</sup> A informação teria sido levada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), embora a notícia não conste mais do sítio eletrônico <<http://www.oab.org.br>>. Conforme notícia disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-set-06/segunda-leitura-excesso-faculdades-direito-implodem-mercado-trabalho>>; <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

<sup>85</sup> BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Sinopse Estatística da Educação Superior 2016*. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

<sup>86</sup> Disponível em <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal.quadroadvogados>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

prestação de serviço atrai críticas de outros setores devido à suposta prática de atos processuais desnecessários e recursos protelatórios.

A Administração Pública tem, entretanto, criado mecanismos para evitar a litigância repetitiva desnecessária por meio da expedição de súmulas administrativas, portarias<sup>87</sup> e orientações gerais dispensando o ajuizamento de ações, o reconhecimento de procedência do pedido, a abstenção de recurso e a desistência dos interpostos. No âmbito federal, p.ex., permite-se a realização de acordos, visando, em especial, a acompanhar a jurisprudência vinculante proferida pelos tribunais superiores, nos termos da Lei Complementar n.º. 73/1993, arts.4º, VI e XII, e 43, regulamentada pela Lei n.º. 9.469/97, entre outros dispositivos legais e infralegais.

No Estado de São Paulo, a Lei Complementar n.º. 1270/2015 dispõe sobre a possibilidade de aprovação de súmulas administrativas, aprovadas pelo Procurador-Geral e homologadas pelo Governador, com o objetivo de estender à administração pública a eficácia de decisões judiciais reiteradas e deixar expresso que nenhuma decisão administrativa poderá ser exarada em divergência com o conteúdo das súmulas (art. 3º, XII e §§ 4º a 6º).

No entanto, esse esforço ainda parece insuficiente. Maria Cecília de Araujo Asperti informa que as consequências da advocacia de massa, privada ou pública, são “mais processos e menores custos de contingenciamento com demandas judiciais para as grandes empresas e para o Estado, considerados os maiores litigantes do Judiciário” (ASPERTI, 2017). Com efeito, entre os maiores litigantes nacionais estão o poder público e os bancos<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Em âmbito federal, citam-se as Portarias n.º. 487/2016 e n.º. 488/2016, expedidas pelo Advogado-Geral da União, autorizando diversas hipóteses de abstenção de atuação por parte dos Advogados da União e Procuradores Federais.

<sup>88</sup> No *ranking* dos 100 maiores litigantes nacionais estavam, entre os dez primeiros, os seguintes: 1º INSS; 2º Caixa Econômica Federal; 3º Fazenda Nacional; 4º União; 5º Banco do Brasil; 6º Estado do Rio Grande do Sul; 7º Banco Bradesco S.A.; 8º Banco Itaú S.A.; 9º Brasil Telecom Celular S.A e 10º Banco Finasa S.A. *In*: BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011, p. 5. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2018.

## 2 O ACESSO À JUSTIÇA EM SUAS MÚLTIPLAS SIGNIFICAÇÕES

O termo “acesso à justiça” possui múltiplos significados e sua análise é tema de estudos variados, sob as mais diversas abordagens científicas: jurídica, política, econômica, sociológica, psicológica, entre outras, em virtude da complexidade dos elementos que o compõe. Das faculdades de direito ao Banco Mundial, existem enfoques distintos a respeito do tema <sup>89</sup>.

Nas décadas de 60 e 70 do século passado, iniciou-se um movimento mundial em prol do acesso efetivo à justiça como pressuposto de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretendesse, mais do que declarar direitos, garantir-lhes a efetividade.

Estudos empíricos realizados pelo **projeto Florença**, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth e financiado pela *Ford Foundation*, que reuniu pesquisadores de diversos países e ramos das ciências sociais, tiveram o mérito de identificar os obstáculos a serem transpostos e estabelecer um roteiro de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.

Embora o Brasil não tenha participado dos estudos – ao contrário de Chile, Colômbia, México e Uruguai, representantes da América Latina<sup>90</sup> –, foi amplamente divulgada a versão resumida do projeto (introdução geral aos volumes da série Acesso à Justiça do “Projeto Florença”) na obra *Acesso à Justiça*, tradução de 1988 do relatório intitulado *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*<sup>91</sup>, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>92</sup>.

No tocante aos obstáculos<sup>93</sup>, identificaram-se três grandes grupos que se inter-relacionariam: a) associados aos tribunais: elevadas custas judiciais à população, em prejuízo,

---

<sup>89</sup> PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Acesso à justiça: projeto Florença e Banco Mundial. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Programa de Pós-Graduação stricto sensu, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009, p. 17. Disponível em: <[http://up.mackenzie.br/fileadmin/user\\_upload\\_imported/fileadmin/PUBLIC/UP\\_MACKENZIE/servicos\\_educacionais/stricto\\_sensu/Direito\\_Politico\\_Economico/Julia\\_Pinto\\_Ferreira\\_Porto.pdf](http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload_imported/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Julia_Pinto_Ferreira_Porto.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2018.

<sup>90</sup> Ibid., p. 29.

<sup>91</sup> Tradução livre: “Acesso à justiça: o movimento mundial para a efetividade dos direitos”.

<sup>92</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 7.

<sup>93</sup> Ibid., p. 15-29.

sobretudo, das pequenas causas e morosidade da solução judicial; b) relacionados às partes: possuir ou não recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou dela se defender e a existência das categorias de litigantes diferenciados, chamados de eventuais e habituais e c) problemas relacionados aos interesses difusos e sua defesa pelo indivíduo.

Quanto às soluções práticas, propunham o que ficou conhecido como “ondas”<sup>94</sup> do movimento de acesso à justiça. A primeira onda era a garantia de assistência judiciária para os pobres, incluindo advogados pagos pelos cofres públicos, tendo em vista à conclusão de que nas sociedades modernas, em virtude da complexidade da legislação sempre crescente, o auxílio profissional era indispensável para a postulação de uma pretensão em juízo.

A segunda onda era a representação dos interesses difusos, com destaque para o desenvolvimento de mecanismos processuais compatíveis com direitos que ultrapassam a esfera individual, uma vez que os institutos do tradicional processo civil se mostravam insuficientes para tal mister, sejam pelas técnicas de processo, seja pelo papel desempenhado pelo juiz, que necessitava de uma transformação.

Por fim, diziam, haveria a terceira onda, que reafirmaria as anteriores, mas, reconhecendo suas limitações, partiria para um novo enfoque do acesso à justiça:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidade para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Nesse “enfoque do acesso à justiça” seria necessário – além de muito estudo crítico –, a reforma<sup>95</sup> de todo aparelho judicial, incluindo, a título de ideias: o uso dos métodos alternativos de resolução de litígios (arbitragem, conciliação, mediação, incentivos econômicos) dentro e fora dos tribunais; uma maior especialização das instituições (varas

---

<sup>94</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988, p. 31-73.

<sup>95</sup> Ibid., p. 75-159.

especializadas e de pequenas causas) e dos procedimentos judiciais (processos judiciais adaptados às características do conflito); mudança nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos (“parajurídicos” – assistente jurídico); desenvolvimento de planos de assistência jurídica (convênios, seguros) e a simplificação do direito.

No que toca à litigância repetitiva, seja ela individual ou coletiva, o estudo foi fundamental por destacar que havia diferenças entre o acesso à justiça entre os pequenos litigantes e as grandes corporações, para além da óbvia desigualdade a ter recursos financeiros em volume substancialmente diverso:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 28).

Além disso, ficou comprovado no projeto que os institutos clássicos do processo civil não davam conta da litigiosidade coletiva, sendo necessário pensar, tendo em vista o efetivo acesso à justiça nessa seara, em novas soluções sobre a legitimação ativa, a representação adequada do grupo, a citação, o direito à informação, o direito a ser ouvido, os efeitos da coisa julgada em relação aos membros ausentes da causa e uma postura mais ativa do julgador.

A identificação dos chamados litigantes eventuais e litigantes habituais, expressões difundidas no Brasil, e a percepção do que isto significa em termos de acesso real à justiça se deve a Marc Galanter<sup>96</sup>, no contexto norte-americano no início da década de 70 do século passado, era de esperança devido ao triunfo dos movimentos de direitos civis, à difusão da advocacia de interesse público e de inúmeras iniciativas para o acesso à justiça<sup>97</sup>.

O estudo de Galanter partiu da análise sobre os diferentes tipos de partes e os efeitos que estas diferenças podem ter no funcionamento do sistema judicial. Embasado na constatação de que boa parte dos litigantes era composta por organizações – muitas vezes o

---

<sup>96</sup> GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead*, The classic essay and new observations. New Orleans, Louisiana: Quid pro books, 2014 (originalmente publicado em 1974 por *Law & Society Review*, n.º.1, v.9), e-book Kindle, não paginado.

<sup>97</sup> *Ibid.*, não paginado. Localização: “INTRODUCTION: Haves Ascendant. A different age”.

próprio Estado – que reiteradamente se apresentam em juízo, verificou-se que, em virtude do tamanho, da capacidade econômica e da maior frequência no trato com o aparato judicial, tais litigantes (*repeat players*) terminam por ter um melhor desempenho na defesa de seus interesses, dentro e fora dos tribunais, ao contrário dos indivíduos que, em regra, envolvem-se apenas ocasionalmente em conflitos jurídicos (*one-shotters*)<sup>98</sup>.

Algumas vantagens dos *repeat players* (litigantes habituais) no jogo processual são decorrentes de sua experiência, isto porque – por estarem envolvidos em constantes demandas idênticas –, possuem um conhecimento prévio sobre o tema, o que lhes proporciona estruturar a transação seguinte e construir um registro de informações, logo, desenvolvem *expertise* e contam com o auxílio de especialistas. Em razão do tamanho, contam com economia de escala e, assim, podem administrar melhor os custos e riscos dos processos, além de formular estratégias a longo prazo. Têm oportunidades para desenvolver relações informais de confiança e uma inevitável proximidade com os tribunais, além de terem recursos para gastar a fim de influenciar a elaboração de regras que lhes sejam favoráveis, inclusive quanto à própria litigância futura<sup>99</sup>.

Em razão dessa situação privilegiada, um sistema jurídico que se apresente formalmente neutro em relação aos litigantes habituais (*repeat players*) e aos litigantes eventuais (*one-shotters*) pode perpetuar e aumentar as vantagens dos primeiros. Como propostas para equalizar as posições jurídicas, Marc Galanter propõe quatro tipos de reformas: mudança de regras, melhoria dos aparatos institucionais, dos serviços jurídicos em quantidade e qualidade e da posição estratégica dos litigantes eventuais<sup>100</sup>.

Esta última decorre da percepção de que a organização dos litigantes eventuais em grupos, via ação coletiva, tendia a equilibrar as vantagens e desvantagens entre os polos processuais, na medida em que, veiculando suas pretensões em conjunto, alcançavam as mesmas vantagens das corporações no que se refere ao poder de negociação, alteração de

---

<sup>98</sup> GALANTER, Marc, 2014, não paginado. Localização: “I. A TYPOLOGY OF PARTIES”.

<sup>99</sup> Ibid., não paginado. Localização: “I. A TYPOLOGY OF PARTIES”.

<sup>100</sup> Ibid., não paginado. Localização: “VI. STRATEGIES FOR REFORM.”

regras, busca de reparação de prejuízos diminutos individualmente (mas de elevado valor quando visto no total atingido) e na diluição dos riscos e custos envolvidos<sup>101</sup>.

Surgia a justificativa fundamental para o manejo do processo coletivo nessa espécie de conflito de interesse público: o acesso efetivo à justiça. Frise-se, contudo, que o contexto histórico no qual o Projeto Florença e o ensaio de Marc Galanter foram desenvolvidos favorecia o aprofundamento de práticas jurídicas, incluindo as processuais, que aprimorassem as conquistas do Estado Social.

Orientando-se por tal raciocínio, o objetivo era incluir a maior quantidade possível de pessoas no serviço público judiciário, visando, em primeiro plano, a diminuição das desigualdades no acesso à justiça (visto como um direito social<sup>102</sup>), mas tendo como alvo principal, diminuir as desigualdades sociais por forte intervenção estatal.

Em consequência, a crítica recorrente apontava que os institutos processuais clássicos, forjados no seio do individualismo do Estado Liberal, já não correspondiam às expectativas da sociedade do Estado Social.

Essa percepção é necessária para se compreender a aparente guinada em direção às outras técnicas de tratamento de demandas de massa, sua íntima relação com o desenvolvimento das teorias das decisões vinculantes (precedentes) e com o estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos (MARC), públicos e privados.

Isto porque com a expansão da globalização, o declínio do Estado Social pós “era de ouro”<sup>103</sup> e a proeminência do mercado em relação à política, o modelo de acesso à justiça passará por uma mudança de perspectiva.

Em 1996, o Banco Mundial chamava a atenção para a necessidade de reformas no Poder Judiciário devido ao aumento da importância do mercado na economia dos países da América Latina, com alteração no papel do estado, visto como um facilitador e regulador das

---

<sup>101</sup> GALANTER, Marc, 2014, não paginado. Localização: “VI. STRATEGIES FOR REFORM. D. Reorganization of Parties”.

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988, p. 13.

<sup>103</sup> Referência aos trinta anos que se seguiram à 2ª Guerra Mundial, período de prosperidade econômica e de queda da desigualdade nos Estados Unidos e nos países da Europa ocidental. Cf. SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre ricos no Brasil, 1926-2013*. 2017. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream.10482.22005.1.2016\\_PedroHerculanoGuimar%C3%A3esFerreiradeSouza.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream.10482.22005.1.2016_PedroHerculanoGuimar%C3%A3esFerreiradeSouza.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

atividades de desenvolvimento do setor privado. Constatava, contudo, que as instituições públicas – no caso, judiciárias – apresentavam-se pouco eficientes para responder a tais mudanças.<sup>104</sup> Nesse contexto, a crítica é diversa, no sentido de que os aparatos institucionais formados no modelo anterior (do Estado Social) já não davam conta das complexas transações ocorridas na economia de mercado.

Daí que o acesso à justiça deixa de ser encarado sob a ótica de uma questão social para se apresentar como item necessário à garantia dos contratos, à proteção da propriedade privada e no que se refere à eficiência das instituições jurídicas e políticas como fator essencial para funcionarem como facilitadoras da expansão do mercado.<sup>105</sup> A premissa é que se o Poder Judiciário e os institutos processuais criarem um ambiente institucional previsível passarão a contribuir com o desenvolvimento econômico e, indiretamente, colaborarão com a melhoria das condições sociais da população.

Nesse documento, os obstáculos são apresentados como barreiras psicológicas, informacionais e físicas aos indivíduos que necessitam dos serviços judiciários, relacionados à morosidade nos julgamentos, aos custos diretos e indiretos (honorários advocatícios), ao acesso físico às cortes e a capacidade das pessoas de terem acesso à informação e possibilidade de acompanhamento das fases processuais<sup>106</sup>.

Como soluções para a América Latina, propunha o incremento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC) extrajudicial, como a arbitragem, mediação, conciliação e em alguns casos, os juízes de paz (exemplo existente no Peru), inclusive “como alternativa à morosidade e corrupção que caracteriza o sistema judiciário formal, proporcionando, ainda, uma saudável competição ao Judiciário”. (DAKOLIAS, 1996).

Sugeria também que as custas judiciais fossem compatíveis com a renda dos litigantes ou isentas para a população de baixa renda, bem como disponibilizados programas de assistência jurídica e defensoria pública, além da criação de juizados de pequenas causas.

---

<sup>104</sup> DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. World Bank Technical Paper number 319, The World Bank, Washington. D.C, 1996, prefácio, não paginado.

<sup>105</sup> “A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado”. (Ibid., não paginado. Sumário Executivo).

<sup>106</sup> Ibid., não paginado. Localização: último parágrafo do documento.

Tanto quanto o projeto Florença, o documento 319S do Banco Mundial aponta nos mecanismos coletivos uma forma de reforço ao acesso à justiça.

Em 1997, outro relatório do Banco Mundial destacava que a incerteza e imprevisibilidade do sistema judiciário na aplicação das regras aos casos concretos representava um sério problema para investimentos nos países em desenvolvimento <sup>107</sup>.

Em 2002, no relatório intitulado *Instituições para os mercados*, o Banco Mundial reafirmava a necessidade de ampliar os meios alternativos de solução de conflitos, destacando a importância do precedente judicial como fonte de direito nos países do *common law* e sua relação com a independência judicial - “*muchos jurisconsultos consideran que la existencia de la jurisprudencia como fuente legitima de derecho es la medida más clara de la independencia judicial*”<sup>108</sup>. A independência judicial, por sua vez, é vista como essencial para a garantia dos contratos e dos direitos de propriedade, constituindo-se em elemento básico para o desenvolvimento dos mercados e diminuição da pobreza.

O acesso à justiça neste último documento é indiretamente tratado na medida em que, entre as soluções propostas para o incremento da eficiência dos tribunais, visando a melhoria do ambiente negocial, estão a diminuição dos procedimentos escritos, a criação de juizados de pequenas causas e a simplificação dos sistemas processuais que, observados conjuntamente, são, na sequência, apontados como fatores que propiciam um aumento do acesso à justiça <sup>109</sup>.

Todas essas críticas e sugestões foram as principais inspirações para promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº. 45/2004 e da assinatura do I Pacto Republicano (“Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”), que introduziram uma série de medidas cunhadas genericamente de Reforma do Poder Judiciário.

---

<sup>107</sup> “Os mercados não se podem desenvolver se não houver efetivos direitos de propriedade. E os direitos de propriedade só são efetivos quando são preenchidas três condições. A primeira é a proteção contra o roubo, a violência e outros atos predatórios. A segunda é a proteção contra atos arbitrários do governo – de regulamentos e impostos imprevisíveis à corrupção deslavada [...]. A terceira condição é um judiciário razoavelmente justo e previsível.” (BANCO MUNDIAL. *O Estado num mundo em transformação*. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial, 1997. Washington, D.C. Banco Mundial, 1997, p. 35-37; p. 43).

<sup>108</sup> BANCO MUNDIAL. *Instituciones para los mercados*. Informe sobre el desarrollo mundial de 2002. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2002, p. 129-130.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 117-132.

Assim, percebe-se que a compreensão do que seja o acesso à justiça e como pode ser alcançado é muito variada e de difícil definição. A visão do projeto Florença<sup>110</sup> é a que tem prevalecido no âmbito dos estudos do processo civil brasileiro, em seu aspecto formal, material e pela paulatina implantação das soluções apontadas nas *ondas* renovatórias do acesso à justiça. Mas, evidentemente, o país está inserido no contexto mundial, daí porque alguns<sup>111 112</sup> apontam as análises dos documentos produzidos por organismos internacionais como sendo uma das influências sobre as escolhas do legislador nas reformas do judiciário e do processo civil<sup>113</sup>.

## 2.1. Acesso à justiça material

O acesso à justiça material se refere à efetivação de resultados que se mostrem individual e socialmente justos<sup>114</sup> ou que gerem acesso à ordem jurídica justa, o que ultrapassa o âmbito judicial<sup>115</sup>. O enfoque material do acesso à justiça é significativamente influenciado pela ideologia política e econômica vigente.

---

<sup>110</sup> Embora o projeto aponte algumas sugestões para “soluções práticas”, não define o que seja “acesso à justiça”: “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; 1988, p. 8).

<sup>111</sup> MARTOS, Frederico Thales de Araújo; MARTOS, José Antonio de Farias. A influência do banco mundial na reforma do poder judiciário e no acesso à justiça no Brasil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos.?cod=1e00996d70a49ff8>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

<sup>112</sup> MAIOR, Souto Jorge Luiz. O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos.1095-o-conflito-entre-o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho?highlight=WyJvIGNvbmZsaXRvIGVudHJIII0=>>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

<sup>113</sup> “Com relação às recomendações do Banco Mundial merece destaque as seguintes pautas a) Instituição de órgão destinado a realizar o controle externo do Judiciário com atribuições administrativas e disciplinares; b) adoção de balizamento jurisprudencial compulsório pela Cúpula do Poder Judiciário; além da c) Adoção de Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos”. (MARTOS, Frederico Thales de Araújo; MARTOS, José Antonio de Farias).

<sup>114</sup> CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 8.

<sup>115</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. Conferência de Seoul 2014 Constituição e Processo – acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 250, p. 17-31, dez. 2015, versão digital.

Assim, se no Estado de Bem-Estar social significa dar efetividade<sup>116</sup> aos direitos sociais por meio do processo, no retorno ao Estado Liberal, portanto menos intervencionista, significa criar uma situação institucional justa quanto à aplicação do direito, de modo isonômico e previsível<sup>117</sup>, buscando fomentar o desenvolvimento econômico.

No processo, consubstancia-se constitucionalmente nas garantias do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, além da “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CRFB, art. 5º, incisos XXXVII, LIV, LV, LXXIV).

É relevante destacar que o fornecimento de tutela adequada à espécie de conflito jurídico também é um dos meios de tornar efetivo o acesso à justiça e, nesse ponto, a tutela coletiva dos direitos individuais por meio de uma única ação coletiva atende ao escopo, particularmente nos conflitos de pequenas lesões individuais ocorridas em larga escala, cuja relação proveito econômico/custo do processo inviabilizaria a propositura de feitos atomizados, desestimulando seus titulares a buscarem a resolução do problema.

Da mesma forma, o tratamento isonômico às partes e no decorrer de um tempo que observe a razoável duração do processo é compatível com o aspecto material do acesso à justiça.

Conforme visto, a ação coletiva é um meio excelente de se equalizar as diferenças entre os litigantes no que diz respeito ao poder econômico e poder de pressão por mudanças necessárias, visando evitar ou barrar as condutas ilícitas reiteradamente perpetradas pelo Estado ou por grandes corporações privadas.

Os recursos repetitivos e o IRDR, por outro lado, não obstante a ausência dessa finalidade em garantir uma genuína paridade de armas, atenderiam ao aspecto material<sup>118</sup> do acesso à justiça na medida em que visam garantir a realização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia (art. 976, II).

---

<sup>116</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.385.

<sup>117</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

<sup>118</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

Quanto à celeridade processual, item essencial ao acesso à justiça<sup>119</sup> material, é necessário fazer algumas observações importantes: primeira, o processo justo tem um tempo natural – *demora fisiológica*, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira<sup>120</sup>. Segunda, um processo mais garantístico é menos célere, logo, é impossível aspirar a máxima participação pessoal do indivíduo e a máxima rapidez no desfecho do conflito de massa – essa constatação e a busca de soluções é bastante discutida na atualidade<sup>121</sup>. Terceiro, uma justiça rápida não é sinônimo de uma justiça boa, podendo trazer consigo notas de um autoritarismo enviesado do próprio Poder Judiciário, ao imprimir a sua visão de mundo à custa da supressão do direito de participação em nome da necessidade de uniformização e segurança jurídica<sup>122</sup>.

Em princípio, ambas as técnicas de tutela jurisdicional, coletiva e plurindividual, possuem a aptidão para combater a iniquidade e a morosidade no processamento dos litígios seriais. *Em princípio* porque tanto as ações coletivas quanto os recursos repetitivos não eram processados com a rapidez necessária para que, no caso das primeiras, tornassem suficientemente atraentes a fim de evitar a pulverização de ações individuais correlatas e, no

---

<sup>119</sup> Sobre o princípio da razoável duração do processo, conforme exposição de motivos do CPC de 2015: BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 24: “[...] afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

<sup>120</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

<sup>121</sup> Discorrendo sobre as reflexões do processo civil entre meios e resultados, o Gustavo Osna pergunta: “[...] a defesa de uma ampliação do processo poderia ser adequada para aqueles que conferem maior peso aos seus meios, dando densidade a aspectos relacionado à participação. Contrariamente, a tentativa de sumariá-lo tenderia a ser uma boa alternativa para quem prima por valores como a celeridade e a eficiência. O passo decisivo nos parece partir sempre de uma mesma pergunta: o que se quer do processo?”. (OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 41). José Roberto dos Santos Bedaque pondera: “Sem dúvida, tem o processualista de se preocupar com a relação entre dois valores fundamentais ao processo: simplificação e segurança. Nessa medida, ao propor soluções visando eliminar complexidades, deve atentar para a garantia do contraditório, sob pena de resolver um problema, mas criar outro. Não se pretende acender, simultaneamente, uma vela a Deus e outra a satanás, mas apenas defender a possibilidade de compatibilização entre tais valores aparentemente contraditórios.”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 15).

<sup>122</sup> Sobre a jurisdição como uma fonte possível de decisões de exceção na contemporaneidade, no seio de sistemas democráticos, escreve Pedro Serrano: “E é necessário observar que esse fenômeno pode ocorrer em dois sentidos: como decisão jurisdicional ocasionadora ou legitimadora da interrupção institucional da normalidade democrática ou como decisão suspensiva de direitos fundamentais do ser humano. [...] Em países como os latino-americanos, providos de Constituições analíticas (extensas), com vários dispositivos que tratam dos mais variados territórios da existência, boa parte das decisões sobre os diversos campos da vida pública, da vida em comunidade e dos comportamentos humanos acabam sendo transferidas do âmbito legislativo para o jurisdicional”. (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016. p.105).

caso dos segundos, propiciasse agilidade<sup>123</sup> nos julgamentos – o que não se verificava em virtude da quantidade de recursos extraordinários e especiais afetados sob o rito dos repetitivos tramitando no STF e STJ.

## 2.2 Acesso à justiça formal

Nessa acepção, o acesso à justiça se confunde com a garantia formal dada pelo Estado às pessoas físicas e jurídicas de apresentar suas pretensões em juízo ou delas se defenderem, logo, identifica-se com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou direito de ação – art. 5º, XXXV da CRFB.

Sobre a perspectiva constitucional, Anselmo Prieto Alvarez anota que o acesso à justiça não se relaciona com a procedência da pretensão trazida por aquele que se intitula lesado, “pois o direito de ação pertence ao litigante que tenha razão, mas, também, pertence ao que não tenha razão, ou seja, qualquer acesso à Justiça deve ser apreciado pelo Poder Judiciário [...]”. (ALVAREZ, 2017, p. 255).

Essa compreensão do acesso à justiça no sentido de garantir a defesa de todo e qualquer interesse seria um dos fundamentos do Estado Social Democrático de Direito e uma consequência natural do Estado reservar para si, em última instância, o poder-dever de exercer a função de solucionar os litígios com o monopólio do uso da coerção, se necessário <sup>124</sup>.

Embora significativo o reconhecimento formal desse direito fundamental, sua prescrição na Constituição necessita de densificação por intermédio de outros direitos fundamentais materiais, numa interconexão nas seguintes dimensões: 1ª) o direito substancial do jurisdicionado determina o próprio fim do direito ao acesso aos tribunais, porém este

---

<sup>123</sup> Sobre o tempo médio dos recursos perante o STF e o estímulo à litigiosidade, escrevem Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego: “Quanto maior a demora para tornar definitiva uma conclusão desfavorável, maior o incentivo para recorrer. Nesse sentido, a idade média dos processos ainda pendentes no STF em 31.12.2016 foi de dois anos e três meses. Trata-se de uma dilação muito expressiva, especialmente considerando que tais casos em geral já tramitaram por dois ou até três graus de jurisdição. Isso retroalimenta a litigiosidade, frustrando os esforços de produtividade do Tribunal. Mas esse não é o único problema decorrente da subutilização da repercussão geral.”. (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4824.3615>>. Acesso em: 06 maio 2018).

<sup>124</sup> ALVAREZ, Anselmo Prieto. Do direito de acesso ao direito, como atributo essencial do acesso à justiça. Reflexões sobre a situação brasileira e europeia. In: *Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 254.

garante a realização daquele; 2ª) o direito substancial termina efetivado por meio dos tribunais, mas é seu próprio conteúdo que fornece as medidas materiais de proteção por esses mesmos tribunais<sup>125</sup>.

Esse é o motivo pelo qual não seria por violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a improcedência liminar do pedido (art. 332), uma das consequências previstas pelo CPC de 2015, originárias das decisões proferidas em sede de resolução de casos repetitivos (RR e IRDR),<sup>126</sup> seria inconstitucional<sup>127 128</sup>. Afinal, se os tribunais já se pronunciaram pela ausência do direito material em questão na forma de decisões rotuladas pelo código de vinculantes (precedentes), a improcedência liminar não estaria ferindo o direito de ação, que é abstrato e teria sido exercido na exata medida do conteúdo do direito substancial.

Considerando o crescente número de feitos em curso no Brasil, discute-se se essa relação com o direito de ação não teria sido superdimensionada, desconsiderando-se as reais possibilidades de resolução de conflitos pelo judiciário contemporâneo diante de relações sociais cada vez mais complexas. Rodolfo de Camargo Mancuso entende que o enunciado do art. 5º, XXXV, antes de se dirigir aos particulares, é especialmente direcionado ao legislador, deixando claro que ele não poderá criar norma legal que pretenda excluir da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito<sup>129</sup>.

Enfatiza que o acesso à justiça sob a ótica do art. 5º, XXXV é diverso do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB e, portanto, não significa a permissão de que a oferta de justiça estatal esteja disponível a todo tipo de contragosto:

---

<sup>125</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 496-497.

<sup>126</sup> E nas hipóteses em que a pretensão contrarie enunciado de súmula do STF ou do STJ, tese fixada em sede de IAC e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

<sup>127</sup> Pela inconstitucionalidade, citamos, p.ex., NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 988-989.

<sup>128</sup> A ADI 3.695-DF, que alegava a inconstitucionalidade do art.285-A do CPC de 1973, parcialmente correspondente ao art.332 do atual código, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2006, foi extinta sem resolução do mérito em 12.05.2017 (11 anos de espera), por decisão monocrática do relator, ministro Alexandre de Moraes, devido à promulgação do CPC de 2015: “A ação está destituída das condições necessárias ao seu prosseguimento. Com a promulgação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que concebeu o novo Código de Processo Civil, os atos normativos impugnados nesta causa foram expressamente revogados (art. 1.046, caput, do CPC de 2015)”.

<sup>129</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 206.

[...] como fora o Judiciário um guichê geral de reclamações. De resto, citada norma não tem foco em situações concretas e presentes (que devem estar subjacentes a qualquer ação judicial, donde o interesse de agir ser real, atual e pessoal), mas apresenta uma conotação principiológica e prospectiva, buscando preservar situações futuras cuja apreciação judicial não deverá, *a priori*, ser afastada pelo ordenamento positivo. (MANCUSO, 2015, p. 207).

No tocante à litigância repetitiva relativa aos direitos individuais homogêneos, tanto o microsistema de processo coletivo quanto o de solução de casos repetitivos favorecem o acesso formal à justiça sob a ótica de viabilizar um meio processual de defesa aglutinada do direito individual, na medida em que conferem às ações coletivas e ao IRDR facilidade para o ingresso em juízo - muito embora seja este um efeito paralelo das técnicas de tutela plurindividual e não seu objetivo principal.

O art. 87 do CDC e o art. 18 da LACP dispensam a parte autora do pagamento adiantado de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. Além de que, na hipótese de improcedência, salvo se comprovada má-fé, não será devida condenação ao pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais. Para a instauração do IRDR também não será exigido o pagamento de custas processuais, conforme previsto o art. 976, § 5º do CPC de 2015, além disso, por ter natureza jurídica de incidente processual, não haverá condenação em honorários advocatícios <sup>130</sup>.

### **2.3 Acesso à justiça possível e a resolução de conflitos no Estado contemporâneo**

Sendo a litigiosidade de massa uma característica das sociedades de consumo, seu aumento nas Cortes está intrinsecamente relacionado ao Estado contemporâneo. Logo, não se

---

<sup>130</sup> Conforme entendimento proferido pelo STJ no julgamento dos Embargos de divergência no REsp nº. 1.366.014-SP, relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 29.03.2017. EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE PROCESSUAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 20, § 1o. DO CPC.1973. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. A divergência traçada nestes autos trata apenas da condenação em honorários de sucumbência em sede de incidente processual. 2. A jurisprudência desta Corte entende que a melhor exegese do § 1o. do art. 20 do CPC.1973 não permite, por ausência de previsão nele contida, a incidência de honorários advocatícios em incidente processual ou recurso. 3. Embargos de Divergência providos para reformar o acórdão embargado, e negar provimento ao Recurso Especial de POMPÉIA S.A. EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO.

trata de um problema exclusivo do Brasil<sup>131</sup>, não obstante as diferenças significativas entre nossa realidade e a dos países desenvolvidos, na qual costumemente nos inspiramos para as alterações em matéria processual.

Exemplo singelo dessa diferença: enquanto a Suprema Corte da Suíça<sup>132</sup> nos anos de 1996 e 1997 não estava satisfeita por ter decidido 28 e 19 casos respectivamente, o Supremo Tribunal Federal recebeu 58.172<sup>133</sup> processos distribuídos nesse período.

Prosseguindo, a questão do acesso à justiça possível relaciona-se à constatação de que os conflitos repetitivos provavelmente continuarão a ser a regra em nosso convívio social, independentemente de serem ou não judicializados. Isto porque ao tempo em que novos direitos se proliferam, novas situações de crise naturalmente ocorrerão, levando à necessidade de se pensar em novas formas de resolução de conflitos fora do âmbito do Estado, ainda que em alguma medida por ele regulado, tendo em conta a finitude dos recursos públicos que poderão ser comprometidos pela função jurisdicional.

Segundo Norberto Bobbio, a multiplicação dos direitos ocorreu porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela jurídica, porque aumentou a quantidade de pessoas que passaram a ser titulares de direitos e porque o próprio ser humano não é mais considerado como ente genérico, mas visto na especificidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade (criança, velho, doente, minorias etc.): “Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo”. (BOBBIO, 2004, p. 63).

Nos anos de 2000, Marc Galanter<sup>134</sup> discorrendo sobre o acesso à justiça e resolução de disputas, pontua que à medida que o conhecimento humano se amplia e novas tecnologias

---

<sup>131</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2004. p. 3-4; SANTOS, Boaventura de Sousa, 1985 e CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 144-145.

<sup>132</sup> WALTER, Gerhard. Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, p.370: “(...) although here the parties can agree to bring the case directly in the Federal Supreme Court if (1) they so agree in writing after the dispute arose and (2) if the amount in controversy is at least 20,000 Swiss Francs. In this fashion, twenty-eight cases were decided in 1996 and nineteen in 1997. Understandably the Swiss Supreme Court justices are not very happy about having to act as trial judges. Thus, this so-called “direct-process” is going to be abolished soon.” Tradução livre: “[...] embora as partes possam acordar em levar o caso diretamente à Suprema Corte Federal se (1) concordarem por escrito após o surgimento da disputa e (2) se o valor controvertido for pelo menos de 20.000 francos suíços. Desse modo, vinte e oito casos foram decididos em 1996 e 19 em 1997. Compreensivelmente, os juízes da Suprema Corte suíça não estão muito felizes em atuar como juízes de primeiro grau. Portanto, esse chamado ‘processo-direto’ será abolido em breve.” Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil.vol11.iss2.10>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>133</sup> Conforme informação estatística fornecida pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal.cms.verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

e tendências culturais surgem e se transformam, surgirão também novos problemas, decorrentes das novas expectativas sociais e passíveis de serem judicializados:

A busca pela justiça é movida pela produção de injustiça. O desconforto e os riscos da vida cotidiana diminuíram dramaticamente para a maioria das pessoas ao longo do século passado e há uma sensação disseminada de que a ciência e a tecnologia podem produzir soluções para, ao menos, muitos dos problemas remanescentes. [...] Como o escopo das intervenções sociais se amplia, mais e mais coisas terríveis se tornam possíveis de intervenção. Então, fome, ou desigualdade social, ou má aparência, não são mais destinos inalteráveis, mas uma ocasião para uma intervenção apropriada. O que era visto como destino pode agora ser visto como o produto de uma política inapropriada. Avanços na capacidade humana e expectativas crescentes resultam na fronteira movediça da injustiça. (GALANTER, 2003).

Sob essa ótica, é esperado que as queixas de injustiça se multipliquem futuramente, apresentando-se como provável desafio a escolha daquelas que serão reconhecidas como “candidatas dignas de dispêndio de recursos de acesso à justiça” – estatal, por assim dizer.

Tal constatação altera a compreensão que se tem do preceito da inafastabilidade da jurisdição e sobre quais lesões ou ameaça a direitos serão passíveis de serem levadas à apreciação do Poder Judiciário. Entre nós, o art. 5º, XXXV, da CRFB sempre foi entendido como uma barreira intransponível ao legislador, de modo que ele não poderia restringir (salvo exceções postas pela própria Constituição) matérias do alcance da apreciação jurisdicional.

Rodolfo de Camargo Mancuso, contudo, adverte que, diante do reconhecimento de que os recursos públicos são escassos e da comprovação da inefetividade da prestação jurisdicional tradicional, é imperativo que se atualize e contextualize o significado contemporâneo de *jurisdição* e *acesso à justiça*, descolando, p.ex., a expressão *jurisdição* da expressão *Estado*, na busca de ambiente em que se verifique a *jurisdição compartilhada*. Esta, por sua vez, representaria o conjunto de soluções de conflitos: estatal e não estatal, hetero ou autocompositiva<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan.jun. 2015. A versão original do artigo foi apresentada em um simpósio no ano de 2003. Disponível em <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi.viewcontent.cgi?article=2324&context=ulj>>. Acesso em 10 set. 2018.

<sup>135</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2015, p. 351-353.

Ele defende que o acesso à justiça não deve continuar a ser entendido como oferta generalizada à resolução estatal dos conflitos, porque gera expectativas exageradas quanto à efetividade das medidas judiciais nos jurisdicionados. Assim, compreende que a instância judicial deveria ser subsidiária, utilizada apenas para crises jurídicas de alta complexidade:

Até como condição para sua credibilidade, a instância judicial não pode ser banalizada, atuando como fora um guichê de reclamações genéricas, aberto (ou escancarado) a todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito (inclusive a chamada judicialização do cotidiano), mas é de ser visto sob um registro residual ou subsidiário, reservado para crises jurídicas efetivamente complexas e singulares, que reclamam cognição de profundidade, e que por isso não se afeiçoam à resolução, por outros modos, e bem assim para aquelas controvérsias cujas singularidades de pessoa ou de matéria impõem necessária *passagem judiciária*. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2015, p. 355).

Para a viabilização da proposta, difícil é decidir quais seriam as situações de crise jurídica de alta complexidade que merecem a *jurisdição estatal* no contexto atual brasileiro, de intensa politização da atividade judiciária e uma crescente judicialização das políticas públicas e das relações sociais como um todo. Ou seja, no cenário interno, tudo parece precisar da chancela da tutela jurisdicional para valer efetivamente e a pergunta seria por que não a litigiosidade repetitiva?

De todo modo, atento à incapacidade de o Poder Judiciário dar conta da demanda por justiça, na acepção de resolução célere e efetiva dos conflitos, o legislador do CPC de 2015 repete a regra constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 3º), mas incentiva o uso de outros meios alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem (art. 3º, § 1º e Lei nº. 9.307/1996) e métodos consensuais de composição dos conflitos, como a conciliação e a mediação (art. 3º, § 3º e Lei de Mediação, nº. 13.140/2015).

A junção da solução adjudicada com o uso de meios alternativos pelo CPC de 2015, visando a garantir o acesso à justiça factível, demonstra a opção legislativa pelo modelo multiportas, originário da instituição americana *Multi-door Courthouse* (Tribunal multiportas). Idealizado por Frank Sander no final dos anos de 1970, a partir de pesquisa envolvendo conflitos familiares e trabalhistas, na qual se observou a insuficiência do modelo tradicional de prestação jurisdicional, devido às peculiaridades das delicadas relações pessoais envolvidas, o que conduz à conclusão que tipos distintos de conflitos demandariam o

oferecimento de distintas formas de resolução: conciliação, mediação, arbitragem, negociação processual, “*med-arb*” (combinação de mediação e arbitragem), entre outras <sup>136</sup>.

Tal modelo requer uma mudança cultural, um novo comportamento em juízo de todos os envolvidos, pois a busca da melhor forma de resolução da controvérsia exige uma postura mais aberta à colaboração e cooperação entre as partes e o Estado-juiz. Não obstante os interesses contrapostos das partes no processo, exatamente porque discordaram quanto ao direito material, estas devem estar preparadas para a possibilidade de uma solução consensual ser mais benéfica e vantajosa <sup>137</sup>.

Nesse sentido, o CPC de 2015 proporciona um ambiente favorável ao modelo integrado de solução de conflitos ao prever, p.ex., um capítulo de normas fundamentais, de cunho principiológico, direcionadas a um sistema cooperativo de processo (art. 6º); à garantia de influência das partes (art. 9º) e de não surpresa na decisão judicial (art. 10); pelo direito de participação na construção dos provimentos de mérito (art. 4º); pela prescrição do comportamento esperado de todos os sujeitos processuais (art. 5º); pela previsão de que o juiz deverá aplicar o ordenamento jurídico atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, observada a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º).

No contexto do acesso à justiça possível, a grande dúvida sobre o modelo do Código é se este seria, verdadeiramente, uma alternativa à instância judicial, na medida em que tanto a conciliação quanto a mediação, nos termos do CPC de 2015, são feitas, basicamente, dentro da estrutura judicial<sup>138</sup>, necessitando de recursos e investimentos públicos do próprio Estado,

---

<sup>136</sup> ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, versão digital. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle.10438.10361.Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438.10361.Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

<sup>137</sup> THEODORO JR., Humberto *et al*, 2015, p. 242.

<sup>138</sup> Não se desconhece que o número de câmaras privadas de conciliação, mediação e arbitragem está aumentando no país (só no TJ/SP, constam em sua página eletrônica setenta e uma câmaras privadas habilitadas) e que o serviço está se popularizando, todavia, sua movimentação ainda é pequena, em relação ao volume de ações judiciais e mais voltados a feitos que envolvam valores elevados. É o caso da arbitragem, p.ex.. Nesse sentido: “Para Carlos Forbes, presidente da CAM-CCBC, uma das consequências da popularização da arbitragem é a queda nos valores em disputa — embora o sistema privado ainda seja considerado caro e compensatório apenas para disputas superiores a R\$ 1 milhão. Em 2017, o valor médio das ações foi de R\$ 84,5 milhões — 47% mais barato que em 2016 e o mais baixo dos últimos quatro anos.”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-12-numero-processos-camaras-arbitragem-dobra-anos>>. Acesso em: 08 maio 2018.

p.ex. para a criação dos centros judiciários de solução de conflitos (art. 165, CPC de 2015) e treinamento de conciliadores e mediadores.

A escolha do modelo *Tribunal Multiportas* tem como grande mérito potencializar o acesso à justiça material, por propiciar uma melhor qualidade da solução judicial e maior aceitabilidade do resultado pelas partes, na medida em que busca técnicas mais adequadas às espécies de conflitos, mas não deve ter a pretensão<sup>139</sup> de reduzir a quantidade de ações judiciais ou de gerar celeridade processual, diminuição de custos ou de minimizar a crise numérica do Poder Judiciário<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. Estratégias do CPC.2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativas e limites. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, ano 43, p. 265-291, fev. 2018, p. 286.

<sup>140</sup> O que se quer dizer é que a celeridade, ainda que almejada, não é o fim principal do modelo. No *Multi-door Courthouse* privilegia-se um cuidado mais acentuado na fase inicial do processo ou, com maior interesse, na fase pré-processual, demonstrando que negociações preliminares conduzidas por juiz ou profissional distinto da figura do julgador da lide são benéficas para quaisquer tipos de litígios e que o tempo demandado com esta análise mais acurada é economizado ao final do procedimento, garantindo uma maior aceitabilidade do resultado pelas partes, já que sua participação ativa e cooperativa na construção da solução do problema é de fundamental importância. Na ideia original norte-americana, ao ingressar em juízo, as partes passariam por um criterioso processo de triagem para a identificação do conflito e o grau de relacionamento anterior entre elas, além de informação de qualidade sobre os métodos mais adequados ao problema. Daí falar-se que os meios alternativos de resolução (mediação, conciliação, arbitragem e os processos híbridos) apresentam-se como “portas” para um mais efetivo e adequado acesso à justiça. Nesse sentido, cita-se THEODORO JR., Humberto et al., 2015, p. 248; 251.

### 3 O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

#### 3.1 Breve histórico da evolução legislativa

A primeira estratégia da legislação brasileira no tratamento das demandas de massa se deu com as ações coletivas, que podem ser divididas em dois grandes grupos, em razão do interesse ou direito tutelado ser essencialmente ou acidentalmente<sup>141</sup> coletivo. Embora não seja a única classificação<sup>142</sup> encontrada na doutrina nacional (o próprio CDC faz uma classificação legal tripartite), é mais difundida atualmente no meio jurídico.

Assim, no primeiro grupo estariam os direitos transindividuais, ligados à ideia de solidariedade/comunidade e que por não pertencerem a ninguém individualmente, mas a todos (meio ambiente) ou a um contingente específico de pessoas (segurança dos trabalhadores em determinada fábrica) são materialmente coletivos, sendo impossível o tratamento fragmentado

---

<sup>141</sup> “[...] a técnica da ação coletiva, no sentido de uma ação que dispense, embora não exclua totalmente, a presença no processo de todos os co-interessados, de todos os co-titulares, essa técnica pode ser usada no campo daquilo a que eu chamei os ‘litígios essencialmente coletivos’, como também pode ser usada no campo dos ‘litígios acidentalmente coletivos’”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, p. 187-200, jan. . mar. 1991, versão digital).

<sup>142</sup> Márcio Flávio Mafra Leal adota uma classificação distinta: a) *Ação para tutela de interesses públicos e difusos*, na qual “é indiferente perquirir a existência de sujeitos atingidos concretamente pela ação ou omissão do réu. Concentra-se muito mais aqui na atuação objetiva da ordem jurídica violada [...]. Essa dessubjetivização é um mecanismo antecipatório de agrupar interesses muito numerosos e, por isso, os titulares são considerados indeterminados.” Para o autor, os entes legitimados a propor este tipo de ação coletiva teriam uma legitimação ordinária, advinda do direito material, logo, nem representariam, nem substituiriam processualmente ninguém. Engloba nesse grupo a ação popular, a ação coletiva para interesses difusos, a ação de improbidade administrativa, a ação direta de inconstitucionalidade, a declaratória de inconstitucionalidade, entre outras; b) *Ação coletiva para tutela de interesses individuais*, “trata-se de interesses de pessoas concretas ou determináveis, indivíduos que, em tese, poderiam ou podem levar seu conflito ao tribunal autonomamente.” Incluem as ações para a tutela de direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito e a legitimação é extraordinária já que agem como substitutos processuais (ele fala em representantes, mas na acepção de substitutos processuais). (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014, p. 32-33). Por outro lado, Edilson Vitorelli reputa como insatisfatória a classificação do CDC e propõe uma nova classificação a partir do perfil do litígio em a) processo dos litígios coletivos globais simples e complexos – não atingem especificamente, ou de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas, p. 445; b) processo nos litígios coletivos locais, “ainda que o interesse em questão possa, indiretamente, concernir a toda a sociedade, há um grupo mais restrito, que tem relações de identidade entre seus membros, impactado pela lesão de modo tão mais grave que os demais indivíduos, que o vínculo destes com o direito litigioso se torna, por comparação, irrelevante”, p.494 e c) processo nos litígios coletivos irradiados – seriam os litígios coletivos que representariam o maior desafio ao desenvolvimento de um modelo processual porque não são apropriados para a resolução pela via do processo: “eles envolvem um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados em juízo” (VITORELLI, Edilson, 2016, p. 444-584, p.516).

em qualquer esfera da vida pública – política, social, econômica e jurídica. No CDC, são os direitos difusos<sup>143</sup> e coletivos *strictu sensu*<sup>144</sup>, art. 81, I e II.

No segundo, os interesses<sup>145</sup> tutelados são – no plano da tutela material – direitos subjetivos individuais, mas tratados em conjunto apenas para viabilizar um meio de tutela coletiva, ou seja, é uma técnica processual, uma opção de política legislativa. Daí decorre a clássica distinção entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos: “essa realidade deve ser levada em consideração quando se buscam definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa.” (ZAVASCKI, 2014, p. 47). Neste grupo se enquadram os direitos individuais homogêneos, conceituados no art. 81, III, do CDC.

Em uma breve retrospectiva, muito antes do CDC, a primeira<sup>146</sup> ação voltada à tutela de interesses para além da esfera individual foi a ação popular<sup>147</sup>, prevista desde 1934 em todas as Constituições brasileiras (exceto a de 1937), atualmente garantida no art. 5º, LXXIII da Constituição de 1988 e regulada pela legislação ordinária por meio da Lei nº. 4.717, de 29/06/1965. A peculiaridade dessa ação é a legitimação do indivíduo, na verdade, do cidadão,

---

<sup>143</sup> “Interesse difuso é aquele concernente a todo grupo social, a toda a coletividade, ou a uma parcela significativa desta” (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.56). “Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua transitoriedade ou transformação em virtude de alteração na situação fática que os ensejou”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 55, p. 165-179, jul./set. 1989, versão digital).

<sup>144</sup> “O direito coletivo há de se atinar a determinada classe, a determinada categoria. Destarte, pode-se identificar seus titulares [...]. No coletivo há relação-base de fundo, que se pode visualizar.” É a ideia de relação jurídica base que o CDC incorporou no conceito legal, art.81, II. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos Difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 11).

<sup>145</sup> Embora a doutrina brasileira, na década de 1980, distinguísse “interesse” e “direito”, o CDC adotou os termos como sinônimo, até porque a Constituição de 1988 expressamente acolhe os interesses difusos como categoria tutelada pelo direito. Nesse sentido, Kazuo Watanabe afirma que: “[...] a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.” (In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, 2017, p. 880).

<sup>146</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, p. 7-19, out./dez. 1982, versão digital.

<sup>147</sup> “O direito à ação popular instituído na Constituição é um direito público subjetivo da categoria dos direitos políticos. [...] A fiscalização da gestão dos interesses patrimoniais das pessoas jurídicas públicas exprime uma interferência no exercício do poder público, o que constitui uma das características dos direitos políticos”. (FAGUNDES, M. Seabra. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 17, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php.rda.article.view.9569>>. Acesso em: 10 set. 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.12660.rda.v6.1946.9569>).

para a defesa do patrimônio público, definido pela lei como bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico (art. 1º, § 1º da LAP), da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio cultural (art. 5º, LXXIII da CRFB).

No plano normativo do controle de constitucionalidade, havia a representação de inconstitucionalidade<sup>148</sup> do regime constitucional de 1946 (atuais ação direta de inconstitucionalidade – ADI e ação declaratória de constitucionalidade – ADC) de titularidade exclusiva do Procurador-Geral da República, para os efeitos de intervenção federal que se subordinava à prévia declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF, na hipótese do art. 8º<sup>149</sup>, parágrafo único da Carta de 1946.

Na sequência, foi promulgada a Lei de Ação Civil Pública (LACP), Lei nº. 7.347/1985, destinada à reparação ou prevenção de danos causados (na redação atual), ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico, à ordem urbanística e a qualquer interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social (art. 1º com a redação atual).

Sua motivação não foi uma aspiração popular, nem fruto de amplo debate legislativo, mas uma reação da academia e de profissionais ligados ao Ministério Público (São Paulo). Relata Márcio Flávio Mafra Leal:

[...] o que aconteceu no Brasil foi uma ‘revolução’ de professores e profissionais do Direito que, estudando autores estrangeiros, principalmente italianos, passaram a reivindicar um tratamento processual no Brasil de conflitos meta-individuais, embora socialmente não houvesse manifestações e pressões visíveis para tal, por falta de consciência político-jurídica de grupos, pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira e pela repressão política vivida no País durante pelo menos duas décadas. (LEAL, 1998, p. 184).

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1181-1182.

<sup>149</sup> Constituição do Estados Unidos do Brasil, de 18.09.1946: “Art. 8º A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único. No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.”

A novidade foi a ampliação da legitimidade ativa extraordinária, para permitir que não só o Ministério Público funcionasse como ente intermediário, mas também a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e associações civis constituídas há pelo menos um ano. A Defensoria Pública passou a ser legitimada ativa (desde que em defesa dos interesses compatíveis com sua finalidade institucional-constitucional) somente com a edição da Lei nº. 11.448/2007, outra demonstração de que não havia um envolvimento genuinamente popular com o tema da defesa coletiva de direitos.

Ainda na década de 1980, foram promulgadas outras duas leis que tratavam da tutela coletiva: a Lei nº. 7.853/1989, sobre os direitos difusos e coletivos das pessoas com deficiência e a Lei nº. 7.913/1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários. Nesta última havia expressa previsão de que a lesão sofrida pelo investidor tanto poderia ser reparada por meio de ação de indenização do prejudicado (individual) quanto a título de ação coletiva de titularidade do Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 1º), além da previsão de prazo decadencial de dois anos, contado da data da publicação do edital, do direito à habilitação do investidor para o levantamento da importância decorrente da condenação (art. 2º, § 2º).

Com o fim do regime de exceção (1964-1984) e o advento da Constituição de 1988, uma gama de direitos individuais e coletivos são garantidos, entre eles a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX e art. 170, V), a defesa da probidade administrativa (art. 37, § 4º), a preservação do patrimônio cultural (art. 216), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e a fixação da função institucional do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Surge o ambiente propício à edição do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº. 8.078/1990, como exigência do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Além de fixar preceitos de direito material concernentes às relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, o CDC inova e amplia o tratamento processual da tutela coletiva, definindo os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e

toda a disciplina relativa aos institutos do processo coletivo: os legitimados ativos (art. 82); a vedação da denúncia à lide e um novo<sup>150</sup> tipo de chamamento ao processo (art. 88 e 101, II); a atipicidade da defesa do consumidor (art. 83); os provimentos de tutela provisória e de mérito (tutela específica em preferência à tutela ressarcitória - art. 84); a extensão da coisa julgada coletiva somente para beneficiar as pretensões individuais (art. 103), o tratamento da litispendência (art. 104), entre outros aspectos.

Embora outras leis supervenientes também tratem da tutela coletiva: Lei nº. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); Lei nº. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa; Lei nº. 8.625/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público; Lei nº. 8.884/1994 – Lei Antitruste; Lei nº. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso e a Lei nº. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, processualmente, pouco foi alterado desde o surgimento do CDC.

Exceções de destaque foram a edição da Lei nº. 9.494/1997 e da MP nº 2180-35/2001. A primeira, entre outras alterações legislativas em favor das pessoas jurídicas de direito público, alterou o art. 16 da LACP, numa polêmica restrição territorial dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*. A segunda proibiu o ajuizamento de ACP que veiculasse pretensões sobre tributos, contribuições previdenciárias, FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados (incluindo o parágrafo único no art. 1º da LACP) e dificultou o exercício do direito de ação coletiva pelas associações (art. 2º-A e parágrafo único da Lei nº 9.494/1997).

Cumprir informar a edição da nova lei do mandado de segurança, Lei nº. 12.016/2009, cujo art. 21 dispõe sobre o cabimento da impetração do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos – silenciando sobre os direitos difusos, não obstante haver quem defenda seu cabimento: seja por ausência de restrição no texto constitucional, seja pela aplicação do art. 83 do CDC (atipicidade das ações coletivas)<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> “O fornecedor demandado poderá convocar ao processo o seu segurador, mas não para o exercício da ação incidente de garantia, que constitui a denúncia da lide (cf. comentário ao art.88, supra), e sim para ampliar a legitimação passiva em favor do consumidor, o que se dá por meio do instituto do chamamento ao processo, disciplinado no Código de Processo Civil nos arts. 130 a 132. [...]. Com a norma do art.101 do Código, o elenco do art.130 do NCPC (correspondente ao art.77 do CPC.1973) fica ampliado para nele ficar abrangido o segurador de fornecedor de produtos e serviços, que passa a assumir a condição de codevedor perante o consumidor.”. (WATANABE, Kazuo. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, 2017, p. 981-982).

<sup>151</sup> ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Série Processo coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 69. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 151.

Embora o veto sobre o art. 89 do CDC, que dispunha sobre a extensão da disciplina processual do código a outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mantiveram-se intactos os artigos 110 e 117, contidos no Título VI – “Disposições Finais”. Com isso, foi acrescido o inciso IV ao art. 1º da Lei nº. 7.347/1985 para deixar expresso que as disposições da LACP se aplicam também a “IV – qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, enquanto o art. 117 acresceu o art. 21 à LAP para consignar que se aplicam “à defesa dos direitos e interesses difusos coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. O art. 90 também se refere à aplicação do CPC e da LACP às ações previstas no CDC, naquilo que não contrariar suas disposições.

O resultado – acrescido do disposto no art. 83, no qual se afirma que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” – é o surgimento do chamado *microssistema*<sup>152</sup> *processual para as ações coletivas*, de aplicação integrativa e não subsidiária<sup>153</sup>.

Segundo a nossa doutrina<sup>154</sup>, o Brasil tem um dos arcabouços jurídicos mais sofisticados em matéria de processo coletivo entre os países do *civil law*, sendo o

---

**Em sentido contrário**, cita-se o Mandado de segurança (MS) nº. 34.196-DF, decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso, 11.05.2016: “6. É, no mínimo, discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político para a tutela de direitos difusos. Isso porque o art. 21 da Lei nº 12.016.2009, em concretização razoável do art. 5º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos [...]. 8. A Lei nº 12.016.2009 parece ter adotado limites razoáveis, compatíveis com a Constituição, para o cabimento de mandado de segurança coletivo. A restrição dessa modalidade de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos evita que o mandado de segurança seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares, as quais poderiam ser facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira e atreladas às finalidades de qualquer agremiação política”.

<sup>152</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *In* GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, 2017, p. 836.

<sup>153</sup> MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. 2ª ed. da série “Justiça pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. Sociedade Brasileira de Direito Público. Julho/2017, p.9. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018.01.07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>154</sup> “Creio que o Direito Brasileiro hoje está mais bem equipado que qualquer outro que eu conheça em matéria de Ações Coletivas. É um direito extremamente rico em remédios desse tipo. E o que é mais interessante é que já agora essa riqueza está incorporada à Constituição. É notável o fato, porque não é em todos os setores que se pode dizer que o Brasil está particularmente rico em confronto com as outras nações mundiais, ai de nós; em Ações Coletivas estamos muito bem, pelo menos quanto aos textos”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1991). “Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito profundo e mais rico do que nos

ordenamento que melhor respondeu à *segunda onda* do acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Em nossa visão, o processo coletivo nacional é muito interessante como objeto de estudo sob o ponto de vista normativo, pois fez adaptações criativas de modelos estrangeiros e institutos do processo civil individual para que se adequassem ao ideário da tutela coletiva brasileira. Mas, quando examinado na prática, revela contradições teóricas de tal monta que o tornam pouco operativo, tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo no tratamento da litigância serial, pois, como veremos, a compatibilização almejada entre a manutenção da liberdade individual e as vantagens da tutela coletiva encontra um limite intransponível no atual desenvolvimento da técnica processual brasileira.

### **3.2 Conceito de direitos individuais homogêneos e as razões para a tutela coletiva: isonomia, razoável duração e economia processuais**

Em razão da litigância de massa se ocupar, basicamente, de questões ligadas a direitos subjetivos individuais – p.ex., dificuldades com a operadora de celular, reposição das perdas em caderneta de poupança decorrentes de planos econômicos, a revisão na aposentadoria, a negativa do plano de saúde a determinado procedimento médico, reiterada negativa de matrícula em creches por falta de vagas, não fornecimento de medicamentos pelo SUS, revisão contratual do financiamento imobiliário –, mostra-se essencial o estudo mais detalhado da disciplina jurídica envolvendo os direitos individuais homogêneos.

A primeira razão para a tutela coletiva de direitos individuais é o acesso à justiça. Conforme exposto, as situações envolvendo danos de diminuto valor individual em relação aos custos do processo (ações de bagatela<sup>155</sup>) ou relativo a grupos de maior vulnerabilidade social, encontram na técnica da ação coletiva um meio de encaminhar tais pretensões ao

---

demais países da *civil law*, a ‘revolução’ mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva.”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30). “O direito processual coletivo progressivamente tem atingido autonomia e princípios próprios no Brasil. Podemos dizer que nosso ordenamento é único no mundo, tendo surgido da recepção da doutrina italiana da década de setenta, combinada com a experiência norte-americana das *class actions* e a nossa particular propensão ao ‘*bartolismo*’. Por aqui, também em função do nosso direito constitucional ter matriz norte-americana, o direito coletivo se desenvolveu nas ondas renovatórias do acesso à Justiça e sob a influência do Projeto Florença e de seu idealizador Mauro Cappelletti. Assim podemos falar com segurança de um processo coletivo: modelo brasileiro.”. (ZANETI JR., Hermes, 2013, p. 58).

<sup>155</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, 2014, p. 274.

Judiciário de uma forma viável economicamente e protegidos pela figura do substituto processual e pelo maior peso político da ação de grupo.

Kazuo Watanabe ressalta a razão de ser da tutela coletiva de direitos individuais:

A estratégia tradicional de tratamento das disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular, como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos. (WATANABE, 2017, p. 810).

Nas ações coletivas envolvendo os danos de bagatela<sup>156</sup>, o que se busca de fato não é o ressarcimento individual, muitas vezes irrisório e de pouca utilidade para as vítimas (que podem ser compensadas de forma alternativa), mas, sim, impedir a perpetuação da conduta pelo ofensor ou aplicar-lhe uma punição (*punitive damages*), impedindo-o de se beneficiar dos lucros indevidos.

Outra hipótese de utilização vantajosa da ação coletiva verifica-se quando se constata grande dificuldade na produção individual de prova em questões fáticas de alta complexidade, cujas perícias necessárias são muito caras para serem assumidas pelo titular do direito subjetivo lesado.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos também visa ao tratamento isonômico dos titulares de direitos em idêntica situação jurídica, cuja consequência é a uniformização<sup>157</sup> do entendimento judicial sobre o litígio massificado. Essa função uniformizadora também é exercida pelas técnicas de tutela plurindividual, sendo um ponto de aproximação entre as técnicas de resolução de conflitos seriais – processo coletivo e técnicas de julgamento de casos repetitivos.

Outra justificativa para o uso da tutela coletiva de direitos individuais é a racionalização do serviço judiciário<sup>158</sup> (busca da razoável duração do processo e da economia

---

<sup>156</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra, 2014, p. 274.

<sup>157</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, 2014, p. 133.

<sup>158</sup> Ibid., p. 87.

processual), pela desnecessidade do ajuizamento pulverizado de milhares de ações idênticas sobre o mesmo tema.

Sérgio Cruz Arenhart observa que, do ponto de vista do jurisdicionado, talvez essa seja a razão menos nobre, no entanto, sob o enfoque da prestação do serviço jurisdicional, representa a função mais relevante, “pois é a partir dela que se poderá alocar outros recursos jurisdicionais para causas diversas, que não podem valer-se desse sistema molecular de tratamento de causas individuais” (ARENHART, 2014, p. 134).

Quanto à razoável duração do processo, embora se constate que a ação coletiva demande mais tempo<sup>159</sup> do que as correlatas individuais – em virtude da tramitação mais complexa, envolvendo um maior número de atos e atores processuais –, tem como vantagem o fato da sentença coletiva representar a possibilidade de solução total, no sentido de considerar todo o grupo envolvido, reduzindo a probabilidade de se subestimar o real tamanho da controvérsia (lesão), caso solucionada em momentos distintos pela propositura diluída de feitos individuais.

Em relação ao conceito de direitos ou interesses individuais homogêneos, cabe ressaltar que a categorização entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, novidade trazida pelo código, foi uma opção do legislador<sup>160</sup> do CDC diante da inexistência de consenso doutrinário sobre seu conteúdo.

A tutela coletiva de direitos subjetivos individuais teve como fonte de inspiração as *class actions* norte-americanas – na verdade, um tipo específico de *class action* –, muito embora não exista essa distinção dos direitos de grupo na legislação<sup>161</sup> dos Estados Unidos, mais voltada ao resultado prático<sup>162</sup> da demanda coletiva: evitar decisões judiciais inconsistentes, proporcionar tutelas mandamentais e declaratórias em face de um padrão de

---

<sup>159</sup> O Brasil não dispõe de dados estatísticos sobre a duração média de tempo de uma ação coletiva. Segundo estatísticas norte-americanas, em média, uma ação coletiva despende cinco vezes mais tempo do juiz, com duração três vezes maior do que uma demanda individual e a necessidade de atos processuais pode ser até sete vezes maior do que em ações individuais. Citado por ARENHART, Sérgio Cruz, 2014, p. 96.

<sup>160</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 877.

<sup>161</sup> Basicamente, a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) de 1938, mas na versão dada pela reforma de 1966 e posteriores alterações, com última redação em dezembro de 2009. Conforme ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 53-61 e anexo II.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 542.

conduta comum a todo grupo, ou permitir o tratamento coletivo de questões comuns predominantes, em especial de natureza indenizatória (*Rule 23 (b)*).

O art. 81, parágrafo único, inciso III do CDC, define os interesses ou direitos individuais homogêneos como os decorrentes de origem comum. A lei nº. 12.016/2009, ao tratar do mandado de segurança coletivo, também considera os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles resultantes de origem comum, acrescido o fato – para o cabimento da ação mandamental – de serem decorrentes “da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante” (art. 21).

Mas o que significa a origem comum? Segundo Ada Pellegrini Grinover, uma das coautoras do anteprojeto que viria a se tornar o código consumerista, os dois requisitos para o tratamento coletivo de direitos subjetivos individuais são a **homogeneidade** e a **origem comum**<sup>163</sup>.

A **origem comum** é a causa dos danos verificados individualmente, podendo ser de fato ou de direito e não necessariamente dizer respeito a um evento único ou ocorrido ao mesmo tempo, assim, tal origem comum pode ser próxima ou remota e quanto mais remota menores serão as chances do cabimento da demanda coletiva, pela possibilidade de concausas particulares a cada membro do grupo terem contribuído para o resultado que se imputa lesivo, dificultando a coletivização das questões controvertidas.

Em relação à **homogeneidade**, que a legislação não se ocupou em definir, Ada Pellegrini Grinover<sup>164</sup> defende que a solução seria adotar os critérios utilizados nas *class actions* norte-americanas, ou seja, a “**prevalência da dimensão coletiva sobre a individual**” e a “**superioridade da tutela coletiva, em relação à individual**”, adaptando-os ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, a prevalência das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva de direitos (na essência, individuais) seriam **condições de admissibilidade**<sup>165</sup> **da ação coletiva**, logo, ausentes quaisquer delas, não haveria a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir, porque o ordenamento só permite a tutela de grupo de situações jurídicas idênticas,

<sup>163</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 886.

<sup>164</sup> Ibid., p. 887. No mesmo sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, 2014, p. 231.

<sup>165</sup> GRINOVER, op. cit., p. 945-946.

homogêneas e desde que essa tutela se mostre necessária, útil e adequada à proteção do direito reclamado.

Aqui cabe uma rápida digressão sobre as condições da ação no CPC de 2015. Esclarece Arruda Alvim que “as condições da ação são categorias lógico-jurídicas existentes na doutrina e na lei que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à decisão de mérito – ainda que desfavorável. São condições de possibilidade da prestação de tutela jurisdicional”. (ALVIM, 2017, p. 156).

Na vigência do CPC de 1973, o art. 267, VI previa que o processo seria extinto, sem resolução de mérito, diante da ausência de uma das condições da ação e fixava como tais a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual. Ocorre que houve uma alteração no CPC de 2015 no tocante à matéria, pois, o art. 485, VI não fala mais em condições da ação, embora aponte como consequência da falta de legitimidade ou do interesse processual a não resolução do mérito.

Logo, se existem requisitos que devam estar presentes e, portanto, analisados para que o julgador possa, numa etapa seguinte, examinar o mérito, pouco importa se o código deixa de nominar a expressão “condição da ação”, pois ela continua existindo como categoria lógico-jurídica precedente ao exame da questão de fundo. Sob tal raciocínio, o art. 17 do CPC de 2015 expressa: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”.

Outra constatação é que a possibilidade jurídica do pedido – definida, doutrinariamente,<sup>166</sup> como sendo um preceito no sentido de que ninguém poderia ajuizar uma ação sem que a providência pedida estivesse, em tese, prevista, ou ao menos não vedada pelo direito material – deixa de ser razão para a extinção sem o enfrentamento do mérito, acolhendo o legislador<sup>167</sup> as críticas sobre a dificuldade em se distinguir, com precisão, a decisão que extingue o feito por impossibilidade jurídica do pedido daquela que enfrenta o mérito e julga o pedido improcedente.

Esse embaraço se faz muito presente nas ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, porque, não raras vezes, a defesa do réu se concentra exatamente na alegação de ausência de homogeneidade e, em muitos casos, é impossível dizer que a demonstração desta situação jurídica não se confunda com o mérito. Portanto, prevalecendo

---

<sup>166</sup> ALVIM, Arruda, 2017, p. 156.

<sup>167</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, 2016, p. 116.

as questões individuais sobre as comuns, estaríamos diante de direitos individuais heterogêneos, cuja consequência processual – considerando a falta de possibilidade jurídica – será, pelo CPC de 2015, a improcedência do pedido.

Deve-se atentar que a improcedência do pedido na ação coletiva não prejudica o ajuizamento das ações individuais correlatas, nos termos do art. 103, III, salvo para os titulares que tiverem intervindo no feito coletivo como litisconsortes, art. 103, § 2º, todos do CDC.

No que diz respeito ao requisito da *predominância das questões comuns* sobre as questões particulares, Sérgio Cruz Arenhart<sup>168</sup> adverte que, na prática, não é fácil sua verificação, havendo grande margem para a discricionariedade judicial na avaliação desse requisito. No sistema norte-americano, é o grande obstáculo<sup>169</sup> ao prosseguimento de uma ação individual como ação coletiva.

Sobre essa incerteza na avaliação do requisito, cita-se, por exemplo, o que vem ocorrendo nos Estados Unidos, onde há uma tendência atual em se negar o processamento das ações de grupo quando este se apresenta muito numeroso, não obstante a numerosidade ser um dos requisitos<sup>170</sup> necessários para que uma ação individual possa ser certificada como uma ação coletiva, ao lado da questão comum, tipicidade e representação adequada.

Em 2011, a Suprema Corte daquele país rejeitou o que teria sido uma das maiores ações coletivas norte-americanas<sup>171</sup> contra a empresa Walmart, na qual as empregadas e ex-empregadas (1,5 milhão de mulheres), de unidades e cargos distintos, alegavam ausência de equidade salarial e menores oportunidades de ascensão profissional em comparação aos colegas homens devido à discriminação de gênero.

O argumento do tribunal foi que elas não demonstraram razões suficientes *em comum* para atuar como uma ação de classe, haja vista que a diferença salarial apontada pela representante do grupo era menor do que aquela verificada no país de um modo geral. Logo,

---

<sup>168</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, 2014, p.143.

<sup>169</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008, p.189.

<sup>170</sup> Id., 2007, p. 140.

<sup>171</sup> *Justiça dos EUA rejeita ação coletiva contra Walmart*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-21-suprema-corte-rejeita-maior-acao-coletiva-eua-walmart>>; *Walmart escapa de ação coletiva de discriminação sexual*. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/negocios/walmart-escapa-de-acao-coletiva-de-discriminacao-sexual>> Acesso em: 07 mar. 2017.

não se refutou a existência de uma diferença de tratamento entre os gêneros, apenas se justificou que seria menor do que a encontrada na sociedade norte-americana. Dessa forma, outras causas individuais deveriam estar presentes e, na visão da corte, inviabilizariam o cabimento de uma ação de massa.

Questões políticas, econômicas e até ideológicas foram apontadas à época como influentes na decisão do tribunal. De todo modo, fez com que as bancas de advogados partissem para um modelo regionalizado de ações coletivas de porte médio<sup>172</sup>, exatamente pela constatação da dificuldade em se demonstrar a permanência de questões comuns diante de uma grande quantidade de pessoas, em especial se demandar a comprovação de matéria fática.

Quanto à *superioridade* da tutela coletiva em relação à individual, anota Ada Pellegrini Grinover que a análise passaria a ser em relação à justiça e à eficácia da decisão – no nosso ordenamento feita sob a ótica do interesse de agir e da efetividade do processo. O interesse de agir, entendido na acepção de interesse-utilidade e interesse adequação:

Não é difícil, assim, estabelecer a possível correlação da exigência da superioridade da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da “common law”), com o interesse-utilidade e o interesse-adequação do “civil law”. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria com a via adequada à sua proteção. (GRINOVER, 2017, p. 946).

A efetividade do processo, segundo a autora, refere-se à eficácia da tutela coletiva<sup>173</sup>, pois, partindo da constatação de que o provimento jurisdicional será uma sentença coletiva – que apenas resolverá as questões homogêneas do grupo, não prescindindo, em regra, da

---

<sup>172</sup> *Justiça dos EUA rejeita ação coletiva contra Walmart*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-21-suprema-corte-rejeita-maior-acao-coletiva-eua-walmart>> “Analistas jurídicos argumentam que a ação coletiva era grande demais para ser ganha: o Walmart seria penalizado em bilhões de dólares, se perdesse a causa. E recomendam, para preencher o vácuo entre ações de pequeno porte e ações de grande porte, ações coletivas de médio porte — movidas, por exemplo, por mulheres que trabalham na mesma loja, que se queixam de formas semelhantes de discriminação sexual, exercidas pelos mesmos gerentes. O Walmart arrecadou, no ano passado, US\$ 400 bilhões, com lucro líquido de US\$ 15 bilhões, com suas 3.400 lojas nos Estados Unidos e 170 categorias diferentes de empregados.”. Acesso em: 07 mar. 2018.

<sup>173</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 947-948.

posterior liquidação e execução individual –, deve-se ter em conta que se o acerto individual for muito complexo ou dispendioso, tanto quanto seria em uma ação condenatória individual, conclui-se pela perda da utilidade prática da ação coletiva.

Em outras palavras, não faz sentido o manejo de ação coletiva que redunde no atraso da realização do direito material, já que a parte lesada terá de aguardar o tempo normal de tramitação do processo coletivo (maior do que o da tramitação da ação individual) e ainda aguardar o tempo normal do processo de liquidação e execução individual, que nessa hipótese será longo, haja vista a necessidade de comprovação não só donexo causal com o dano geral já reconhecido, mas das especificidades em relação ao dano individual.

Todavia, Antonio Gidi alerta sobre a inadequação da utilização de conceitos ligados ao contexto das *class actions* norte-americanas às nossas ações coletivas, em especial a este requisito da superioridade da tutela coletiva:

A exigência de que a tutela coletiva seja uma técnica superior às demais técnicas disponíveis é um requisito incompreensível para o jurista brasileiro, já tendo levado a sérios mal-entendidos em nossa doutrina. Afinal, estando presentes os requisitos para o seu cabimento, que alternativa poderia haver que fosse superior à ação coletiva? Certamente nenhuma em nosso direito. Na tutela das controvérsias coletivas, as únicas alternativas disponíveis no direito brasileiro são as inúmeras ações individuais e a ação coletiva, ambas com praticamente o mesmo nível de complexidade, só que uma resolve o conflito somente para o autor da ação e a outra para o grupo inteiro. (GIDI, p. 172).

Conforme explica, nos Estados Unidos, ao lado das *class actions* que tutelam direitos individuais (Regra 23 (b) (3)), existem outras técnicas de tutelas alternativas para a resolução de conflitos massificados, mas fora do sistema de representação. Logo, a superioridade não é aferida entre tutela coletiva e tutela individual, mas sim entre a tutela coletiva e as diversas outras formas de resolução do conflito de massa <sup>174</sup>.

Com o advento do CPC de 2015 e a ampliação das técnicas de julgamento de casos repetitivos, talvez faça mais sentido a comparação com o requisito da *superioridade* da ação

---

<sup>174</sup> “Diferentes técnicas do processo norte-americano proporcionam ao aplicador inúmeras possibilidades de soluções para os casos de litígios em massa. Tais técnicas são extremamente efetivas na prática, mas bem pouco ortodoxas, se comparadas ao nosso sistema extremamente abstrato, formalístico e dogmático. Tais métodos, em algumas limitadas situações, podem se mostrar como uma alternativa superior à tutela coletiva dos direitos.”. (GIDI, Antonio, 2008, p. 185).

coletiva norte-americana, pois agora o ordenamento jurídico brasileiro, em questões repetitivas de direito, passa ter opção: ação coletiva e/ou mecanismos de tutela plurindividual.

A imprecisão na delimitação dos requisitos da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, de certa forma, provém da vagueza do conceito legal, restando à academia o de defini-lo. Daí que, recentemente, alguns doutrinadores passaram a defender o fim da própria categoria legal, priorizando um tratamento mais pragmático da matéria.

Sérgio Cruz Arenhart propõe uma nova definição dos direitos tuteláveis coletivamente, defendendo que o critério norteador deve ser “a utilidade da proteção coletiva para o Estado, no sentido de distribuir de forma mais racional os recursos jurisdicionais entre os casos submetidos à apreciação judicial”. (ARENHART, 2014, p. 153).

À luz do princípio da proporcionalidade panprocessual, ou seja, “na relação externa dos processos ou, mais precisamente, na avaliação dos processos tomados em seu conjunto” (ARENHART, 2014, p. 87), entende que verificada a superioridade do tratamento coletivo para a litigância de massa, sob a ótica da distribuição dos recursos públicos, deve haver meios processuais para que o Estado-juiz imponha a decisão coletiva sobre interesses individuais – numa releitura das garantias processuais das partes.

Gustavo Osna também compreende a ação coletiva de direitos individuais como técnica pragmática e, portanto, defende a insuficiência e a falta de necessidade do conceito legal: “para que se construa um sistema efetivo de tutela coletiva de direitos, (...) é preciso que se rompa em alguma escala com o conceitualismo e com o formalismo” (OSNA, 2014, p. 161-162), com maior comprometimento com a realidade e os resultados.

Edilson Vitorelli pontua que as diferenças entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são insuficientes para a categorização autônoma destes últimos, referindo-se à natureza divisível ou indivisível do direito e à possibilidade ou não de determinação de seus titulares. Assim, defende a tese de que o processo coletivo seria mais eficiente se abandonasse diferenciações abstratas e se concentrasse nas características do litígio, ou seja, “a intensidade com a qual ele atinge pessoas determinadas e a distribuição dos ônus de sua ocorrência entre os membros que integram a sociedade que se cria a partir da lesão, a qual é designada como titular dos direitos especificamente violados em cada caso”. (VITORELLI, 2016, p. 104).

Argumenta que em alguns tipos de litígios – definidos por ele como litígios globais simples, p.ex., a coletivização deveria ser obrigatória<sup>175</sup>, pois seria a única forma de impedir que a sociedade fosse onerada por atos ilícitos de pequena monta, ou seja, aqueles cujo interesse individual no ressarcimento é baixíssimo, mas que analisados no conjunto geram grandes benefícios aos causadores do dano.

Uma característica comum que se nota das posições acima é que a compatibilização para se viabilizar a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais clássicos desloca-se da questão entre a liberdade individual e as vantagens do processo coletivo, concentrando-se nas garantias das partes – muitas vezes, uma versão menos tradicional delas – e na necessidade de o Estado responder de modo mais eficiente às milhares de demandas judiciais idênticas, num diálogo direto com o acesso à justiça possível.

Isto porque todo o tratamento legislativo do processo coletivo no tocante à tutela jurisdicional de direitos individuais foi pensado de modo a harmonizar o direito de ação pelo exercício pessoal (CRFB, art. 5º, XXXV) e os benefícios da tutela coletiva. No entanto, se por um lado se prestigia a liberdade individual, por outro, mitiga-se o potencial interesse pelo manejo coletivo de demandas e sua real capacidade de promover acesso à justiça, isonomia, duração razoável do processo e economia processual.

Boa parte do aumento da relevância das técnicas de tutela plurindividual deveu-se à percepção de que a solução brasileira da tutela coletiva tinha limites legais de difícil transposição, motivo pelo qual é necessária, para o estudo da litigância repetitiva, a análise dos obstáculos do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos.

### **3.3 Os obstáculos do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos**

#### **3.3.1 Representação ou representatividade adequada**

---

<sup>175</sup> VITORELLI, Edilson, 2016, p. 452.

Em princípio, pode causar certo estranhamento falar em representação<sup>176</sup> ou representatividade<sup>177</sup> adequada como um obstáculo do processo coletivo no que toca à tutela de direitos individuais homogêneos, simplesmente porque não existe esse instituto processual no direito objetivo brasileiro. Ou seja, como algo que não existe poderia ser encarado como um entrave do microsistema do processo coletivo?

Pois bem, mais uma vez é necessário voltar às *class actions* para se compreender exatamente como a ausência de um requisito análogo à representação adequada norte-americana pode funcionar como um problema para o manejo da ação coletiva de direitos ontologicamente individuais. Não é o objetivo da dissertação o estudo do direito comparado envolvendo as *class actions*, contudo, naquilo que for pertinente à exposição, serão analisados os principais institutos conforme citados na doutrina nacional.

Para que uma ação individual seja certificada como uma ação de grupo é ônus do autor (chamado também de “autor identificado”; os ausentes são os “membros não identificados”<sup>178</sup>) demonstrar que estão preenchidos os requisitos da *numerosidade* (impraticabilidade do litisconsórcio – Regra 23 (A) (1)); da *questão comum* (Regra 23 (A) (2)); da *tipicidade* (“pretensão do representante deve originar-se do mesmo evento, prática ou conduta que deu origem à pretensão dos demais membros do grupo e ser baseada no mesmo fundamento jurídico.” (GIDI, 20007, p. 88)) – Regra 23 (A) (3)) e da *representação adequada* (Regra 23 (A) (4)).

Antonio Gidi (2007, p. 99) frisa que este último requisito é “essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva”. Daí porque a representação adequada é considerada como um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, pois, no sistema norte-americano, o representante atua como um porta-voz do grupo, ou seja, dos membros ausentes.

---

<sup>176</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out / dez. 2002, versão digital. ARAUJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

<sup>177</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos, 2013, p. 131. GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 908. FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Doi:10.11606.T.2.2010.tde-24092010-133201. Acesso em: 21 mar. 2018.

<sup>178</sup> FISS, Owen, 2017, p. 190.

Esclarece o autor que este requisito da representação adequada “é constituído por dois elementos: a possibilidade de assegurar a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes e a ausência de antagonismo ou conflito de interesses com o grupo”. (GIDI, 2007, p. 104).

Informa ainda que essa vigorosa tutela dos interesses dos indivíduos ausentes deve ser avaliada, pelo juiz de primeiro grau, tanto em relação à postura do representante quanto do advogado da ação coletiva. No que toca ao representante, não se exige que ele seja o melhor disponível ou possua uma atuação perfeita, mas que demonstre ter condições de representar adequadamente os membros do grupo.

É evidente que isto não significa que se o grupo perder a demanda coletiva o representante teria sido inadequado, pois conclusão nesse sentido jamais vincularia os membros ausentes na hipótese de improcedência. O importante é demonstrar que a conduta do representante foi, ao menos em certa medida, correta, de modo que muito provavelmente “o resultado final seria o mesmo se todos os representados tivessem litigado pessoalmente em ações separadas”. (ROQUE, 2013, p. 132).

Antonio Gidi ressalta que o representante deve ser uma pessoa física que tenha sofrido os mesmos danos do grupo (tipicidade), assim, ele pode ser considerado o representante adequado de uma parte dos membros, mas ser tido como inadequado para outra, sobre a qual não recairá a coisa julgada<sup>179</sup>.

Por isso mesmo, muitas vezes é a parte contrária quem alega não haver a representação adequada do grupo, na medida em que ela também tem interesse, pois se sair vencedora no feito coletivo em que não tenha havido vigorosa tutela dos interesses de todos os membros não poderá se valer da coisa julgada formada em seu favor, uma vez que esta não vinculará os ausentes<sup>180</sup>.

Quanto à atuação do advogado, é importante destacar que as *class actions* são muito caras e, via de regra, as custas são suportadas não pelo representante, mas, sim, pelo advogado (às vezes, formam-se consórcios de escritórios de advocacia), portanto o juiz analisará a higidez financeira do escritório na condução do processo.

Em muitas ações coletivas (em especial nas que discutem danos individuais de bagatela), de fato, quem conduzirá o processo será o advogado, sendo a participação do

---

<sup>179</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 104-110.

<sup>180</sup> Ibid., p. 103.

representante de menor importância porque a lógica, no sistema norte-americano, é que ele só representa na medida do dano individual sofrido e se o dano for de pequena monta, presume-se que o interesse dele não será muito grande<sup>181</sup>.

Esta é a razão pela qual, no caso da vigorosa tutela do advogado, a análise é distinta, e o juiz verificará no caso concreto se ele é adequado para o grupo e não para a defesa dos interesses do representante: “assim, ele deve representar em juízo os interesses da coletividade, ainda que conflitem com os do representante”. (GIDI, 2007, p. 111).

O outro elemento da representação adequada diz respeito à ausência de conflito entre o representante e o grupo e entre o advogado e o grupo: “os conflitos de interesses podem se manifestar em todos os aspectos das ações coletivas, desde a conveniência da sua propositura e a adequação da pretensão formulada até a adequação dos termos do acordo”. (GIDI, 2007, p. 113).

A análise da representatividade adequada é feita ao longo de toda a tramitação processual e sua deficiência durante o feito pode ocasionar a revogação da certificação da ação individual como coletiva até o final do processo. Em resumo, o que importa destacar é que a representatividade adequada possui duas funções que são fundamentais para a ideia de processo coletivo: “assegurar que a conduta dos representantes esteja alinhada aos interesses da classe; [...] garantir que a decisão a ser proferida ao final da *class action* vinculará a todos e não estará sujeita a questionamentos futuros”. (ROQUE, 2013, p. 133).

E como tudo isso se relaciona ao processo coletivo brasileiro? Ocorre que em nosso país não existe na lei o dever da verificação de algo semelhante à representação adequada norte-americana. Ou seja, não há o dever de controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas em cada caso concreto. No sistema do CDC, basta que o substituto processual seja um dos legitimados *in abstracto* e elencados no art. 82 e o mesmo se passa na LACP, art. 5º – assim, a representação adequada é presumida pela lei.

Tais legitimados ativos são o Ministério Público, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e as associações. Também a Defensoria Pública, incluída no art. 5º da LACP pela Lei nº. 11.448/2007.

---

<sup>181</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 105-106.

No Brasil, a maior parte das ações coletivas é promovida pelo Ministério Público que, de todo modo, se não for autor, funcionará como fiscal da lei no acompanhamento do feito, devendo assumir a frente na condução do processo em caso de abandono da lide coletiva<sup>182</sup>. Existe presunção quase que absoluta<sup>183</sup> quanto à capacidade do órgão no manejo do processo coletivo, inclusive no que toca aos direitos individuais homogêneos, muito embora a CRFB diga que sua incumbência constitucional seja a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Partindo da premissa de que boa parte dos direitos individuais homogêneos é disponível, conclui-se não ser todo direito assim classificado que será passível de ser defendido pela instituição. Conforme entendimento do STF, somente quando sobreleva o interesse social é possível a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos disponíveis (RE nº. 631.111, rel. ministro Teori Zavascki, DJE de 30/10/2014, tema 471; AI nº. 516.429 AgR, rel. ministro Gilmar Mendes, DJE de 30/11/2010; RE nº. 472.489 AgR, rel. ministro Celso de Mello, DJE de 29/08/2008.).

A grande questão é o grau de subjetivismo que existe na compreensão do que constitui a causa relacionada a direitos individuais disponíveis que transborde para o interesse social. Luiz Rodrigues Wambier, p.ex., entende que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis e que todas as estratégias (incluindo o critério pretoriano de relevante interesse social) visando ao alargamento de suas atribuições, via legislação ou jurisprudência, são manifestamente inconstitucionais e ultrapassam os limites aceitáveis da interpretação da CRFB<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Lei nº. 7.347.1985, art.5º, §§ 1º e 3º: “§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.” e “§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”.

<sup>183</sup> Falando sobre representatividade adequada, José Marcelo Menezes Vigliar entende que “quanto ao Ministério Público, não há mesmo grandes problemas, lembrando que ele constitui, diante de sua destinação institucional, o substituto processual por excelência, inclusive dos demais colegitimados integrantes dos mencionados róis; a sua *representatividade* decorre de sua razão de existir (art.127, *caput*, Constituição Federal)”. (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 136). Para leitura de uma rara reflexão doutrinária crítica sobre a relação Ministério Público e processo coletivo, cita-se Antonio Gidi: “Não nos incluímos entre os críticos da atividade do MP, nem temos uma visão demasiadamente restritiva da sua legitimidade coletiva. Todavia, é inquietante que a instituição crie leis à sua imagem e semelhança, seja encarregada de aplicá-las na prática e de as interpretar, ensinar e perpetuar da forma que mais lhe convenha. Para o bem e para o mal, o MP é uma força intelectual avassaladora da tutela processual coletiva.”. (GIDI, Antonio, 2008, p. 401-418).

<sup>184</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil: individual e coletiva*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.305-306.

Em relação às associações, cujo papel de substituto processual não tem sido muito efetivo em nosso país<sup>185</sup> e há relatos de inidoneidade<sup>186</sup> na atuação, consta apenas a exigência de que devam estar legalmente constituídas há pelo menos um ano (requisito que pode ser dispensado pelo juízo, art. 5º, § 4º, LACP e art. 82, § 1º do CDC) e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos referentes ao tema objeto da ação coletiva.

A decisão tomada no julgamento do RE nº. 573.232/SC pelo plenário do STF, em 19.09.2014, atenuou, de forma indireta, o prejuízo da ausência de previsão legal do controle da representatividade adequada quanto às associações autoras. Isto porque o tribunal decidiu, interpretando o art. 5º, XXI<sup>187</sup> da CRFB, que as associações, ao contrário dos sindicatos, art. 8º, III<sup>188</sup>, não são substitutas processuais<sup>189</sup>, e, sim, representantes de seus associados.

Em consequência, para demandar na defesa de direito alheio em nome alheio, devem apresentar obrigatoriamente, junto da petição inicial, a relação da autorização expressa de seus associados ou a ata da deliberação assemblear específica para aquela ação coletiva, não sendo suficiente a mera previsão genérica nos estatutos.

Em sede jurisprudencial, o que se entende por representatividade adequada é apenas a aferição da pertinência temática, ou seja, verifica-se se o objeto da lide coletiva está de acordo com os fins institucionais ou sociais daquele legitimado ativo, sem qualquer consideração quanto a outros critérios, “como seriedade, aptidão, atuação na defesa dos direitos envolvidos”. (FORNACIARI, 2010, p. 59).

---

<sup>185</sup> FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito, 2010, p. 82.

<sup>186</sup> Notícia disponível em: <[http://www.mpf.mp.br.sp.migracao.sala-de-imprensa-unidadeprsp.noticias\\_prsp.25-04-13-2013-mpf-consegue-liminar-para-impedir-associacao-de-aposentados-de-captar-novos-associados](http://www.mpf.mp.br.sp.migracao.sala-de-imprensa-unidadeprsp.noticias_prsp.25-04-13-2013-mpf-consegue-liminar-para-impedir-associacao-de-aposentados-de-captar-novos-associados)>. Acesso em: 21 mar. 2018. Posteriormente, firmou-se entre a citada associação e o Ministério Público Federal Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), disponível em <[http://www.prsp.mpf.mp.br.sala-de-imprensa.noticias\\_prsp.TAC%20-%20MPF%20e%20ASBAP.pdf.view](http://www.prsp.mpf.mp.br.sala-de-imprensa.noticias_prsp.TAC%20-%20MPF%20e%20ASBAP.pdf.view)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

<sup>187</sup> CRFB, art.5º, XXI. “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

<sup>188</sup> CRFB: “art. 8º, III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

<sup>189</sup> Defesa de direito alheio em nome próprio e exceção da norma do art. 18 do CPC de 2015. Para o STF, as associações só são substitutas processuais para a impetração do mandado de segurança coletivo, conforme CRFB, art.5º, LXX, “b”. “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por [...] b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano [...]”.

E a ausência de previsão legal expressa da análise da representação adequada em cada caso concreto, como requisito obrigatório para a tramitação da ação coletiva e vinculação dos membros ausentes, qualquer que fosse o resultado, foi uma das razões invocadas para a opção legislativa da coisa julgada nos termos do art. 103 do CDC<sup>190</sup>.

Aliás, tem-se como impossível pensar em qualquer evolução do regime da coisa julgada *secundum eventum litis* sem alteração legislativa<sup>191</sup> impondo a estrita observância da representatividade adequada, já que ela é a base de legitimidade do próprio sistema de representação no processo coletivo.

Existe uma tendência doutrinária de afirmar ser possível, *de lege lata*<sup>192 193</sup>, e mais, recomendável que o juiz exerça o controle em concreto da representatividade adequada, mas entre dizer que o sistema processual recomenda e este efetivamente impor tal controle como uma etapa obrigatória da instrução processual coletiva, sob a responsabilidade do julgador da causa, há enorme diferença.

Mais recentemente, há julgado do STJ, no que toca às associações, sobre o dever do magistrado em proceder à análise da representatividade adequada quando constatado que a finalidade institucional constante em seus estatutos for despropositadamente genérica (defesa de tudo) ou não passar de mera repetição legal do art. 5º, inciso II, da LACP. Nesse sentido, cita-se o REsp. nº. 1.213.614/RJ<sup>194</sup>, rel. min. Luiz Felipe Salomão, julgado em 1º/10/2015.

---

<sup>190</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 990.

<sup>191</sup> FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito, 2010, p. 170-171.

<sup>192</sup> “Nas edições anteriores desta obra sustentamos que o sistema brasileiro não havia escolhido o caminho da ‘representatividade adequada’, satisfazendo-se com o critério legal da legitimação. Contudo, voltando ao tema 10 anos depois, quer-nos parecer que a aferição, pelo juiz brasileiro, não é proibida, mas antes é recomendada pelo sistema, de *lege lata*.” (GRINOVER, *op. cit.*, p. 990).

<sup>193</sup> “O que pode sim o Judiciário fazer é verificar se o representante do grupo na ação coletiva tem condições de agir em juízo, de forma adequada, na tutela dos interesses do grupo. Para tanto, pode até chegar à conclusão de que o Ministério Público, ou a Defensoria Pública, ou outro órgão público qualquer, não é o representante adequado de certo interesse. Todavia, há de fazê-lo justificadamente e em razão do caso concreto. Deverá dizer por que motivo, para aquela situação determinada, não deve tocar ao Ministério Público ou a qualquer outro legitimado a tutela daquele interesse específico, dando então oportunidade ao representante adequado para que ingresse no feito e prossiga na tutela do interesse.” (ARENHART, Sérgio Cruz, 2014, p. 237).

<sup>194</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AFASTAMENTO DE OFÍCIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO COLETIVA. Quando houver sintomas de que a legitimação coletiva vem sendo utilizada de forma indevida ou abusiva, o magistrado poderá, de ofício, afastar a presunção legal de legitimação de associação regularmente constituída para propositura de ação coletiva. Embora o anteprojeto da Lei 7.347.1985, com inspiração no direito norte-americano, previsse a verificação da representatividade adequada das associações (*adequacy of representation*) ao propor que a legitimação fosse verificada no caso concreto pelo juiz, essa proposição não prevaleceu. O legislador optou por indicar apenas

Andre Vasconcelos Roque informa<sup>195</sup> que houve tentativas de sistematização da matéria para propor a previsão legal do controle judicial da representatividade adequada, contudo, todas foram infrutíferas.

Nos Estados Unidos<sup>196</sup> é o próprio indivíduo que se autoneomeia representante dos membros não identificados da classe, o que acarreta um problema significativo de legitimidade para a teoria política das ações coletivas, parcialmente amenizado pela exigência de que haja a notificação (individual ou coletiva) dos membros do grupo quanto à existência da ação judicial e à decisão do autor da ação singular de se apresentar como o representante adequado.

No Brasil, o indivíduo, salvo na ação popular, não tem legitimidade ativa para agir como substituto processual de uma classe. Pensamos que diante da inexistência de obrigatoriedade legal em se aferir a idoneidade, a capacidade técnica e econômica de quem se pretenda representante é mais responsável com a defesa dos direitos difusos, coletivos e

---

questos objetivos: a) estar a associação constituída há pelo menos 1 ano; e b) incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Nesse passo, segundo entendimento doutrinário, o legislador instituiu as ações coletivas visando tutelar interesses metaindividuais partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo, por legitimado ativo que se apresenta, *ope legis*, como representante idôneo do interesse tutelado. De outro lado, ressalte-se que, muito embora a presunção *iuris et de iure* seja inatacável - nenhuma prova em contrário é admitida -, no caso das presunções legais ordinárias admite-se prova em contrário, apreciadas segundo o critério ou sistema de provas das leis processuais. Por isso, de regra, toda presunção legal permite prova contrária. Assim, segundo entendimento doutrinário, "qualquer regra jurídica pode pôr a presunção e há de entender-se relativa, se a regra, que a criou, não diz que é absoluta, isto é, se explícita ou implicitamente, não exclui a prova em contrário". Ciente disso, convém mencionar que o art. 125, III, do CPC (correspondente ao art. 139, III, do CPC/2015) estabelece que é poder-dever do juiz, na direção do processo, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça. Nessa esteira de entendimento, o STF (AI 207.808 AgR-ED-ED, Segunda Turma, DJ 8.6.2001) já se manifestou no sentido de que o magistrado deve repelir situações que culminem por afetar - ausente a necessária base de credibilidade institucional - o próprio coeficiente de legitimidade político-social do Poder Judiciário. Portanto, contanto que não seja exercido de modo a ferir a necessária imparcialidade inerente à magistratura, e sem que decorra de análise eminentemente subjetiva do juiz, ou mesmo de óbice meramente procedimental, é plenamente possível que, excepcionalmente, de modo devidamente fundamentado, o magistrado exerça, mesmo que de ofício, o controle de idoneidade (adequação da representatividade) para aferir/afastar a legitimação ad causam de associação. REsp 1.213.614-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1.10.2015, DJe 26.10.2015.

<sup>195</sup> “[...] como se vê no art.3, inciso II da proposta de Gidi; art.8º, inciso I do Anteprojeto da UERJ.UNESA e arts. 2º, alínea 1 e 20, I e II do Anteprojeto da USP. Tais disposições, lamentavelmente, encontraram resistência no âmbito do Ministério da Justiça, não tendo sido acolhidas no Projeto de Lei nº. 5.139/2009, nem no anteprojeto de modernização do Código de Defesa do Consumidor. Perde-se, assim, preciosa oportunidade de evolução da matéria, com a superação da controvérsia hoje existente acerca do cabimento do controle judicial da adequação do representante no Brasil.” (ROQUE, Andre Vasconcelos, 2013, p. 563).

<sup>196</sup> FISS, Owen, 2017, p. 191-192.

individuais homogêneos que permaneça a ausência de previsão legislativa da legitimidade da pessoa física<sup>197</sup>.

Essa perda da oportunidade de se legislar a respeito da representatividade adequada – como requisito distinto do rol dos legitimados extraordinários e razão de ser do processo coletivo – termina por manter as ações coletivas brasileiras mutiladas quanto à possibilidade de, realmente, serem efetivas na resolução da litigância repetitiva, porque nunca se estará muito certo se houve o devido processo legal com base em uma ficção jurídica que é o sistema de representação.

### 3.3.2 Regime jurídico da coisa julgada coletiva

Barbosa Moreira sustenta que a coisa julgada, garantida na CRFB, art. 5º, XXXVI, tem uma função essencialmente prática, no sentido de assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado<sup>198</sup>, ou seja, em determinado momento é esperado que o litígio se encerre. E entre o risco de comprometer a segurança das relações sociais e o de consentir na eventual perpetuação de uma injustiça, opta o ordenamento jurídico (quase todos, diz o autor) por assumir o segundo<sup>199</sup>.

Não que o sistema negue de forma absoluta qualquer impugnação à coisa julgada, muito pelo contrário. Existem possibilidades de sua impugnação com previsão constitucional – a ação rescisória (CRFB, art. 102, I, “j”); CPC de 2015, arts. 966; 525, §§ 12 e 15; 535, §§ 5º e 8º) e revisão criminal (CRFB, art. 102, I, “j”) – , porém, são exceções à regra de que para o adequado exercício da função pacificadora da jurisdição é necessário que os conflitos **não** possam ser rediscutidos eternamente, salvo exceções ligadas ao direito material (art. 505 do CPC de 2015, relações jurídicas de trato continuado, p.ex.).

---

<sup>197</sup> Mesmo quem defende alteração legislativa para a permissão do indivíduo ser substituto processual, afirma ser providência indissociável a adoção de algum modelo de certificação, como ocorre no Estados Unidos, ou seja, de um procedimento formal onde se verificará rigorosamente se uma ação individual poderia ser processada como coletiva, preenchendo entre inúmeros requisitos, a demonstração da representatividade adequada da pessoa física e de seu advogado. Cita-se, p.ex., SILVA, Larissa Clare Pochmann. *A legitimidade do indivíduo nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p.219-225.

<sup>198</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 6, p. 679-692, out. 2011, versão digital. (Originalmente em Revista dos Tribunais – RT 416.9, jun. 1970).

<sup>199</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Doutrinas essenciais de processo civil*, São Paulo, v. 6, p. 707-722, out.2011, versão digital. (Originalmente em Revista dos Tribunais, RT 441.14, jul. 1972).

No sistema do CPC de 2015, a coisa julgada material é conceituada como sendo a qualidade que torna imutável e indiscutível o conteúdo da parte dispositiva de uma decisão de mérito, não mais sujeita a recurso ou reexame necessário (art. 502, 504, 489, 496 do CPC de 2015). E, para sua garantia, prevê o código ainda que após o trânsito em julgado da decisão de mérito, é vedada “a discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz”. (MOREIRA, 1972). Cuida-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, prevista no art. 508, consagrando o chamado princípio do dedutível e do deduzido, projetando seus efeitos, inclusive em eventuais processos posteriores.

Toda decisão judicial é formada pelo relatório, pela fundamentação e pelo dispositivo (art. 489 do CPC de 2015). Este último é a parte na qual efetivamente “o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”, isto é, decidirá sobre os pedidos deduzidos. Nos termos do art. 504 do CPC de 2015, não estão abrangidos pela coisa julgada nem a motivação, ainda que relevante para determinar o alcance da parte dispositiva da decisão de mérito, nem a verdade dos fatos, estabelecida como seu fundamento.

A novidade do código é a permissão para que possa haver a formação da coisa julgada material também sobre questão prejudicial<sup>200</sup> de mérito, decidida expressa e incidentalmente no feito, desde que atendidos os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º. São eles: que a questão prejudicial tenha sido colocada pelas partes<sup>201</sup> e que dessa resolução dependa o julgamento do mérito; que tenha havido prévio e efetivo contraditório, vedado, portanto, na hipótese de revelia; que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como

---

<sup>200</sup> José Carlos Barbosa Moreira, diferenciando questões preliminares de questões prejudiciais afirma que, embora ambas mantenham uma relação lógica de subordinação com a questão principal, ou seja, são prioritárias para se chegar à resolução do “mérito”, nas primeiras – preliminares – a influência que a solução da questão subordinante exerce sobre a da questão subordinada traduz-se no fato de que aquela condiciona a existência desta (condições da ação, pressupostos processuais), mas não o seu eventual conteúdo; nas segundas – prejudiciais – é diversa a influência que a solução da questão subordinante exerce sobre a da subordinada, também diverso o tipo de relação existente entre ambas: a subordinada depende, com efeito, da subordinante não no seu ser, mas no seu modo de ser. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e questões preliminares. In Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 73-93.

<sup>201</sup> “É necessário que a questão prejudicial tenha sido suscitada no processo, quer pelo autor, quer pelo réu. Sem a litigiosidade não é possível falar-se em *lide*, objeto do alcance da coisa julgada material. Como está-se a falar em limites objetivos da coisa julgada, é necessário que existam pressupostos para que a coisa julgada possa formar-se. Só há coisa julgada sobre a *lide*. O sistema do CPC não mais exige a formalidade do CPC.1973, com petição inicial de ação declaratória incidental para que, sobre a prejudicial de mérito, pudesse formar-se a coisa julgada. A sistemática está mais simplificada. Esse pedido pode ser extraído da manifestação das partes, caso controvertam sobre a questão prejudicial. A dedução formal de *pretensão* não é, mais, necessária. [...]”. (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1323).

questão principal (portanto, que possa ser veiculada em ação autônoma) e que não tenha havido restrições probatórias para a resolução da questão prejudicial.

Em resumo, no Brasil o que está abrangido pela coisa julgada material é o conjunto formado pelo pedido feito e pelo dispositivo da decisão de mérito<sup>202</sup>.

A mesma lógica de se impedir a perpetuação dos litígios está na razão de ser do processo coletivo norte-americano, cuja regra geral<sup>203</sup> é não permitir que os membros ausentes do grupo ingressem com ações individuais futuras. Assim, saia o autor identificado vitorioso ou não da demanda certificada como coletiva, o resultado vinculará todos os membros da classe. Como visto no item anterior, a chave do funcionamento das *class actions* é a garantia da representatividade adequada, considerada item essencial que garante legitimidade política à ideia de processo por representação.

Mas a representação adequada, por si mesma, não basta. Outro ponto tido como indissociável para a vinculação de todos os membros ausentes do grupo à coisa julgada favorável ou não é o direito à informação. Ou seja, todos os membros devem ser informados da existência da ação judicial e da decisão do autor em se autonear representante do grupo, por meio de notificação.

Essa notificação pode ser individual ou coletiva e depende da análise do caso concreto, haja vista que seus custos podem ser altíssimos e inviabilizar a tramitação como ação coletiva. Owen Fiss<sup>204</sup> cita o caso Eisen v. Carlise & Jacquelin, na década de 1970, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou a notificação coletiva admitida pelo juízo de primeiro grau e insistiu na notificação via correio, individualizada, de 2.250.000 acionistas supostamente prejudicados por corretores da Bolsa de Valores, ao custo estimado de US\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil dólares) a cargo do autor. O detalhe é que cada investidor individual teria um resultado ínfimo na demanda, cerca de setenta dólares. Portanto, a forma de notificação exigida, na prática, pode determinar o sucesso ou o fracasso da *class action*, independentemente da procedência das razões quanto ao mérito em si.

Assim, no sistema norte-americano, atendido o devido processo legal, a sentença fará coisa julgada *erga omnes e pro et contra*. Tanto quanto no direito brasileiro (art. 103, CDC e

---

<sup>202</sup> NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1332.

<sup>203</sup> FISS, Owen, 2017, p.190.

<sup>204</sup> Ibid., p. 193.

art. 506, CPC de 2015), é uma exceção à regra de que ninguém poderá ser atingido pela coisa julgada em um processo do qual não foi parte.

Na realidade, o que torna as *class actions* diferentes<sup>205</sup> de outras técnicas de resolução de litígios massificados não é exatamente essa possibilidade de estar vinculado aos atos do representante, mas, sim, que este se autoneie, sem a autorização, e muitas vezes, sem o consentimento, dos representados.

Antonio Gidi esclarece que há três técnicas<sup>206</sup> pelas quais os membros ausentes tornam-se ficticiamente presentes no processo coletivo:

- (a) Pela **presença compulsória**, nas *class actions* dos tipos (b) (1) e (b) (2) da Regra 23, conhecidas como *mandatory class action* ou *no opt out class action*, utilizadas quando a pretensão do grupo é de natureza indivisível, nos casos de insolvência do réu e nos casos em que o ajuizamento pulverizado sobrecarregaria desnecessária e excessivamente o réu;
- (b) Pela técnica do **opt in**, na qual somente os membros da classe que expressamente solicitarem sua inclusão estarão vinculados à coisa julgada. Apresenta como grande desvantagem a dependência da vontade e do conhecimento dos fatos e do direito pelos membros, esvaziando a própria ideia de processo coletivo nas hipóteses de grupos fragilizados socialmente e envolvendo pretensões individuais de diminuto valor;
- (c) Pela técnica do **opt out**, na qual a presunção é a de que todo o grupo deseja estar em juízo na ação coletiva, sendo a exclusão individual condicionada à manifestação expressa em sentido contrário, na forma e prazo estabelecidos pelo juiz da causa. A maior ou menor vantagem da técnica depende do valor da pretensão e da capacidade de envolvimento do grupo envolvidos. Assim, quanto menor o valor individual da pretensão em disputa (*small claims class actions*) ou menor o conhecimento acerca de seus direitos pelos titulares, maior é o benefício pelo uso da técnica, que favorece a ampliação do número de pessoas atingidas pela *class action*.

---

<sup>205</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos, 2013, p. 324.

<sup>206</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 291-297.

O sistema do *opt out* é o adotado nas ações coletivas do tipo (b) (3) da Regra 23, de natureza predominantemente indenizatória, fonte inspiradora das ações coletivas brasileiras que tutelam direitos individuais homogêneos<sup>207</sup>.

É interessante notar que, tanto quanto no sistema inglês da *res judicata*, analisado nas ações de grupo (*Group Litigation Orders – GLO*), a coisa julgada nos Estados Unidos também é mais abrangente do que no processo civil brasileiro. Isto significa que tanto é vedada a rediscussão das pretensões levadas em juízo na ação coletiva – *claim preclusion* ou *res judicata* – quanto a discussão de questões incidentais ou preliminares ligadas e decididas em um processo – *issue preclusion* ou *collateral estoppel*<sup>208</sup>.

Mesmo a *res judicata* (ou *claim preclusion*) possui limites objetivos mais amplos<sup>209</sup> do que os da coisa julgada brasileira, pois engloba todos os pedidos e fundamentos jurídicos que o autor possa ter contra o réu. Ou seja, a *res judicata* consubstancia-se na preclusão dos pedidos, mas não apenas daquele que efetivamente foi deduzido na ação e sim na preclusão de todos os pedidos que poderiam ter sido feitos e não foram<sup>210</sup>.

Expostas tais informações, passa-se a analisar o regime da coisa julgada coletiva no Brasil e como ele pode favorecer ou prejudicar o tratamento coletivo dos litígios individuais massificados.

Toda a disciplina legal está contida no art. 103<sup>211</sup> do CDC e uma primeira observação importante é que o regime da coisa julgada coletiva deve ser estudado quanto à projeção de

---

<sup>207</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 161.

<sup>208</sup> Sobre *issue preclusion*, preclusão de questões: “Para que haja preclusão, é necessário que a questão seja antecedente necessário (*necessary steps*) da decisão sobre o mérito da causa e que seja litigada completa e adequadamente. É o mesmo que *collateral estoppel*.”. (Ibid., p. 475).

<sup>209</sup> “Os limites objetivos da *claim preclusion* são bastante amplos, em função da definição abrangente dos elementos englobados por uma *claim* [...]. Assim, atualmente, o sistema judiciário federal e a maioria dos sistemas estaduais adotam o conceito segundo o qual uma *claim* abrange todas as pretensões advindas do fato (ou do conjunto de fatos) que se baseia a demanda.”. (PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito brasileiro: Brasil e Estados Unidos. Série Processo coletivo, comparado e internacional. Coordenação: Antonio Gidi. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 85).*

<sup>210</sup> GIDI, op. cit., p. 467.

<sup>211</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

seus efeitos, em relação aos colegitimados extraordinários (art. 82, CDC) e no que toca aos indivíduos, titulares dos direitos materiais subjetivos em questão.

Assim, para os direitos difusos e coletivos, os incisos I e II do art.103 afirmam que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* (já que limitado à categoria identificada), salvo na hipótese de improcedência por insuficiência de provas. Ou seja, tratando-se de direitos transindividuais, não importa o resultado da demanda coletiva. Se procedente ou improcedente, haverá a projeção de efeitos para terceiros. E quem são estes terceiros?

A nosso ver, serão os demais substitutos processuais. Portanto, uma ação coletiva ajuizada pelo Sindicato da categoria, p.ex., alegando danos coletivos ligados à segurança do trabalho em uma mineradora (direito coletivo clássico) cujos pedidos foram julgados improcedentes, em princípio, não poderá ser reproposta pelo Ministério Público do Trabalho. Isto porque para a identidade de um feito coletivo não é relevante o colegitimado extraordinário ou o veículo processual (se uma ACP ou um mandado de segurança coletivo), mas sim que o objeto, pedido e causa de pedir da ação coletiva sejam os mesmos.

Constatada tal identidade<sup>212</sup>, haverá o óbice do pressuposto processual negativo da existência de coisa julgada coletiva, impedindo novo ajuizamento de outra ação coletiva a respeito do mesmo do direito transindividual.

Destacamos acima que a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* dos direitos metaindividuais projetam seus efeitos *pro et contra*, mas, em princípio, porque o próprio

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

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

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

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

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos art. 96 a 99. [...]

<sup>212</sup> ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. (Coleção direito e processo). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231-232; 395.

dispositivo legal traz uma exceção à vedação do *non liquet*<sup>213</sup> – regra geral do processo civil individual, ao prever a chamada coisa julgada *secundum eventum probationis*. Logo, a sentença coletiva de improcedência vinculará a todos, desde que não tenha sido motivada por insuficiência probatória.

Quanto aos titulares de direitos individuais envolvidos e possivelmente atingidos pelo dano transindividual, deixa claro o art. 103, § 1º, que os efeitos da coisa julgada coletiva não prejudicarão os interesses individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, da categoria ou da classe a que se relacionam. Na realidade, é só um cuidado do legislador, pois, a rigor, se são direitos distintos, com titularidades também distintas, evidente que os efeitos da coisa julgada *erga omnes e ultra partes* não terão o condão de atingir de forma absoluta o direito de ação individual. Isto porque a lesão transindividual pode não ter sido verificada como descrita pelo autor coletivo e, mesmo assim, é possível que a conduta do réu tenha causado outras lesões individuais.

Em relação às ações coletivas que se relacionam aos direitos individuais homogêneos, cujas lesões individuais possuem a peculiaridade de apresentarem questões comuns e que se replicam em grande numerosidade, é preciso, também, fazer a distinção entre a projeção dos efeitos da decisão coletiva transitada em julgado para terceiros-indivíduos e terceiros-entes intermediários. Observa-se que o inciso III do art. 103 não é explícito como nas hipóteses dos incisos anteriores, pois, afirma que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido. O que isto significa?

Para o processo coletivo em defesa desses interesses individuais ter a mínima racionalidade prática, entende-se que – não obstante a redação do inciso III – não deveria haver dúvida de que ficarão vinculados à autoridade da coisa julgada *erga omnes*, favorável

---

<sup>213</sup> As regras do ônus da prova, previstas em todos os nossos códigos de processo civil (CPC de 1939, art. 209, §§ 1º e 2º; CPC de 1973, art. 333 e CPC de 2015, art. 373) cumprem a função de fornecer critérios racionais, visando “a resolução da causa nas hipóteses de questão de fato irredutivelmente incerta”, conforme CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 409. Como esclarece José Carlos Barbosa Moreira, nas civilizações atuais, via de regra, não é dado ao julgador se abster de resolver a lide, como ocorria ao *iudex romano*, para quem era lícito, no caso de não haver conseguido formar sua convicção, *jurar sibi non liquere*, isto é, jurava que os fatos não estavam claros e com isso podia se libertar da obrigação de decidir. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74. Assim, a sentença de improcedência por insuficiência probatória nos feitos coletivos envolvendo direitos difusos e coletivos é um exemplo de permissão de *non liquet*, pois, embora enfrente o mérito para proferir a decisão de improcedência, o julgador deixa expresso não ter conhecimento de todos os fatos por insuficiência probatória – no fundo, ele não decide com segurança sobre o dano transindividual envolvido e é por isso que o processo coletivo permite, nessa hipótese, nova propositura de ação coletiva acompanhada por novas provas.

ou não, todos os demais colegitimados para a propositura de ações coletivas idênticas.<sup>214</sup> Caso contrário, do ponto de vista do tratamento da litigância repetitiva em juízo, se fosse possível que diante de decisão de mérito de improcedência, haja novo ajuizamento por outro ente intermediário distinto, conclui-se pela total inutilidade da ação coletiva brasileira na tutela de direitos individuais homogêneos.

Outro motivo que desaconselha a conclusão pela ausência de vinculação de todos os substitutos processuais, qualquer que seja o resultado da demanda coletiva é sua inconstitucionalidade, por manifesto desrespeito ao devido processo legal do réu, que não pode ter seu direito de defesa nulificado, como se todo o exercício do contraditório desenvolvido não significasse absolutamente nada.

Até porque, pela CRFB, o direito de defesa não é menor do que o direito de ação. Na verdade, são facetas<sup>215</sup> do mesmo direito público subjetivo ao processo, ou seja, de ter acesso a uma resposta de forma institucionalizada do Estado-juiz. Assim, se o Estado respondeu negativamente à tutela jurisdicional requerida pelo autor da ação, significa dizer que já cumpriu com sua função jurisdicional de, mais do que resolver controvérsias (função pacificadora), interpretar e fixar a justa aplicação do direito (função uniformizadora)<sup>216</sup>, motivo pelo qual não poderia ser instado novamente sobre a contenda coletiva simplesmente porque frustrou a expectativa de uma das partes – salvo diante das exceções constitucionais desconstitutivas da coisa julgada material (ação rescisória).

Todavia, é difícil superar a força das palavras e, numa interpretação atida ao texto, parece que o código do consumidor, querendo ou não, afasta a extensão da coisa julgada *erga omnes* na hipótese de improcedência, quanto aos demais substitutos processuais<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor*: direito processual. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, in GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 1014 e 1015.

<sup>215</sup> “[...] a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. [...] p.294. “Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder) constitucionalmente garantido como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo. Tanto o autor, mediante a demanda, como o réu, mediante a exceção, tem direito ao processo.”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, 2014, p.293).

<sup>216</sup> ALVIM, Arruda, 2017, p. 125.

<sup>217</sup> “Há até quem pretenda que já na disciplina atual a improcedência da ação para tutela de direitos individuais homogêneos faria coisa julgada *ultra partes*, vinculando os demais legitimados coletivos. Todavia, os termos do

No que diz respeito aos titulares individuais do direito homogêneo, dispõe o art. 103, inciso III e seu § 2º que a coisa julgada coletiva estenderá seus efeitos *erga omnes*, mas apenas no caso de procedência do pedido, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores: cuida-se da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*<sup>218</sup>.

Portanto, o regime da coisa julgada coletiva envolvendo interesses individuais homogêneos, normalmente, tratando de obrigações de natureza indenizatória – ainda que contenha tutela específica de fazer ou não fazer (art. 497, CPC de 2015), mas passível de ser reduzida à pecúnia (art. 499, CPC de 2015) –, é rigorosamente distinto daquele regime descrito nas *class actions for damages* norte-americanas (Regra 23 (b) (3)), sua origem ideológica distante.

O que causa perplexidade neste ponto é que, por princípio, os direitos individuais homogêneos não são uma categoria de direitos materiais especiais, conforme entendimento predominante no Brasil. Assim, não deixam jamais, ontologicamente, de ser direitos individuais clássicos e, portanto, “acidentalmente” coletivos na esfera do processo, ou seja, apenas para viabilizar a tutela coletiva (em uma única ação) de direitos subjetivos tradicionais que poderiam ser defendidos (caso não gerassem tantos problemas pela sua repetição desmedida) em ações individuais propostas por seus verdadeiros titulares.

Dessa forma, diz a lei ser permitido que uma ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos julgada improcedente – cujo objeto, pedido e causa de pedir relativos às questões comuns são idênticos, tanto que poderiam ser veiculados em um feito individual –, possa ser rediscutida em uma nova oportunidade, diretamente pelo seu titular.

E por que é assim? Quais os motivos da escolha do legislador do CDC?

---

dispositivo são inequívocos: a diferença entre a redação adotada nos inc. I e II, por um lado, e a do inc. III, por outro, retratou uma clara opção legislativa – excluindo-se a extensão aos demais legitimados. Pode-se criticar esta opção e sugerir outra solução de *lege ferenda* – como aqui se fará –, mas não há como apenas a desconsiderar. Esta ausência de extensão da coisa julgada aos colegitimados coletivos implica a possibilidade de reiterada repetição da demanda – o que é injustificável e excessivamente sacrificante para o demandado. Sem a coisa julgada *ultra partes*, a sentença de rejeição do pedido propicia-lhe tênue tutela.” (TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 337-358, mar. 2015, versão digital).

<sup>218</sup> Para um panorama a respeito das críticas à coisa julgada *secundum eventum litis*, TUCCI, José Rogério Cruz. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 143, p. 42-63, jan. 2007, versão digital.

Ada Pellegrini Grinover<sup>219</sup> explica que essa incongruência foi considerada pelos autores do anteprojeto que viria a ser o CDC, contudo, as mesmas dificuldades teóricas que os norte-americanos enfrentavam com a ideia da representação, da comprovação da representatividade adequada e da extensão dos limites subjetivos do julgado, seriam enfrentadas também no Brasil. Além disto, as diferenças socioculturais entre os países, em especial a pobreza e desinformação da maior parte da população brasileira, não autorizavam, em seu sentir, a adoção da coisa julgada *erga omnes pro et contra*. A solução foi criar uma forma intermediária de extensão subjetiva do resultado do feito coletivo: a coisa julgada *secundum eventum litis*, somente em benefício, nunca em prejuízo.

Outro argumento<sup>220</sup> para a opção do legislador é a alegada inconstitucionalidade em se vedar o acesso à justiça, via Poder Judiciário, ao verdadeiro titular do direito individual lesado, por ofensa ao art. 5º, XXXV da CRFB (direito abstrato de ação), sem uma proposta legislativa que supere os problemas relativos à ausência dos membros, tal qual existente no sistema de representação norte-americano – p.ex., a certificação da ação coletiva, o rigoroso controle da representatividade adequada, uma eficiente forma de notificação da ação em curso e a previsão do direito de autoexclusão –, sob pena de não se garantir o direito ao efetivo contraditório, ferindo, ainda, o art. 5º, LV da CRFB (devido processo legal).

Ricardo de Barros Leonel<sup>221</sup> destaca que o tratamento diferenciado conferido à coisa julgada coletiva – só para favorecer, nunca para prejudicar os titulares do direito individual – é também justificado pela legitimidade legal restrita, que veda a participação do sujeito como autor coletivo.

A única exceção para que haja a extensão individual dos efeitos da coisa julgada coletiva, *pro et contra*, é se o titular do direito tiver participado do processo coletivo como assistente litisconsorcial, consoante expresso no trecho final do art. 103, § 2º do CDC. Porém, essa não é uma estratégia perspicaz de sua parte, porque se não intervier na demanda coletiva e o feito for julgado improcedente, ainda poderá tentar uma nova tática processual, via ação individual.

---

<sup>219</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, in GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 988-991.

<sup>220</sup> ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 212-213.

<sup>221</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, 2017, p. 338.

Por outro lado, se o resultado for favorável ao grupo, poderá se aproveitar da técnica do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva e partir para a liquidação e execução individual do julgado. Ou seja, se ficar atrelado à sorte da ação coletiva, tem apenas esta chance para se sair vitorioso, enquanto se aguardar fora dela passa a ter duas chances de defender seus interesses individuais.

O quadro se complica, ainda, por causa da forma como é dada a publicidade aos integrantes da coletividade envolvida. Nos termos do art. 94 do CDC, é bastante a publicação no órgão oficial de imprensa para que os interessados possam intervir no feito. Logo, a probabilidade de poucas pessoas tomarem conhecimento da existência de uma ação coletiva é altíssima. E, embora a lei preveja que a divulgação possa se dar por outros meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, não explica de onde viria o dinheiro para arcar com o alto custo da publicação dessas notícias na grande mídia.

Essa disciplina processual quanto à participação ou não do titular do direito subjetivo na ação coletiva é coerente com o regime da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*, na medida em que guarda a mesma preocupação em preservar a autonomia da esfera individual.

Por outro lado, quanto ao fenômeno da litigância de massa e seu enfrentamento processual, tal solução sofre dos seguintes problemas: primeiro, afasta<sup>222</sup> ainda mais a participação da pessoa física (que já não tem legitimidade extraordinária) do feito coletivo; segundo, diminui a possibilidade de uma maior fiscalização pelos membros do grupo, da conduta processual dos entes intermediários e terceiro, fomenta uma postura individualista em direitos que por definição, seriam melhor defendidos dentro de uma concepção coletivista.

Alguns argumentos em prol da coisa julgada *secundum eventum litis* são difíceis de serem respondidos. Por exemplo, como superar as críticas que os próprios norte-americanos fazem do sistema de representação? Ou, como superar a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao direito abstrato de ação e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) de uma solução que vinculasse todos os indivíduos ao sucesso ou fracasso da ação coletiva e os impedisse de ajuizar suas próprias ações individuais?

Note-se que mesmo o CPC de 2015 tendo imposto restrições severas ao direito de ação, com previsão de inúmeras consequências negativas para quem tentar litigar contra os precedentes vinculantes do art. 927, não ousou vetar a possibilidade de as pessoas ajuizarem

---

<sup>222</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho. A coisa julgada no código do consumidor. *In: A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

suas próprias ações e questionarem tais decisões obrigatórias, ainda que com muito mais dificuldade.

De outra forma, outros argumentos parecem estar deslocados no tempo, isto é, faziam sentido há trinta anos<sup>223</sup>, mas precisariam ser testados empiricamente para se concluir que ainda se sustentam. Entre eles, citam-se: a adoção do rigoroso controle da aferição da representatividade adequada não está na lei, mas já começa a ser uma realidade nos tribunais brasileiros; os movimentos sociais<sup>224</sup> hoje estão muito mais mobilizados do que estavam pós promulgação da CRFB; os novos meios de comunicação (*Internet* fixa e móvel), não têm os custos das notificações individuais via correio e, ainda, a experiência acumulada ao longo de quase três décadas de tutela coletiva de direitos individuais poderia ser muito útil para uma eventual correção do rumo legislativo.

Aqui também existe nítido desequilíbrio<sup>225</sup> entre o direito de ação e o de exceção, ou o direito de defesa, porquanto mesmo tendo o réu se esmerado em demonstrar ao Estado-juiz a falta de razão na pretensão levada a juízo pelo autor coletivo e fixada na sentença de improcedência a correta interpretação e aplicação do direito, ainda se verá às voltas com milhares de ações judiciais rediscutindo o tema.

Outro problema enfrentado pela ação coletiva brasileira é dado pelo art. 16<sup>226</sup> da Lei nº. 7.347/1985, cuja redação, alterada pela Lei nº. 9.494/1997, dispõe que na ação civil

---

<sup>223</sup> “Quando o Brasil optou pela coisa julgada *secundum eventum litis* acertou, pelas seguintes razões: a adoção da aferição da representatividade adequada segundo critérios de um rigor extremado acabaria inviabilizando a tutela dos bens transindividuais, na medida em que seria um obstáculo praticamente intransponível para os agrupamentos sociais que estavam começando a se formar naquele exato momento, quase em concomitância com a promulgação das primeiras leis; a dificuldade e falibilidade de efetivação das notificações, que certamente gerariam problemas na identificação e na operacionalização; a absoluta novidade dos direitos transindividuais trazidos para um país como o Brasil; a diferença de papéis dos escritórios de advocacia entre os dois países.”. (ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 213).

<sup>224</sup> Para todas as ideologias e em defesa da diversidade que pontua as sociedades contemporâneas, citam-se: movimentos de igualdade racial, de igualdade de gênero, de igualdade sexual, em defesa das pessoas deficientes, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos aposentados, dos consumidores, do meio-ambiente sustentável, do neoliberalismo econômico, dos trabalhadores sem-terra, dos trabalhadores sem-teto etc.

<sup>225</sup> Sobre o direito de defesa e sentença coletiva de improcedência: “A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma fórmula inteiramente vazia, porque, por melhor que o réu se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a ‘vítima’ incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar de fora aguardando o resultado.”. (MESQUITA, José Ignácio Botelho. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 80-82, dez. 1990, versão digital).

<sup>226</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. A ação civil pública e o poder público. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 4, n. 1, p. 81-106, jul.

pública “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Isso porque traz mais uma contradição<sup>227</sup> à ideia de processo coletivo, uma vez que a restrição da eficácia *erga omnes* determinada pelo dispositivo contraria o princípio da isonomia processual e compromete o efetivo acesso à justiça. Embora boa parte da doutrina milite pela inconstitucionalidade<sup>228</sup> e ineficácia<sup>229</sup> da alteração legislativa, é certo que, até o momento, nunca houve pronunciamento nesse sentido pelo STF<sup>230</sup>.

Quanto ao STJ, há o acórdão paradigma proferido no julgamento do REsp nº. 1.243.887/PR, em 19/10/2011, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, na Corte Especial, pelo rito dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC de 1973, no qual se afirma que os efeitos e a eficácia da sentença “não estão circunscritos a limites geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta (...) a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais”.

---

2004. Disponível em: <<http://www.scarpinellabuono.com.images.textos-pdf.001.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018. O autor destaca o contexto histórico da edição da MP nº. 1.570-4, de 22.07.1997 – reeditada e posteriormente convertida na Lei nº. 9.494.1997: cuidava-se das políticas de *privatizações* de diversas empresas públicas pertencentes à União Federal, contra a qual foram ajuizadas inúmeras ações civis públicas em todo o território nacional, com liminares deferidas, buscando a suspensão dos leilões e alienação do patrimônio público que aconteciam nas Bolsas de Valores do Rio de Janeiro e São Paulo.

<sup>227</sup> GIDI, Antonio, 2008, p. 428. O autor entende que toda forma de restrição territorial da coisa julgada coletiva é “espúria a qualquer sistema processual coletivo minimamente adequado”, além disso, informa que, nos Estados Unidos, tentativas nesse sentido, há muito tempo foram rechaçadas pela Suprema Corte desse país.

<sup>228</sup> ZUFELATO, Camilo. O STJ, os limites territoriais da coisa julgada na ação civil pública e o foro competente para o ajuizamento das respectivas ações indenizatórias individuais: o restabelecimento do que nunca poderia ter sido alterado, ou ainda, juízes vs. legislador. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 283, fev. 2012, versão digital; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. v. 2, tomo III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 277-279.

<sup>229</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini in GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, 2017, p. 1002-1006; FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da lei de ação civil pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 137-138.

<sup>230</sup> Ao contrário, quando do indeferimento da liminar requerida para sustar os efeitos da MP 1.580, na ADI 1.576-1, ajuizada por partido político, depois entendida como prejudicada pelo STF devido a sua conversão na Lei nº. 9.494.1997, destacava o relator, ministro Marco Aurélio Mello, que a alteração na redação do art. 16 era tida por ele como “[...] pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos ‘erga omnes’ na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário”.

Contudo, o caso concreto que gerou o acórdão proferido no repetitivo tinha duas especificidades: primeira, constava da sentença coletiva transitada em julgado que seus efeitos alcançariam todos os titulares do direito subjetivo em discussão no Estado do Paraná – e o Recurso Especial rediscutia o tema em sede de liquidação e execução individual do julgado; segunda, tratava-se de uma relação de consumo. Assim, ainda que a decisão seja importante porque proferida por uma técnica de uniformização da jurisprudência, não encerra a polêmica nem declara a inconstitucionalidade, na via difusa, do referido art. 16.

Conforme já mencionado, outra restrição à ação coletiva foi dada pela introdução do art. 2º-A da Lei nº. 9.494/1997, que se refere à atuação das associações: a sentença coletiva em feito ajuizado por associação “abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão”.

Lembrando que, para o STF, a associação não é substituta processual, portanto não tem legitimação extraordinária para o processo coletivo, de modo que, na visão da Corte, necessita de autorização expressa dos associados (individual ou assemblear) para a propositura de qualquer ação em defesa de seus interesses.

Sendo assim, é possível afirmar que embora as ações coletivas sejam, em muitos casos, a única opção viável de acesso à justiça (grupos sociais vulneráveis ou em pequenas lesões individuais que causem grandes benefícios às corporações), o regime da coisa julgada *secundum eventum litis* e as posteriores intervenções do legislador para restringir territorialmente o seu alcance não ajudam a evitar a amplificação da litigância repetitiva; ao contrário. Sob tal ótica, é necessário perceber que ela é por eles fomentada.

Logo, o processo coletivo referente à litigância repetitiva, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, paradoxalmente, não propicia a solução dos conflitos de massa, portanto não cumpre adequadamente as funções de catalizador do acesso à justiça, de mecanismo de economia processual e de garantia do tratamento isonômico e uniformizador das decisões judiciais.

### 3.3.3 Relação entre ação coletiva e ação individual correlata

O art. 104 do CDC afirma que não haverá litispendência entre uma demanda individual e uma demanda coletiva envolvendo direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Esta disposição é coerente com o fato de albergarem objetos distintos: a ação individual busca

o ressarcimento pessoal enquanto a ação coletiva visa à defesa do bem coletivo indivisível, de titularidade transindividual.

Destarte, acata a definição de litispendência do art. 337, §§ 1º a 3º do CPC de 2015, ou seja, existe litispendência quando se propõe uma ação anteriormente ajuizada em que se constate a tríplice identidade: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

A adaptação processual necessária ao tema no processo coletivo é que a identidade entre as ações é aferida somente pela *causa de pedir* e pelo *pedido*, haja vista a legitimidade *ad causam* dos entes intermediários ser *concorrente e disjuntiva*<sup>231</sup>. Isto significa que a lei prevê uma pluralidade de sujeitos de direito autorizados ao ajuizamento da ação coletiva e sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização dos demais legitimados.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, em princípio, nada consta na primeira parte do art. 104 a respeito da inexistência de litispendência entre a ação coletiva e as ações individuais correlatas.

Na segunda parte do artigo, entretanto, existe remissão relativa aos incisos II e III do art. 103, incluindo os direitos individuais homogêneos quanto aos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, sob o propósito de que esta não beneficiará os autores individuais se não requererem a suspensão de suas ações no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos da propositura do feito coletivo. Segundo parte da doutrina,<sup>232</sup> existe um erro de remissão no art. 104 e a referência aos efeitos da coisa julgada coletiva seria relativa a todos os incisos do art. 103 do CDC.

No que interessa à litispendência, o fato é que se os titulares do direito material podem ou não suspender suas ações individuais para se beneficiarem da coisa julgada *erga omnes*; significa que o código do consumidor preconizou não existir litispendência entre as demandas

---

<sup>231</sup> “A legitimidade se diz concorrente porquanto a legitimidade de uma das entidades não exclui a de outra: são todas simultânea e independentemente legitimadas para agir. Concorrente, aqui, significa não-exclusiva de uma só entidade. Também é chamada disjuntiva no sentido de não ser complexa, vez que qualquer uma das entidades co-legitimadas poderá propor, sozinha, a ação coletiva sem necessidade de formação de litisconsórcio ou de autorização por parte dos demais co-legitimados. E facultada, entretanto, a formação voluntária de litisconsórcio.” (GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 52-66, abr.jun. 1995, versão digital.)

<sup>232</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al*, 2017, p. 1025.

coletivas em defesa dos interesses individuais homogêneos e as respectivas ações singulares ajuizadas pulverizadamente.<sup>233</sup>

Logo, as ações individuais não serão extintas diante da constatação da identidade entre elas e o feito coletivo quanto à causa de pedir e ao pedido, o que também é coerente com o ideário do processo coletivo brasileiro em prestigiar a coexistência entre tutela jurisdicional coletiva e tutela jurisdicional individual.

Ou seja, no sistema do processo coletivo, todas as ações envolvendo questões comuns, coletivas ou não, seriam processadas normalmente, sem nenhuma relação entre elas, salvo pela vontade individual do titular do direito subjetivo em requerer a suspensão de seu processo.

Mas isso gera um enorme contrassenso. Se os objetivos da tutela coletiva de direitos individuais são o acesso à justiça, a isonomia entre os titulares do direito material, a razoável duração do feito e a economia processual advinda do ajuizamento de uma única ação, como é possível que o próprio sistema jurídico permita a concomitância entre tais ações?

Ricardo de Barros Leonel<sup>234</sup> afirma haver conexão (art. 55 do CPC de 2015) entre a demanda individual e a coletiva por identidade de causas e não por identidade de pedidos. Para ele, o pedido na ação coletiva é de condenação em caráter genérico, enquanto que no feito individual, seu autor – além do reconhecimento da responsabilidade do réu pelos danos causados – já especifica qual é o seu dano individual, ainda que não consiga quantificá-lo na inicial. Portanto, seriam pedidos substancialmente distintos.

No entanto, diferentemente do que determina o art. 55, § 1º do CPC de 2015 – reunião dos processos para decisão conjunta, salvo se já houver sentença proferida em um deles –, conclui que não deve haver reunião entre ações coletivas e ações individuais porque a finalidade do processo coletivo seria resolver a lide coletiva. Alega ainda prejuízo ao indivíduo que se veria amarrado ao tempo do processo coletivo.

A importância da conexão e da continência diz respeito à possibilidade de modificação da competência relativa (art. 54 do CPC de 2015), visando à prolação de uma decisão

---

<sup>233</sup> Tanto não existe litispendência que o STJ tem decidido reiteradamente que embora a propositura da ação coletiva tenha o condão de interromper a prescrição para a ação individual de conhecimento, em relação ao pagamento de parcelas vencidas, a prescrição tem como marco inicial o ajuizamento da ação individual. AgInt. no AREsp 1058107.RN, data do julgamento 21.03.2018.

<sup>234</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, 2017, p. 327-329.

conjunta que evite a resolução de lides, que de algum modo se relacionam, de forma contraditória. Logo, não tem serventia prática reconhecer uma conexão que não servirá para a reunião dos processos. De outra banda, mesmo diante de conexão, acreditamos que seria impossível reunir todas as ações coletivas e individuais sem inviabilizar o trabalho do juízo competente. Basta lembrar de que ações de consumo e previdenciárias, p.ex., facilmente atingem a casa dos milhares de ações.

Ada Pellegrini Grinover<sup>235</sup> defende que a melhor solução para resolver o problema da concomitância entre a demanda coletiva e suas congêneres individuais seria pela regra da prejudicialidade<sup>236</sup>, nos termos do art. 313, V, “a” do CPC de 2015 e consequente suspensão dos feitos individuais pelo prazo máximo de um ano, conforme §§ 4º e 5º do referido artigo.

Infelizmente, no Brasil, um ano não é um prazo<sup>237</sup> considerado como suficiente para o processamento e julgamento nem sequer de uma ação individual, quanto mais de uma ação coletiva que, como visto, pelos dados de outros países, naturalmente dispense mais tempo e atos processuais.

Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que o ideal seria a suspensão obrigatória dos processos individuais “com a tramitação célere por meio de um sistema de preferência da demanda coletiva”<sup>238</sup>, mas reconhece não ser essa a previsão legal, uma vez que a suspensão das ações singulares é uma faculdade do indivíduo. Para ele, haveria continência entre a demanda coletiva e as individuais de natureza indenizatória, “em razão da identidade das causas de pedir e a maior abrangência do pedido deduzido na demanda coletiva, que contém também os pedidos individuais”. (LUCON, 2016, p. 202).

Do mesmo modo que na conexão, só tem sentido pensar em continência se fosse possível a reunião e julgamento conjunto dos processos, conclusão que, no exemplo citado

---

<sup>235</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et.al., 2017, p. 1028-1029.

<sup>236</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso também reconhece “uma certa prejudicialidade externa entre as causas de pedir na ação coletiva e nas demandas individuais”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 20-47, dez. 2000, versão digital).

<sup>237</sup> Segundo dados do CNJ, é extremamente complexo medir o tempo do processo. Em 2016, considerando apenas o tempo de prolação da sentença em 1º grau, a média nacional, na fase de conhecimento, era de 3,2 anos na Justiça Estadual e 2,5 anos na Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj.83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

<sup>238</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 202.

pelo próprio autor – 30.000<sup>239</sup> ações discutindo tarifas de assinatura telefônica distribuídas em um único juizado especial cível – é bastante complexo sob a ótica da gestão processual.

Diante desse impasse sobre o que diz a norma e o que seria adequado aos interesses sociais e do processo, além da clara percepção de que as ações individuais seriam julgadas muito mais rapidamente do que a demanda coletiva, surgiu uma solução para o problema via construção jurisprudencial. Referimo-nos ao emblemático Recurso Especial nº.1.110.549/RS, por representar o primeiro momento de imbricação entre as técnicas da tutela coletiva e da tutela plurindividual.

Nesse recurso especial julgado pela técnica dos recursos repetitivos, o STJ determinou, por decisão do ministro relator Sidnei Beneti, da 2ª Seção, em 28/10/2009, a suspensão, de ofício, de todos os processos individuais e coletivos em curso no território nacional envolvendo a discussão sobre a correção monetária das aplicações financeiras durante a vigência dos Planos Econômicos – Bresser, Verão e Collor I e Collor II. Segundo noticiado na imprensa<sup>240</sup>, no ano de 2009, havia 694 mil ações individuais e 721<sup>241</sup> ações coletivas sobre o mesmo tema.

A fundamentação para a suspensão das ações individuais foi a seguinte: segundo o relator, os arts. 51, IV e 103, § 1º e 104 do CDC deveriam ser interpretados em consonância à sistemática trazida pelo art. 543-C do CPC de 1973 – nada obstante, a decisão do ministro ter suspenso não só os demais recursos especiais sobre a matéria (art. 543-C, § 1º), mas sim determinado a suspensão do andamento processual de todas as ações individuais, para aguardar o julgamento da ação coletiva<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos, 2016, p. 204.

<sup>240</sup> Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado.2009.11.656669-stj-suspende-analise-de-aco-es-individuais-sobre-perdas-da-poupanca.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>241</sup> É complexa uma resposta sobre o motivo de haver tantas ações coletivas sobre o mesmo tema. Certamente, passa pelo art. 16 da LACP às contendas doutrinárias sobre haver ou não haver litispendência entre ações coletivas, haja vista o sistema de legitimidade concorrente-disjuntiva. P.ex., nos anos 2000, Rodolfo de Camargo Mancuso afirmava “que o reconhecimento da litispendência deveria ser deixado para os casos extremos, para não desestimular o exercício salutar da cidadania, no contexto de uma democracia participativa [...]”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2000).

<sup>242</sup> Segundo trecho do voto do relator: “[...] 8.- No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter

O acórdão afasta a existência de litispendência entre a ação coletiva e os processos individuais correlatos, portanto, não impede o exercício do direito de ação. Mas, marca o início de uma releitura dos dispositivos do processo coletivo, pela correlação entre seus institutos e a legislação processual civil voltada à litigiosidade plurindividual.

O CPC de 2015, por via das técnicas de coletivização do resultado do julgamento de ações individuais (IRDR e recursos repetitivos), termina por aderir às razões do voto, tendo em vista que, sob a ótica do interesse público na gestão processual para o funcionamento do serviço judiciário, não basta apenas a suspensão dos eventuais recursos dirigidos aos tribunais superiores, pois, inexoravelmente, os feitos individuais e coletivos continuariam sendo processados de forma desnecessária em 1º e 2º graus de jurisdição.

Daí que os art. 982, I e 1036, § 1º, cuidando, respectivamente, das consequências da admissão do IRDR e da afetação do recurso extraordinário e especial repetitivos, dispõem sobre a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em toda área geográfica envolvida: local, estadual, regional ou nacional.

---

a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido. Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide. A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva. 9.- Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* dispõe que ‘a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo’. O direito ao ajuizamento individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão. A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (poderá, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e REsp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008). Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva. [...]” (REsp 1110549.RS, rel. ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28.10.2009, DJe 14.12.2009).

### 3.3.4 Após a sentença coletiva: liquidação, execução individual e a *fluid recovery*

Sob a lógica do processo coletivo no trato de demandas substancialmente individuais, somente as questões comuns serão solucionadas pela sentença genérica coletiva. Desse modo, nos termos do art. 95 do CDC, a condenação será genérica e fixará a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Isso porque guardará congruência com o pedido coletivo (art. 492, 497 CPC de 2015), também genérico e que alberga predominantemente tutela de natureza ressarcitória<sup>243</sup>, na busca do reconhecimento da ocorrência das lesões e da identificação do agente causador, mas sem quantificar, em regra, o valor individualizado do dano. Essa última operação ficará postergada à fase de análise das questões particulares de cada titular do direito material controvertido.

Camilo Zufelato, discorrendo sobre o instituto da continência adaptado à tutela coletiva, explica que “o pedido de condenação genérica contém em parte os pedidos individuais, somente quanto ao dever de indenizar do demandado, restando de fora a efetiva indenização dos valores de cada sujeito lesado”. (ZUFELATO, 2011, p. 392).

Desse modo, a sentença genérica é apenas *ilíquida*, mas não deixa de ser *certa*, porque deve delimitar exatamente a espécie de obrigação e a responsabilidade do demandado (art. 491, CPC de 2015). Logo, não é exceção<sup>244</sup> à regra geral do art. 492, parágrafo único do CPC de 2015, que dispõe sobre a decisão judicial ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Mas como ocorre o aproveitamento da sentença genérica coletiva pelos indivíduos lesados? Nos termos do art. 103, § 3º, do CDC, os efeitos da coisa julgada coletiva sobre sentença procedente beneficiarão todos os que tenham sofridos danos pessoais, assim, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e à execução individual ou coletiva, conforme o caso.

Essa técnica se denomina de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para as futuras ações indenizatórias individuais e está presente em toda ação coletiva, independentemente de veicular a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É um mecanismo processual voltado à economia e efetividade da ação coletiva,

---

<sup>243</sup> SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2006, p. 175.

ao mesmo tempo em que previne a ocorrência de contradições lógicas entre o julgado coletivo e os individuais <sup>245</sup>.

Processualmente, entende-se que nessa relação entre a sentença coletiva e as ações individuais ocorre uma ampliação *ope legis* do objeto litigioso do processo, já que sem autorização expressa não seria possível aproveitar a coisa julgada coletiva em favor dos lesados individuais, de modo a permitir uma inclusão implícita do dever de indenizar os danos causados pela conduta lesiva <sup>246</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 413) justifica que a ampliação do objeto decorre da lei, somada “à natureza e dimensão do objeto litigioso, que determina diferenciadas projeções, por razões de conveniência ou de opção política, sopesadas pelo legislador”.

Ricardo de Barros Leonel discorda da ideia de ampliação do objeto do processo, considerando tratar-se apenas de uma exceção legal ao sistema tradicional por política legislativa, mas afirma que pouco importa o nome do fenômeno, sendo relevante o significativo avanço em benefício do efetivo acesso à justiça e ordem jurídica justa <sup>247</sup>.

De fato, no tocante à litigiosidade repetitiva, representa uma enorme facilidade processual na busca da efetividade da tutela coletiva porque os indivíduos lesados não terão que se preocupar em demonstrar, nas respectivas ações individuais, dois dos elementos fundamentais da obrigação de indenizar: a existência do dano em massa (*an debeat*) e quem é o responsável ou quem deve (*quis debeat*).

Contudo, o aproveitamento *in utilibus* da coisa julgada coletiva, embora importante, não será suficiente para o efetivo ressarcimento individual. Isso porque caberá ao titular do direito subjetivo, numa segunda fase do procedimento, provar que é vítima (*cui debeat*) do dano em massa reconhecido na primeira etapa (sentença genérica) e individualizar seu prejuízo (*quantum debeat*).

Por haver uma cisão da atividade cognitiva, afirma-se que o procedimento da ação coletiva relativo à tutela de direitos individuais é fragmentado em dois momentos distintos e

---

<sup>245</sup> ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 399.

<sup>246</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 1018-1019; ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 402.

<sup>247</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, 2017, p. 359-360.

sucessivos<sup>248</sup>. Daí que existe, na verdade, um longo caminho a ser percorrido pelas vítimas e seus sucessores, pois, ainda que o CDC permita inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), deverão ser provados a legitimidade de parte de quem se afirmar lesado, o dano individual sofrido, o nexo causal com o dano em massa reconhecido e o montante do prejuízo sofrido<sup>249</sup>

250

Por essa razão, o art. 97 do CDC prevê a liquidação da sentença genérica como forma de habilitar as vítimas e seus sucessores. Conforme entendimento de Luiz Rodrigues Wambier, à luz do processo civil individual, a liquidação de sentença tem natureza jurídica de uma nova ação, distinta daquela que emanou a sentença liquidanda e prossegue:

Para nós, o objeto litigioso do processo de liquidação é outro, diferente da lide em torno da qual girou o processo em que se produziu a sentença cujo *quantum* ou extensão se pretende apurar. Portanto, a decisão que põe fim à liquidação tem conteúdo de sentença, embora, para fins de recorribilidade, seja considerada decisão interlocutória – e, como tal, seja agravável [...] Em razão de tal conteúdo, como já afirmamos, tal pronunciamento judicial transita em julgado e é rescindível. Evidentemente, não há erro na alusão a que se estaria na fase de liquidação. Mas se trata, é claro, de uma fase do iter percorrido pelo credor, até que este seja, final e efetivamente, satisfeito. Pode-se também afirmar que a liquidação é um procedimento: mas não um *mero* procedimento. É um procedimento que convive com o processo sincrético em que se insere a ação de liquidação, sendo a sua forma de exteriorização. (WAMBIER, 2013, p. 91).

A definição se aplica com maior razão no processo coletivo, cuja liquidação, não obstante o veto do parágrafo único do art. 97<sup>251</sup>, será pelo procedimento comum (antiga

---

<sup>248</sup> “[...] um primeiro processo em que se abordam coletivamente as questões comuns à classe, que culmina eventualmente em uma sentença genérica coletiva de condenação, e um segundo processo complementar, em que se abordam de forma particularizada as questões individuais pertinentes a cada indivíduo substituído. A sentença coletiva tem seu objeto restrito à parcela homogênea, compartilhada por uma coletividade de indivíduos, de interesses individuais gerados por uma lesão “de massa”. (OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 222).

<sup>249</sup> SHIMURA, Sérgio, 2006, p. 180.

<sup>250</sup> Exatamente por todas as questões pendentes de prova é possível a chamada liquidação “zero”, ou seja, o resultado negativo resultante da liquidação individual, caso não tenha sido comprovado o dano individual ou o nexo de causalidade com o dano globalmente apurado. Nesse sentido, cita-se SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. Coleção Atlas de Processo Civil. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009, p. 122.

<sup>251</sup> “Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que se trata o art. 82. Parágrafo único. Vetado – A liquidação de sentença, que será

liquidação por artigos), conforme art. 509, II e 511 do CPC de 2015, em virtude da necessidade de se provar matéria fática. Em regra: a titularidade do direito, o prejuízo individual e o nexo causal com o dano globalmente demonstrado.

Ainda nos termos do art. 97, é dada preferência à execução individual do julgado coletivo, ou seja, pelo titular do direito material, ainda que a parte final do dispositivo permita que tanto a liquidação quanto a execução possam ser promovidas pelos substitutos processuais do art. 82. Essa possibilidade apresenta como problema incontornável o fato de que, na prática, dificilmente os entes intermediários terão as informações particulares dos sujeitos individuais, necessárias para quantificar o prejuízo devido. Além disso, não há mecanismo de controle para que os substitutos processuais tenham conhecimento prévio sobre quem já executou e quem está pendente de execução individual.

Em relação ao Ministério Público como substituto processual na defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que apresentem relevante interesse social, há o inconveniente teórico em compatibilizar a função constitucional da instituição (art. 127, CRFB) com a possibilidade de se ocupar com a satisfação de interesses puramente individuais. Pois, ultrapassada a fase de obtenção da sentença genérica, resta encerrada a defesa coletiva do direito, razão pela qual defende-se que não há legitimidade da instituição para promover a liquidação e execução individual<sup>252</sup>.

Ressalvado o entendimento acima, pensamos que o legislador agiu corretamente quando previu a possibilidade da execução individualizada poder ser ajuizada pelos legitimados extraordinários, porque se o direito envolvido permite a defesa coletiva, tendo em vista a satisfação do julgado, seria mais efetivo se o cumprimento da decisão não dependesse da iniciativa individual de cada lesado.

A difícil operacionalização prática, na verdade, não decorre do preceito legal, mas de uma dificuldade anterior, de origem, relativa à má compreensão de quais direitos individuais dariam ensejo a serem qualificados como homogêneos e aptos a serem defendidos via ação coletiva.

Isto porque, embora haja a previsão da fragmentação cognitiva com a finalidade de se apurar o dano individualizado, não é qualquer direito individual que se mostra adequado a ser

---

por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só, o nexo de causalidade, o dano e seu montante.”

<sup>252</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 970.

defendido por intermédio de uma ação coletiva. Somente aqueles nos quais as questões comuns sejam prevalentes às individuais e, mais, se as questões particulares de cada titular não forem residuais, demandando o percurso processual de uma longa liquidação para se decidir sobre praticamente tudo, conclui-se que a ação coletiva não era adequada à defesa daqueles direitos erroneamente qualificados como homogêneos.

No direito brasileiro não existe fase análoga à fase de certificação norte-americana da ação individual para que tramite como ação coletiva, na qual essas questões são exaustivamente debatidas antes do mérito. Na prática, no Brasil, pouca atenção é dada à investigação prévia das qualidades do direito individual que se alega homogêneo, sob o temor de uma indevida restrição à tutela coletiva. Todavia, essa opção legislativa tem como efeito deletério gerar decisões coletivas de pouca serventia prática, seja porque prolatadas muito após a resolução dos feitos individuais ajuizados em concomitância, seja porque depende de uma participação ativa dos sujeitos titulares do direito para a satisfação do julgado, impossível de ser suprida por outrem.

Nessas hipóteses, caso a questão comum seja predominantemente de direito, o mais adequado seria sua solução via técnica de tutela plurindividual (IRDR ou REER), liberando os titulares do direito individual para utilizar a tese fixada no julgamento como melhor lhes aprouver.

O art. 98 do CDC estabelece que a execução também poderá ser coletiva e promovida pelos legitimados extraordinários, contudo, a palavra *coletiva* apenas se refere ao fato de poder ser efetuada pelos entes do art. 82 do código – na condição de representantes<sup>253</sup> das vítimas e não como substituto processual como se dá na segunda parte do art. 97<sup>254</sup> –, logo, não perde a característica de ser estabelecida de forma individual<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 973.

<sup>254</sup> “A liquidação individual poderá ser promovida, naturalmente, pela vítima ou seus sucessores, em legitimação ordinária; ou, excepcionalmente, pelos legitimados de que trata o art. 82 do CDC, mas agora em típica legitimação extraordinária, defendendo o substituto, em nome próprio, direitos concretos, específicos e divisíveis dos substituídos. Destarte, é evidente que a atuação dos entes extraordinariamente legitimados, agora, vai depender da provocação dos titulares dos direitos lesados, que, impreterivelmente, terão de informar os detalhes pessoais dos fatos constitutivos de seus direitos.”. (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, 2009, p. 137).

<sup>255</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et.al.*, 2017, p. 973. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, 2009, p. 140.

A única execução coletiva genuína é a do art. 100 do CDC, cuidando da indenização a ser revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, chamada de *fluid recovery*, por influência da doutrina das *class actions* norte-americanas <sup>256</sup>.

Quanto ao juízo competente para a liquidação e execução individual do julgado coletivo, após muita controvérsia – em razão do parágrafo único do art. 97 do CDC prever inicialmente o domicílio do liquidante e ter sido vetado –, ficou definido pelo STJ<sup>257</sup>, no julgamento do REsp repetitivo nº. 1.243.887/PR, de 19/10/2011, a possibilidade de livre distribuição a critério do credor, seja no foro em que tramitou a ação coletiva, seja no foro de seu domicílio, com base nos artigos 98, I e 101, do CDC, a fim de potencializar o acesso à justiça e impedir a inviabilização dos trabalhos do juízo sentenciante.

Por interpretação sistemática dos art. 516 do CPC de 2015, art. 98, § 2º, 90, 101, I, do CDC e 21 da lei de Ação Civil Pública, consideram-se, ainda, alternativamente competentes o juízo do foro do atual domicílio do executado e o juízo do foro no qual o executado possui bens sujeitos à expropriação <sup>258</sup>.

O STJ também decidiu, em sede de recurso repetitivo, quanto ao prazo para o ajuizamento da liquidação e execução individual do julgado coletivo, no REsp. nº. 1.273.643/PR, julgado em 27/02/2013<sup>259</sup>. Partindo da interpretação da Súmula nº. 150 do STF – “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação” –, entendeu o tribunal que é necessário fazer uma distinção entre o prazo prescricional da ação individual de

---

<sup>256</sup> “*Fluid recovery*. Técnica que substitui a indenização direta das pessoas lesadas por um ato ilícito por uma forma indireta de satisfação dos interesses do grupo. Entre as formas possíveis estão o monitoramento médico do grupo, a diminuição do preço do produto para compradores futuros. Em princípio, pode ser obtida em sentença ou ser objeto de acordo entre as partes, e tanto pode dizer respeito a todo o dinheiro obtido com o acordo, como a uma parte, como somente àquela parte do fundo que não foi solicitada pelos membros do grupo (*unused funds*). É pacífico que a técnica pode ser utilizada de forma consensual entre as partes (em acordo), mas ainda é controvertido se um juiz pode impor às partes tal técnica em uma sentença.”. (GIDI, Antonio, 2007, p. 473).

<sup>257</sup> Recurso representativo de controvérsia, julgado pelo art. 543-C do CPC de 1973, REsp. 1.243.887.PR, data de julgamento 19.10.2011. Interessantes são as considerações do voto-vencido da ministra Maria Isabel Gallotti, para quem deveria ser permitida o ajuizamento da liquidação e execução individual do julgado no domicílio do credor, desde que seu domicílio esteja situado no âmbito de jurisdição do tribunal revisor daquele juiz que deu a sentença coletiva. A preocupação da ministra era com a uniformização a respeito da interpretação da sentença coletiva que, em tese, poderia ficar a cargo de mais de um tribunal estadual ou regional, sem posterior possibilidade de uniformização pelo STJ, uniformizador da interpretação e aplicação do direito federal.

<sup>258</sup> LEONEL, Ricardo de Barros, 2017, p. 509; SILVA, Érica Barbosa e, 2009, p. 112; ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos*. Coleção Atlas de Processo Civil. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.

<sup>259</sup> Em 05.09.2013, o STF não reconheceu repercussão geral ao tema, considerando ser matéria infraconstitucional, na análise do ARE nº. 750.489 RG/PR.

conhecimento, regido pelas regras próprias de cada espécie de pretensão de direito material envolvida, e o prazo prescricional da liquidação e execução individual de sentença coletiva.

Feita essa distinção, prosseguiu o tribunal afirmando que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública, nos termos do art. 21<sup>260</sup> da Lei nº. 4.717/1965 (LAP), é de cinco anos. Logo, se a execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação de conhecimento, decidiu-se que este também seria o prazo prescricional para a propositura das liquidações e execuções individuais do julgado coletivo, ao menos nas relações de direito privado.

O caso concreto tratava de ressarcimento de poupadores por perdas em aplicações financeiras decorrente dos famosos planos econômicos brasileiros. Em decorrência da tese fixada, surgiu o seguinte estranhamento: o autor individual tinha 20 anos (CC revogado) para o ajuizamento de sua ação de conhecimento, contudo, caso preferisse a via do processo coletivo e aderisse à coisa julgada coletiva *secundum eventum litis* deveria providenciar a liquidação e execução individual em, no máximo, cinco anos do *trânsito em julgado da decisão judicial coletiva*, sob pena de prescrição da pretensão executória.

Há entendimento doutrinário de que o prazo prescricional para a execução individual começa apenas a partir da intimação da sentença coletiva transitada em julgado, que deveria se dar por ampla publicidade, por meio da publicação de editais. Esse entendimento estava de acordo com o preceito do art. 96<sup>261</sup> do CDC que, no entanto, foi vetado pela Presidência da República. Embora tenha tomado corpo a tese doutrinária<sup>262</sup> de que o veto seria originário de uma remissão errônea a outros dispositivos, é difícil sustentar a obrigatoriedade de algo que deliberadamente fora suprimido do texto legal.

Claro que a ampla publicidade do ajuizamento da ação coletiva e do trânsito em julgado da sentença de procedência é medida salutar na promoção da efetividade da tutela coletiva, contudo, o microsistema de processo coletivo falha muito nesse aspecto, uma vez

---

<sup>260</sup> Partindo da premissa de que as leis sobre processo coletivo formam um microsistema intercambiável e considerando a ausência de regra expressa sobre a prescrição para a propositura de ação civil pública, é antiga a jurisprudência do STJ no sentido de, por analogia, em virtude da ideia de microsistema coletivo, adotar o prazo prescricional previsto no art. 21 da Lei nº. 4.717.1965. P.ex., REsp. 1.070.896/SC, data do julgamento 14.04.2010; REsp. 1.089.206.RS, data de julgamento 23.06.2009; REsp. 406.545/SP, data de julgamento 09.12.2002.

<sup>261</sup> “Art. 96. Vetado – Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93”.

<sup>262</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. In GRINOVER, Ada Pellegrini et.al., 2017, p. 965; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva, 2009, p. 136.

que mesmo o art. 94 do CDC estabelece uma publicidade meramente formal, haja vista que só exige a publicação do ajuizamento do feito coletivo em órgão oficial (diário oficial), cuja leitura pelo cidadão comum é praticamente nenhuma.

Sobre a possibilidade de “ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”, parte final do dispositivo, comentado anteriormente, não diz quem pagará pela publicidade, cujo custo não pode ser imposto ao réu (lide no início do trâmite processual) nem ser suportado de graça pelos meios de comunicação. A questão das custas poderia ser resolvida pelas regras gerais do processo civil, art. 82, § 2º do CPC de 2015 – “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou” –, mas, mesmo que se conclua pela superação do veto do art. 96 por uma interpretação sistemática e se aplique, por analogia, o art. 94, permanece, no mínimo, o óbice da ineficiência do meio de publicidade eleito pelo legislador <sup>263</sup>.

Esse problema também foi enfrentado pelo STJ no julgamento de 26/08/2015, no REsp representativo de controvérsia nº. 1.388.000/PR, cujo tema era a fixação do “termo *a quo* do prazo prescricional quinquenal das execuções individuais de sentenças coletivas”. Na ocasião foi rechaçada a possibilidade de analogia exatamente porque não há lacuna legislativa, mas sim deliberada vontade do veto presidencial num determinado sentido.

Desse modo, aplicar analogia no caso seria uma forma do Poder Judiciário arvorar-se legislador ordinário e derrubar o veto presidencial, conduta tida pela maioria dos ministros como inadmissível em um regime democrático de direito, por ferir a harmonia entre os poderes da República (art. 2º da CRFB). Sendo assim, fixou-se a tese jurídica de que “o prazo prescricional para a execução é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei nº. 8.078/90”.

Em conclusão, a divulgação é insuficiente do início ao fim da ação coletiva, albergando o provável risco de que boa parte dos beneficiários da sentença coletiva jamais tome conhecimento da lesão global reconhecida.

Outra questão delicada e enfrentada em sede de recurso repetitivo pelo STJ foi sobre o termo inicial dos juros de mora incidentes na reparação econômica. Seria contado desde a data

---

<sup>263</sup> O STJ decidiu, sob à égide do CPC de 2015, que divulgação da sentença coletiva pode ser feita pela publicação de editais pela rede mundial de computadores, por iniciativa do próprio Poder Judiciário, como medida de cientificar o maior número possível de interessados ou beneficiários na sentença, na esteira do art. 257, II e III do CPC de 2015. REsp. nº. 1.285.437/MS, data de julgamento 23.05.2017.

da citação do devedor na liquidação e execução individual ou a partir da data da citação do devedor na ação coletiva?

A importância da discussão para o enfrentamento da litigância repetitiva via ação coletiva é evidente, haja vista, que caso prevalecesse o entendimento de que os juros demora fluiriam apenas a contar da data da citação na liquidação da sentença (sem vantagem alguma para o titular do direito individual em aguardar o desfecho do processo coletivo), seria um incentivo em sentido oposto, ou seja, em prol da pulverização em massa de ações.

Considerando a interpretação<sup>264</sup> que melhor favorecia a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, decidiu o STJ<sup>265</sup>, pelo rito dos recursos repetitivos, em 21/05/2014, no REsp. nº. 1.370.899/SP a seguinte tese jurídica: “os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem que haja configuração da mora em momento anterior”.

Superadas as dúvidas quanto o juízo competente e fixado o prazo prescricional da execução individual e se, devido à insuficiência de publicidade ou por desinteresse dos titulares em virtude da lesão de pouco valor individual, não se apresentarem interessados na execução singular? Nessa hipótese, surge a única *execução coletiva* possível, prevista no art. 100 do CDC, e promovida pelos substitutos processuais, cujo produto arrecadado, nos termos do parágrafo único, será revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, referido no art. 13 da LACP e criado pela Lei nº. 9.008/1995, reparação chamada de *fluid recovery*.

Em relação à ação coletiva cujo objeto seja direito individual homogêneo, a execução coletiva é considerada sempre *eventual* e *subsidiária* ou *residual* e tem como escopo evitar o enriquecimento ilícito do causador do dano global reconhecido, devolvendo esse lucro indevido à sociedade <sup>266</sup>.

É tida como *eventual* porque, para incidência do art. 100, tem como premissas uma sentença condenatória de obrigação de pagar e o decurso do prazo de um ano sem habilitação

---

<sup>264</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 293.

<sup>265</sup> Buscando interpretar os dispositivos legais relativos ao processo coletivo que melhor potencialize o seu manejo estão, p.ex., os julgados que consideram o termo inicial da contagem da prescrição de parcelas vencidas, na hipótese em que o titular do direito opta pelo ajuizamento de ação de conhecimento individual, com o mesmo objeto da mencionada ação coletiva, como sendo a data da propositura da ação singular, vedando o aproveitamento da data da propositura do processo coletivo, de modo a incentivar o aguardo de seu desfecho. REsp. nº. 1.723.595/SC, data de julgamento 03.04.2018.

<sup>266</sup> SILVA, Érica Barbosa e, 2009, p. 136.

de interessados em número compatível com a gravidade do dano<sup>267</sup>. Esse prazo de um ano não é decadencial nem prescricional, sendo apenas um termo fixado pela lei para que se dê início, se for o caso, à execução coletiva, mas de modo algum impede que os sujeitos beneficiados pela sentença coletiva venham pleitear seu ressarcimento individual até o prazo prescricional analisado anteriormente<sup>268</sup>.

É *subsidiária* exatamente porque se houver interesse dos beneficiários da decisão coletiva – e não precisa ser de todos – em quantidade significativa, não caberá a *fluid recovery* em favor do Fundo. O art. 99 do CDC confirma a subsidiariedade quando determina a suspensão do envio de valores ao Fundo “*enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais*”.

Um ano, na justiça brasileira, realmente não é um período significativo para se aferir se houve ou não execuções individuais em número correspondente à gravidade do dano. Isso significa ser possível a concomitância entre execuções individuais e a execução coletiva, caso o juiz natural entenda que as execuções individuais ajuizadas estejam em número muito aquém da extensão da lesão em massa fixada na sentença genérica coletiva. A solução para se evitar que o réu pague duas vezes pela mesma lesão individual é permitir a compensação<sup>269</sup> entre os valores estimados a título de *fluid recovery* e as execuções individuais que forem sendo ajuizadas.

Na prática, porém, surgem muitos obstáculos em relação à execução individual e coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos. De início, porque, em regra, dificilmente uma sentença coletiva condenatória em obrigação de pagar prescindirá da conduta individual do beneficiado para que haja a satisfação do crédito supostamente existente (considerando, ainda, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar

---

<sup>267</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 325-333, jul./ago. 2004, versão digital.

<sup>268</sup> SILVA, Érica Barbosa e, 2009, p. 138.

<sup>269</sup> Érica Barbosa e Silva acredita que dificilmente ensejará um *bis in idem* ao causador do dano: “A execução voltada para a reparação fluida pode ter início logo após o decurso do prazo de um ano, por iniciativa dos legitimados pelo art. 82 do CDC. Seu objeto, porém, é bastante específico: a fixação do *quantum debeatur* pelos danos globalmente causados e o respectivo cumprimento da sentença genérica. Sendo assim, é evidente que essa execução coletiva dificilmente ensejará um *bis in idem* ao causador do dano.” (Ibid., p. 139). Todavia, pensamos que há uma contradição nesse entendimento porque, em matéria de direitos individuais homogêneos, não existe *quantum debeatur* pelos danos globalmente causados descolado dos danos individuais que deverão ser apurados em liquidação individual, a menos que se considere a execução coletiva como não sendo subsidiária e que em qualquer caso, deverá haver um recolhimento ao Fundo, o que encontraria óbice no texto do art. 100 do CDC que não diz isso.

liquidação e execução singular de direito individual homogêneo disponível - art. 127 da CRFB).

Segundo, porque, caso a ação coletiva tenha sido ajuizada por Associação, surgirá o óbice do art. 2º-A da Lei nº. 9.494/1997, cujo texto afirma que a sentença prolatada em processo coletivo ajuizado por associação na defesa dos interesses e direitos dos seus associados abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

E ainda, o parágrafo único do dispositivo cria uma discriminação em prol do Estado e de sua administração indireta e afirma que nas ações coletivas propostas contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos associados e indicação dos respectivos endereços.

Havia a expectativa em torno da declaração de inconstitucionalidade<sup>270</sup> do dispositivo se não fosse a decisão do STF proferida em sede do RE nº. 573.232/SC, pelo rito dos recursos repetitivos, na qual se decidiu que a associação é representante dos interesses de seus associados e como tal, torna-se obrigatório, para o ajuizamento de ação coletiva, que haja a juntada da relação nominal de autorização ou de ata assemblear específica para a propositura em questão, independentemente de o réu ser o Estado ou particular.

Além disso, o gargalo atual da prestação jurisdicional no Brasil encontra-se exatamente na fase de execução. Segundo o *Relatório Justiça em Números*, o tempo do processo – um dos itens considerados na análise da litigiosidade –, na execução ou cumprimento da sentença, entre seu início e a data da última decisão judicial de mérito na fase satisfativa, é, em média, quase o triplo do tempo gasto na fase de conhecimento. Ainda que com variações, esse dado se repete em todas as justiças, comum e especial, e em todos os tribunais do país e está considerando apenas o processo individual<sup>271</sup>.

Tomando em conta que a ação coletiva possui uma tramitação naturalmente mais lenta que o processo individual e que demandará, na quase totalidade dos casos, a liquidação (ação de conhecimento) para a demonstração da titularidade, do prejuízo individual e do nexo

---

<sup>270</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 277-279.

<sup>271</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017, p.133-134. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

causal com o dano global, evidente que a execução individual de sentença genérica coletiva precisará de mais tempo que o gasto no cumprimento de sentença individual clássica.

Essa constatação abala parte considerável da vantagem no manejo da tutela coletiva, pois, dependendo da hipótese, pode ser que o titular do direito subjetivo avalie ser melhor apostar no ajuizamento de uma ação individual do que aguardar o desfecho de uma ação por substituição processual. Além disso, de qualquer modo, o titular do direito não poderá prescindir da contratação dos serviços profissionais de um advogado para promover sua execução individual do julgado coletivo, haja vista a incompetência absoluta dos juizados especiais para tal mister <sup>272</sup>.

Há quem defenda<sup>273</sup>, a partir de uma interpretação constitucional, teleológica e sistemática do ordenamento pátrio, que a sentença genérica seja apenas uma possibilidade de solução da ação coletiva. Sendo assim, seria possível imaginar uma composição do litígio em massa de modo que a sentença coletiva fosse “intrinsecamente executável” ou “coletivização *tout court*”, bastante em si mesma, sem necessidade de liquidação e execução individual. Sugere-se que a sentença genérica seja subsidiária apenas na hipótese de não ser possível o emprego de outras técnicas, como a execução invertida, a fixação dos danos por amostragem ou estimativa média.

Concorda-se com a ideia, mas apenas após uma mudança legislativa profunda, cujo propósito seja especialmente equalizar o direito de defesa, manifestamente posto em segundo plano no processo coletivo brasileiro. Isto significa alterações, p.ex., no regime jurídico da

---

<sup>272</sup> É controversa a possibilidade de ajuizar execução individual de sentença genérica coletiva nos juizados especiais. Pelo art. 3º da Lei nº. 10.259/01: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou *individuais homogêneos*.” A Lei nº. 9.099/1995, no art. 3º, § 1º, por sua vez que diz que o juizado especial cível tem competência para promover a execução dos seus julgados e dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até 40 vezes o salário mínimo. A Lei nº. 12.153/2009, que dispõe sobre os juizados especiais da fazenda pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, *por outro lado*, exclui os direitos individuais homogêneos das ações vedadas na competência desses juizados. Art. 2º, § 1º. “Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos”. Pela incompetência do juizado especial federal julgar execução individual de sentença genérica coletiva proferida por vara federal, cita-se TRF2: 0012871-45.2015.4.02.0000/RJ; TRF3: 0022087-66.2016.4.03.0000/SP; TRF5: 0800256-57.2014.4.05.8304.

<sup>273</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 222, p. 41-64, ago. 2013, versão digital.

coisa julgada coletiva, deixando de ser *secundum eventum litis* para ser *pro et contra*. A questão da ausência de prejudicialidade entre a ação coletiva e as individuais correlatas também mereceria ser repensada.

No regime atual, o réu não tem incentivo nenhum em cumprir espontaneamente a sentença coletiva, ainda que tenha informação suficiente sobre os titulares do direito material lesado, o que afastaria a sugestão de execução invertida. Ao contrário, tem receio de cumprir em uma frente e ser surpreendido em outra, situação deveras comum<sup>274</sup>, cuja solução apontada pela doutrina é que ele mesmo deve ter o controle de tais ações e execuções, o que é uma falácia, já que nem mesmo o Poder Judiciário possui um sistema informatizado tão bem alimentado a ponto detectar com precisão todas as ações coletivas e individuais sobre o mesmo litígio repetitivo. O mais comum, na prática, é o réu identificar que existe uma sobreposição de execuções (advindas de ação coletiva e ação individual) no momento em que está para pagar a segunda ou terceira cobrança judicial relativa ao mesmo credor.

Quanto à execução coletiva, conforme expõe Marcelo Abelha Rodrigues, melhor seria se o legislador tivesse fixado seu termo *a quo* após o decurso do prazo prescricional de exercício da execução individual pelos beneficiários. Prossegue questionando vários problemas que a lei cria como, p.ex., seriam a ponderação e o sopesamento do número de liquidações individuais com a gravidade do dano – “Como saber da existência de outras liquidações oriundas de ações individuais em que o indivíduo optou por não aderir à ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos?” (RODRIGUES, 2004).

Pergunta fulcral feita pelo autor e que demonstra contradição teórica relevante nessa matéria é como poderá o juiz natural avaliar a gravidade da lesão global se esta depende da apuração dos prejuízos particulares e apurados nas liquidações individuais?

Sérgio Cruz Arenhart<sup>275</sup> conclui pela ineficácia da execução coletiva analisando a composição dos recursos constantes do FDDD. Do total arrecadado, um percentual ínfimo

---

<sup>274</sup> Confira-se a Execução em Mandado de Segurança Coletivo nº. 7.385-DF, processada perante o STJ, e as diversas decisões proferidas pelos ministros sobre a “relevante confusão processual”, nas palavras da Ministra Laurita Vaz, cuja leitura da decisão monocrática de 03.08.2011, na qualidade de Presidente da Seção, vale muito para se compreender as dificuldades práticas para o efetivo controle a respeito da concomitância de títulos judiciais oriundos de mandado de segurança coletivo e mandado de segurança individuais.

<sup>275</sup> “Isso demonstra que a execução coletiva não tem funcionado, na prática e, o que é pior, que sequer haveria, a rigor, recursos suficientes (derivados de condenações coletivas) para apoio a programas de prevenção e recuperação de bens e interesses coletivos”. (ARENHART, Sérgio Cruz, 2014, p. 81-83). *Em sentido oposto*, entendendo que a execução coletiva é eficaz: “O Fundo aplicado à defesa dos direitos individuais homogêneos se mostrou um sistema extremamente eficaz. De um lado, combate a impunidade do causador do dano,

decorre de condenações judiciais referentes a direito ambiental e do consumidor. A maior parte dos recursos, na verdade, é originário da aplicação de multas administrativas por infrações à ordem econômica <sup>276</sup>.

Dessa forma, tanto a execução individual, sob a responsabilidade dos beneficiários da sentença genérica, quanto a execução coletiva, a cargo dos substitutos processuais, terminam por frustrar a efetividade da tutela coletiva, desestimulando sua utilização como meio de solução da litigiosidade repetitiva.

### 3.3.5 Acordos coletivos

Tanto quanto a ausência de estímulo ao cumprimento espontâneo da obrigação ressarcitória pelo réu, também a ausência de normas a respeito da possibilidade de se firmar acordos coletivos se apresenta como empecilho à efetividade do processo coletivo envolvendo a litigiosidade de massa.

Para esta dissertação, toma-se *acordo* como sinônimo de *transação*, instituto de direito civil<sup>277</sup> de natureza jurídica de negócio jurídico bilateral e contratual, levando à extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas e, no caso de controvérsias judicializadas, um dos meios consensuais possíveis de solução de conflitos jurídicos, via conciliação, mediação ou arbitragem, e estimulado pelo art. 3º, §§ 1º a 3º do CPC de 2015. Nos termos do art. 840 do Código Civil, possui como requisitos o acordo de vontades, concessões recíprocas e extinção da obrigação litigiosa ou duvidosa.

Embora o art. 841 do CC estabeleça que só é permitida a transação em relação a direitos patrimoniais de caráter privado, existem dispositivos legais autorizando a extinção de

---

condenando-o a uma reparação monetária, considerando o dano globalmente causado; de outro, reverte os valores apurados à defesa de direitos transindividuais, constituindo uma fonte de recursos ao Fundo, ou seja, privilegia a responsabilização do causador do dano e faz retornar esses recursos à própria sociedade, ainda que de forma indireta.” (SILVA, Érica Barbosa e, 2009, p. 141).

<sup>276</sup> Essa distribuição da arrecadação é mantida ano, após ano, conforme se constata da análise da planilha de 31.12.2017, disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos-consumidor/direitos-difusos/anexos/recfdd2017-dezembro-novo.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018. De um total de R\$ 591.746.505,03, apenas R\$ 13.143.188,95, ou 2,22%, são oriundos de condenações judiciais referentes a meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

<sup>277</sup> “A transação judicial tem conteúdo de direito material, por estabelecer nova situação jurídica entre os transatores e só é processual o seu efeito de pôr termo ao processo”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 2. Teoria geral das obrigações. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 329).

obrigações judicializadas e de direito público via acordo: o parágrafo único do art. 10 da Lei nº. 10.259/2001 e art. 8º da Lei nº. 12.153/2009, no âmbito dos juizados especiais federais e da fazenda pública, respectivamente; o art. 1º, da Lei nº. 9.469/1997, no caso de empresas públicas federais, e, mais recentemente, o art. 35 e seguintes da Lei de Mediação, Lei nº. 13.140/2015, no tocante às controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações.

Em virtude ainda do art. 841 do CC, entende-se que somente direitos disponíveis são passíveis de concessões recíprocas, afastando, em princípio, a possibilidade de transação em litígios envolvendo direitos transindividuais, no regime jurídico brasileiro, ontologicamente públicos, portanto, nesse raciocínio, indisponíveis<sup>278</sup>. Logo, conflitos seriais envolvendo direitos individuais homogêneos<sup>279</sup>, comumente associados a direito disponível seriam, em tese, naturalmente atraídos para a esfera dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 123-124) lembra que a autocomposição pode ser extra ou endoprocessual e, neste caso, levar “à renúncia, à submissão (reconhecimento do pedido, satisfação imediata) ou à transação” ou conduzir “à desistência da ação (mera extinção do processo, mantendo-se o *status quo ante* como se demanda alguma houvesse sido proposta)”.

Ocorrida dentro do processo judicial, após a homologação do juiz da causa, extingue a lide com efeitos de coisa julgada, nos termos do art. 487, III, “b” do CPC de 2015. Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 274) observa que “a transação pode ser anulada pelos vícios de vontade e pelos vícios sociais em geral, o que não ocorre na sentença. A sentença pode sofrer alteração em parte na via recursal; tal não ocorre na transação por sua indivisibilidade” – coerente com a previsão processual de que a decisão judicial de mérito transitada em julgado pode ser objeto de ação rescisória (art. 966, CPC de 2015), enquanto a sentença homologatória está sujeita à anulação (art. 966, § 4º, CPC de 2015).

---

<sup>278</sup> Sobre a categoria “direitos indisponíveis”, Elton Venturi destaca que “apesar de inexistir expressa conceituação legal no ordenamento brasileiro a respeito da locução ‘direitos indisponíveis’, pode-se dizer que existe uma compreensão generalizada no sentido de se tratar de uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares.”. VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016, versão digital.

<sup>279</sup> Nem todo direito individual homogêneo abarca direito disponível. Suponha uma ação coletiva pleiteando que todos os aposentados possam renunciar suas aposentadorias com o propósito de obter outra espécie de vantagem previdenciária. Nos termos do art. 181-B do Decreto nº. 3.048.1999, as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis. No mesmo sentido, RE (RG) nº. 661.256/SC.

Enquanto as *class actions* norte-americanas são (normalmente) encerradas por acordos entre as partes, muitas vezes antes mesmo da certificação da ação como coletiva – com ampla margem para negociação e renúncia considerável do direito material, sob a condução do advogado do representante do grupo<sup>280</sup> – as correspondentes ações coletivas brasileiras envolvendo direitos individuais homogêneos não receberam qualquer disciplina legal a respeito dos poderes dos substitutos processuais firmarem acordos, seja da LACP, seja do CDC.

Ainda assim, parte da doutrina defende a possibilidade de transação envolvendo tanto direitos metaindividuais, quanto direitos individuais homogêneos. Analisando com mais vagar as posições dos autores em paralelo com a definição de acordo acima, percebe-se que, via de regra, referem-se ao termo de ajustamento de conduta (TAC)<sup>281</sup>, previsto no art. 5º, § 6º<sup>282</sup> da LACP, introduzido pelo art. 113 do CDC.

Tecnicamente, porém, não é adequado afirmar que o compromisso de ajustamento de conduta seja uma transação. Isto porque o dispositivo legal não possibilita concessões mútuas (nos termos do art. 840, CC), mas apenas um reconhecimento implícito da ilegalidade da ocorrência apontada como lesiva, já que o suposto agente causador do dano aceita<sup>283</sup> conformar sua conduta às exigências tidas como legais – na visão do legitimado extraordinário que pode tomar o compromisso – e apenas negocia condições secundárias de cumprimento da obrigação: modo, tempo e lugar. Portanto, não há renúncia de parte alguma do direito coletivo, como ocorre na transação, não se aplicando ao TAC o regramento dos arts. 840-850 do CC<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 318-358.

<sup>281</sup> Pela natureza jurídica do TAC como sendo de transação, citam-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo. II Série: estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 48-50; MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 530; ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 453.

<sup>282</sup> LACP. Art. 5º. § 6º. “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

<sup>283</sup> Sobre o TAC no âmbito do inquérito civil: “Considerando que o inquérito civil é instrumento de utilização exclusiva do Ministério Público e considerando que este não pode dispor do conteúdo material do interesse lesado que investiga, o que ocorre, na verdade, é uma submissão do investigado, em relação ao interesse que o Ministério Público investiga.”. (VIGLIAR, José Marcelo Menezes, 2013, p. 128).

<sup>284</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 382-383.

Em sede de direitos individuais homogêneos, Antonio Gidi afirma que o processo coletivo nacional não comporta a realização de acordos coletivos em virtude de vários fatores: ausência de um mecanismo eficiente de controle judicial sobre os termos da convenção; ausência de notificação adequada dos beneficiários e oportunização para que eles se manifestem e se autoexcluem do acordo, além do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, haja vista que só vinculará os membros da classe em suas esferas individuais, se o pedido coletivo for julgado procedente, “o que autoriza a conclusão de que nenhum acordo vincula o membro do grupo que não se sentir pessoalmente beneficiado por ele”. (GIDI, 2008, p. 279).

Pela ausência de regras e pela configuração dada pelos art. 103 e 104 do CDC à coisa julgada coletiva e sua relação com as ações individuais correlatas, de fato, o acordo coletivo somente vinculará o titular do direito material se este tiver intervindo no feito coletivo como litisconsorte (art. 94, CDC) ou tiver requerido a suspensão de sua ação individual em curso (art. 104, CDC). Ou seja, a rigor, a transação coletiva homologada somente vincula o réu, mas não os autores individuais.

Portanto, para o titular do direito individual homogêneo, a sentença homologatória de transação coletiva terá efeitos *erga omnes in utilibus* <sup>285</sup>. Isto significa que caso o indivíduo entenda não ter sido o acordo firmado pelos substitutos processuais adequado a recompor a integralidade lesão global, poderá ajuizar ou manter sua ação individual, partindo do já acordado como um piso mínimo <sup>286</sup>, mas persistindo na totalidade do ressarcimento, inclusive sobre o objeto de concessão mútua pelo ente intermediário.

Em consequência, tem-se que os acordos em sede de ação coletiva, na prática, são raros. Há pouco tempo, o STF <sup>287</sup> homologou o maior acordo <sup>288</sup> coletivo da história nacional (cerca de 1 milhão de beneficiários), firmado entre representantes de poupadores e de instituições financeiras, envolvendo a reposição de perdas causadas pelos índices de correção

---

<sup>285</sup> ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 452; 454; 456.

<sup>286</sup> Ibid., p. 457-458.

<sup>287</sup> Acordo homologado na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165. *Plenário homologa acordo em ação sobre planos econômicos: Conforme destacou o relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, a decisão do STF assume um caráter de marco histórico na configuração do processo coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias.verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371096>> Acesso em: 02 mar. 2018. *Acordo coletivo promove Justiça e paz social, afirma Gracie após homologação no STF*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page.content.detail.id\\_conteudo.646010](http://www.agu.gov.br/page.content.detail.id_conteudo.646010)> Acesso em: 20 fev. 2018.

<sup>288</sup> Instrumento de acordo coletivo publicado do Diário Oficial da União (DOU) em 01.02.2018. Edição:23, Seção:1, páginas 1-2-3. Órgão: Atos do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

monetária utilizados nas aplicações à época dos planos econômicos das décadas de 1980 e 1990 (Bresser, Verão e Collor II) e mediação da AGU.

Não obstante o deságio de 8 a 19% em relação aos créditos e em pagamento parcelado, variando conforme o montante consolidado (parcelamento e deságio apenas nos valores acima de R\$ 5.000,01), tem como grande atrativo a possibilidade de satisfação dos pagamentos por meio de depósito em conta corrente ou poupança, o que já representa uma enorme facilidade em termos de adimplemento da obrigação reconhecida, por ser uma alternativa às tormentosas execuções individuais.

Ainda que a construção de uma solução consensual em um conflito consumerista de mais de três décadas seja um importante avanço em matéria de meios alternativos à solução clássica de adjudicação<sup>289</sup> estatal, no espírito do preceituado pelo art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC de 2015, levará tempo até que se possa avaliar a efetividade dessa transação coletiva.

Com efeito, dependerá da vontade de cada titular das contas de poupança em se habilitar em uma plataforma digital ou autorizar os entes intermediários ou advogados a preencher um formulário eletrônico em seu nome, passando por toda a análise sobre a comprovação da existência de saldo em poupança nos períodos envolvidos, a cargo das instituições financeiras e sob orientação dos substitutos processuais. Ou seja, certo mesmo é que haverá um longo caminho pela frente<sup>290</sup>.

### 3.3.6 Ações pseudoindividuais

Um problema típico da litigiosidade de massa são as chamadas ações pseudoindividuais. Kazuo Watanabe aponta a existência de situações jurídicas de direito material que são impossíveis de serem fragmentadas, ou seja, de receber decisão que não seja idêntica para todos os titulares da relação jurídica envolvida. Sobre a má compreensão do direito substancial e a existência das ações pseudoindividuais, afirma que:

---

<sup>289</sup> Adjudicação no sentido de *adjudication* da língua inglesa, para designar a atividade realizada pelo Poder Judiciário na solução de conflitos: “não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a ‘adjudicação compulsória’), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa”. Conforme nota da tradução de FISS, Owen, 2017, p. 25.

<sup>290</sup> Em maio de 2018, a imprensa noticiava o cadastro de pouco mais de 40 mil poupadores na plataforma digital <<https://pagamentodapoupanca.com.br>>, no universo de mais de um milhão de ações judiciais em curso nos cálculos da Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN). Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao.2018.07.10.adesao-acordo-poupanca-planos-economicos.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Muitos erros têm sido cometidos na práxis forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível. (WATANABE, 2006).

O autor faz um paralelo com o instituto do litisconsórcio unitário, no qual, por definição, é imprescindível que a decisão seja uniforme para todos os titulares da relação jurídica de direito material. Transportando a ideia para o processo coletivo, defende que o ajuizamento de ações individuais relativas a uma “relação global incindível” deveria ser proibido pelo ordenamento jurídico, embora de polêmica <sup>291</sup> aceitação diante da leitura tradicional do direito constitucional e abstrato de ação.

Lembra das milhares de ações discutindo as tarifas de assinatura telefônica, o final do monopólio estatal de exploração de serviços públicos de telecomunicação, a sistemática dos contratos de concessão, a política regulatória da ANATEL e a forma de fixação do valor da cesta tarifária para demonstrar que qualquer alteração nas tarifas envolvidas, por alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (pondo em risco o cumprimento das obrigações firmadas), deveriam ser, necessariamente, válidas para todos os usuários, jamais de forma individual e diversificada <sup>292</sup>.

Outro exemplo de complexidade da relação jurídica de direito material – e que não pode ser resolvida de modo cindível a grupos ou a pessoas de forma diferenciada – são as ações previdenciárias cuja pretensão é a revisão do índice de reajuste anual do valor dos benefícios pagos pelo INSS. Sejam por ações propostas de forma individual, sejam por ações coletivas ajuizadas por associações de aposentados, sempre surgem demandas questionando os índices de reajuste das aposentadorias, pensões e demais prestações previdenciárias, sob o ponto de vista restrito de determinado grupo ou do indivíduo.

---

<sup>291</sup> “A vedação de processos individuais, como proposta por Kazuo Watanabe, é impensável no Estado Democrático Constitucional, até pela óbvia limitação ao direito de acesso à justiça.”. (DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. v. 4. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2013, p. 97).

<sup>292</sup> WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 139, p. 28-35, set. 2006, versão digital.

Recentemente, surgiram ações <sup>293</sup> contestando o índice de reajuste dos benefícios previdenciários eleitos pelo legislador ordinário a partir de setembro de 2006, o índice nacional de preços ao consumidor (INPC), alegando-se que não retrataria a inflação dos aposentados idosos. Pleiteavam sua alteração pela versão do índice de preços ao consumidor chamada *IPC-3i* <sup>294</sup>, calculado pela FGV, cujo objetivo é medir o custo de vida de pessoas com mais de sessenta anos de idade. Isto em virtude de, no período pretendido, o IPC-3i ser superior ao INPC, acarretando um maior valor de renda mensal caso acolhido o pedido de revisão.

Várias questões devem ser consideradas pelo julgador. A primeira delas é se existe homogeneidade no grupo “aposentados” do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Isto porque somente os benefícios superiores ao salário-mínimo eram reajustados pelo INPC, ou seja, inflação medida pelo INPC, uma vez que por decisão política de (re)distribuição de renda de diversos governos, desde 1995, o valor do salário-mínimo vinha sendo reajustado acima da inflação, o que proporcionou uma diminuição da desigualdade social de renda corrente <sup>295</sup>, favorecendo também a população idosa acima de sessenta anos, haja vista que a maioria dos aposentados (cerca de 17,9 <sup>296</sup> milhões de pessoas, além de 4,3 milhões de beneficiários da assistência social) recebia prestações mensais pagas pelo INSS de um salário-mínimo.

Significa que, somando essas parcelas, a maioria do público atendido pelo INSS recebe prestações mensais de até um salário-mínimo, por meio de variadas espécies de benefícios, de acordo com os diversos riscos sociais protegidos pela Constituição de 1988 – miséria, velhice, doença, maternidade, reclusão, tempo de contribuição, morte, acidente do trabalho.

---

<sup>293</sup> Ações coletivas nº. 0000216-89.2015.4.03.6183 e nº. 0000167-48.2015.4.03.6183, Justiça Federal de São Paulo e nº. 0000198-66.2015.4.03.6119, Justiça Federal de Guarulhos.SP.

<sup>294</sup> Fundação Getúlio Vargas. Instituto Brasileiro de Economia. Sobre o índice ver em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D92B7D2221410>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

<sup>295</sup> DEDECCA, Claudio Salvadori. *A redução da desigualdade e seus desafios*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015, p.10; 15. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream.11058.3383.1.td\\_2031.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream.11058.3383.1.td_2031.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2018.

<sup>296</sup> BRASIL. Considerações sobre a política de reajuste de benefícios da Previdência Social (Previdenciários e Acidentários). *Informe da Previdência Social*. v. 27, nº. 01. Brasília: Ministério da Previdência Social. Disponível em: <[http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads.2015.03.Informe\\_janeiro\\_2015.pdf](http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads.2015.03.Informe_janeiro_2015.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2018.

Portanto, atender a pretensão das associações ou do aposentado que ajuizasse sua ação individual significaria prejudicar a maior parte dos idosos, já que a maioria dos benefícios pagos às pessoas com idade superior a 60 anos é de um salário-mínimo, cujo índice de reajuste, por uma política pública <sup>297</sup> de maior dimensão, era propositalmente superior tanto ao INPC, quanto ao IPC-3i.

Por outro lado, simplesmente desconsiderar o INPC e repassar o mesmo índice de reajuste do salário-mínimo para todos os aposentados seria medida contrária ao intento da política de valorização do salário-mínimo vigente à época.<sup>298</sup> Da consideração do todo é que foi possível tal opção política, que permitiu a redução da desigualdade de renda corrente no Brasil no período de 1999 a 2011 <sup>299</sup>.

Ou seja, não é possível decidir de forma individual, como também não é aconselhável o manejo de diversas ações coletivas por diversos grupos, cada qual defendendo seu ponto de vista, porque o tema envolve o uso da previdência social como instrumento de intervenção do Estado na economia.

Pode-se pensar no uso da tutela coletiva para se questionar uma determinada política pública, mas daí sairíamos de uma *class action for damages* <sup>300</sup>, paralela às nossas ações coletivas indenizatórias em tutela de direitos individuais homogêneos, para ingressar no terreno teórico e polêmico que envolve as *injunctive class actions* ou o processo estrutural <sup>301</sup>, mas não mais estaríamos tratando de direitos individuais homogêneos como especifica a legislação <sup>302</sup> brasileira.

---

<sup>297</sup> ABREU, Dimitri Brandi de. A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 265. Doi:10.11606.T.2.2016.tde-26082016-141751. Acesso em: 07 mar. 2018.

<sup>298</sup> “Caso todos os benefícios fossem reajustados ou atrelados ao piso salarial, este não poderia ter experimentado os reajustes elevados a ele aplicados nos últimos anos. Assim sendo, a norma constitucional que veda a vinculação de qualquer importância ou direitos ao salário-mínimo teria um efeito *distributivo*, ao permitir aumentos e ganhos reais aos trabalhadores pior remunerados.”. (ABREU, Dimitri Brandi de, 2016, p. 266).

<sup>299</sup> DEDECCA, Claudio Salvadori, 2015, p. 10; 15.

<sup>300</sup> GIDI, Antonio, 2007, p. 140.

<sup>301</sup> Cujo auge histórico se deu nos Estados Unidos durante os movimentos dos direitos civis pelo fim da segregação racial. Cf. FISS, Owen, 2017, p. 26.

<sup>302</sup> Tanto não se trata do mesmo fenômeno que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 8.058/2014, de autoria de deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), que “institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. Conforme a justificativa dada pelo parlamentar, esse Projeto de lei é o resultado de uma pesquisa ampla iniciada pelo Centro Brasileiro de Estudos e

Portanto, essas ações revisionais pulverizadas são exemplos de ações pseudoindividuais porque não podem ser decididas sem que se considere a análise global de todos os fatores envolvidos. Hipoteticamente, uma só ação coletiva seria adequada para a finalidade em questão e o contrário, a manutenção do ajuizamento atomizado, antes de garantir acesso à justiça, representa fonte de iniquidade, pela clara possibilidade de concessão de vantagens econômicas distintas só para alguns e em detrimento da política pública, que se volta para o tratamento coletivo dos direitos sociais.

### **3.4 Perda da oportunidade para as alterações legislativas necessárias ou declínio mundial das ações coletivas?**

Existe oscilação no entusiasmo pelo uso das ações coletivas como forma de acesso à justiça e resolução dos conflitos em larga escala, seja para pacificar litígios consumeristas de pequena monta individual, mas que se repetem em série, seja para compor grandes conflitos de interesse público, por tocar em políticas públicas. Essa oscilação já comentada parcialmente em relação à legislação brasileira, tem várias motivações, entre elas, a ideologia política e econômica do contexto histórico analisado.

Owen Fiss, discorrendo sobre a teoria política das ações coletivas nos Estados Unidos, berço de origem dessa forma de tutela jurisdicional, afirma que a grande inovação processual não foi a ideia de representação por trás das *class actions*, mas sim de um “conceito peculiar de representação: a auto nomeação”<sup>303</sup>.

Segundo o autor, os propósitos sociais das *class actions* justificam o processo por representação e, no caso norte-americano, a autoneomeação. Pontua que o dilema existente entre o risco de um meio processual no qual os titulares do direito subjetivo talvez nem sequer

---

Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, coordenados por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe e pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C553F892350A5518038F26C6BBCC15FC.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058.2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C553F892350A5518038F26C6BBCC15FC.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=Tramitacao-PL+8058.2014)>. Acesso em: 05 ago. 2018.

<sup>303</sup> “A autoneomeação tem precedentes no mundo da política e em outros domínios sociais. De fato, é lugar absolutamente comum em situações políticas, onde há mudança radical de regime. As pessoas que se reuniram na Filadélfia, no verão de 1787, para traçar as primeiras linhas da Constituição dos Estados Unidos autoneomearam-se para representar o povo. Aqueles que sentaram ao redor da mesa redonda em Budapeste, no verão de 1989, assumiram seus mandatos de maneira similar. Até agora, não há negação de que a autoneomeação seja uma forma anômala de representação, apenas uma forma justificada, se o for completamente, pelas mais excepcionais circunstâncias. Seu uso na *class action* revela o caráter verdadeiramente excepcional – talvez até mesmo revolucionário – dessa criação processual.”. (FISS, Owen, 2017, p. 191-192).

tomem conhecimento da existência da ação coletiva (e muito menos, do representante automeado) é amenizado pelo fato de ser uma forma judicial efetiva de oposição aos valores individualistas que permeiam o sistema jurídico de seu país <sup>304</sup>.

Daí porque o maior ou menor prestígio do uso da ação coletiva em determinada época e contexto é extremamente influenciado pela ideologia política e econômica que prepondera naquele período. Conforme aponta, enquanto as décadas de 1950 e 1960 foram politicamente propícias para o manejo das *class actions* como forma legítima de promover a chamada reforma estrutural nos Estados Unidos – relativa aos avanços dos direitos civis pelo fim da segregação racial no sistema escolar, p.ex., com aumento extraordinário da atuação do Poder Judiciário –, as décadas de 1970 e 1980 se mostraram mais avessas à tamanha possibilidade de interferência judicial nos desígnios da burocracia estatal e da vida privada, motivado pelo surgimento da ideologia neoliberal e um renovado interesse na economia de mercado, voltando-se para posturas mais individualistas <sup>305</sup>.

Nesse sentido, as condições verificadas naquele país ao longo do *New Deal* e no período pós-segunda Guerra Mundial – marcado por um Estado intervencionista, profundamente participativo na vida social e prestador de variados serviços essenciais à população – teriam contribuído por conferir legitimação política à teoria do consentimento que permeia a ideia de ação por representação e de litigância por reforma estrutural <sup>306</sup>.

Assim, a partir do momento em que o Estado de Bem-Estar social é posto em xeque pela ideologia liberal, todas as estruturas a ele associadas (e a ação coletiva é vista como uma estrutura jurídica típica desse modelo de Estado) passam a sofrer fortes questionamentos quanto à manutenção de sua legitimidade.

---

<sup>304</sup> FISS, Owen, 2017, p. 197-198.

<sup>305</sup> Owen Fiss credita, também, a mudança de postura em relação ao entusiasmo com as ações coletivas, em especial, com as que veiculam reformas estruturais, à alteração do entendimento sobre o papel da Cortes e à descrença sobre haver valores públicos na Constituição que possam ser genuinamente descobertos pelo Poder Judiciário, de modo que tudo passou a ser preferência. Conforme p.40 “O ponto crucial parece ser esse, não o referente à idoneidade institucional relativa. Somente quando reafirmamos nossa crença na existência de valores públicos e acreditarmos que valores tais como igualdade, liberdade, devido processo legal, não utilização de punições cruéis e incomuns, segurança da pessoal e liberdade de expressão podem ter um significado verdadeiro e importante, que deve ser consolidado e implementado – sim, descoberto mesmo, com relação a essa questão, inteligível.”. Sobre o que significa “valores públicos” para o autor, ver p.34-35. (Ibid., p. 26-28; 46; 91; 197-198).

<sup>306</sup> Ibid., p. 89-93.

É claro que o Estado social surgido no pós-guerra não explica por si só o desenvolvimento da tutela coletiva via ação coletiva no restante do mundo, tanto que não houve a proeminência do instituto na Europa, que viveu a idêntica expansão da intervenção estatal na prestação de comodidades públicas à sociedade, mas optou, em regra<sup>307</sup>, por desenvolver outras técnicas de resolução de controvérsias por aglutinação de demandas individuais –que não dispensam alguma iniciativa individual.

Conforme os exemplos dados da Alemanha e Inglaterra, não há nesses países grande entusiasmo com a ideia do processo por representação e, embora partam de sistemas jurídicos diversos – romano-germânico (ou *civil law*) e *common law* –, ambos viveram o apogeu das conquistas do Estado social.

Falando sobre a diferença entre a experiência europeia e a norte-americana, Remo Caponi (2011) pontua que, em relação aos Estados Unidos, o “vigoroso sistema de contencioso civil coletivo focado nas *class actions* pode contrabalancear o menor impacto da atividade, de governo e administrativa, e de regulação e de controle em alguns setores.” Nesse sentido, as ações coletivas seriam consideradas como um elemento de regulação da conduta social e econômica, devido à ausência de um sistema público mais interventivo. Na Europa<sup>308</sup>, por outro lado, por haver uma maior atividade de regulação e de controle público, haveria uma menor necessidade da atuação judicial por via ação coletiva<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Na Alemanha existe a *Verbandsklage*, a ação coletiva cuja legitimidade de agir é conferida às associações em matéria de tutela da concorrência, do consumidor e do meio ambiente. A tutela do consumidor, p.ex., é relativa a um “direito subjetivo coletivo”, cujo titular são as associações, uma vez que cuida de direito pertencente a uma coletividade mais ou menos determinada de sujeitos. Em linhas gerais, “as ações das associações se desenvolvem no plano extrajudicial, ou se endereçam a um provimento de tutela que tem tipicamente conteúdo de ordem de abster-se, antes da avaliação da ilicitude de certa conduta do réu.” (CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, p. 235-269, out. 2011, versão digital).

<sup>308</sup> Sobre essa maior atuação pública em potenciais conflitos de massa, cita-se a Suíça. Falando sobre a pouca experiência com ações de classe, mais especificamente, *mass tort litigation* (litígios em larga escala), em relação à legislação desse país, Gerhard Walter justifica que por escolha, a maioria dos problemas de massa, é tratada principalmente pelo legislativo ou pelas agências administrativas suíças, uma vez que se entende serem mais capazes de lidar com decisões políticas mais abstratas do que as cortes judiciais. Em consequência, sugestões para a introdução de ação de grupo no ordenamento jurídico suíço têm sido restritas a ações de consumidores. Tradução livre de “*I could never write such a book or teach such a class, however, because we have very little mass tort litigation here. We also have no class actions and only very limited group action devices. By choice, most of our mass problems are primarily dealt with by the legislature or by administrative agencies, both of which are better able to deal with the more abstract policy decisions to be made in such cases than are our courts. Where mass tort suits are necessary, our systems often provide adequate measures to deal with them. Accordingly, suggestions for introducing group actions have been very narrow and limited to consumer actions.*”. WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*. Durham: Duke University School of Law, 2001. v. 11, p. 369-379, versão digital. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil.vol11.iss2.10>> . Acesso em: 20 jan. 2018.

Ainda sobre as ações de classe nos Estados Unidos, especificamente sobre as *class actions for damages* (Rule 23 (b) (3)), Maureen Carroll destaca que a reação de tribunais e legisladores pela restrição de seu uso, cujo auge teria ocorrido em meados da década de 1990, deu-se em virtude da constatação de que sua principal característica – o montante do valor da indenização ser aumentado pelo maior número possível de pessoas dentro do grupo –, ao mesmo tempo que viabiliza economicamente uma maneira de se litigar a respeito de lesões que se não fossem agregadas em uma só ação, não atrairiam bons advogados e ficariam sem ressarcimento, geram (diante da necessidade de se criar classes cada vez maiores), litígios complicados, honorários advocatícios gigantescos e indenizações confiscatórias<sup>310</sup>.

No Brasil, o Estado de Bem-Estar social chegou mais formal do que materialmente e somente com a Constituição de 1988, dentro do quadro chamado por Boaventura de Sousa Santos de “curto-circuito histórico” de direitos, haja vista que reúne no mesmo documento constitucional, direitos que nos países centrais do capitalismo foram conquistados num longo processo histórico.<sup>311</sup> E isso num momento em que o mundo desenvolvido abandonava o intervencionismo estatal e reorganizava suas bases econômicas voltadas ao liberalismo econômico, cujas premissas teóricas têm sido de difícil, senão impossível, conciliação com a manutenção das conquistas do *Welfare State*.

Se a percepção de Owen Fiss está correta e o maior ou menor prestígio das ações coletivas está diretamente relacionado com a ideologia política da época – de viés mais ou menos interventivo por parte do Estado – e havendo uma demora normal no tempo em que essas ideias deixam o centro do capitalismo para se tornarem populares nos países

<sup>309</sup> CAPONI, Remo, 2011.

<sup>310</sup> Tradução livre de “*In an aggregated-damages class action, the amount of the class, a feature that is both a blessing and a curse. On the one hand, the scaling-up from individual to class-wide recoveries can create economic viability where none existed before, by increasing the potential contingency fee enough that the litigation becomes Worth an attorney’s time. On the other hand, the incentive to create ever larger classes can lead to unwieldy litigation, eyebrow-raising fees, and confiscatory recoveries.*”. (CARROLL, Maureen. *Class Action Myopia*. In: *Duke Law Journal*. Vol, 65:843. Durham: Duke University School of Law, 2016, p. 843-908. Disponível em *Heinonline*. Acesso em: 15 ago. 2017, p. 845). Maureen Carrol argumenta no artigo que as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dos benefícios e das falhas em torno das *class actions for damages* Rule 23 (b) (3), teriam levado a uma forma “miope” de análise das *class actions* em geral, na medida em que teriam negligenciado as outras espécies de ações de classe que não apresentariam idênticos problemas, mas estariam sofrendo das mesmas restrições, como p.ex. enfrentada na certificação. Ela se refere aos subtipos trazidos na Rule 23 (b) (1) (A); Rule 23 (b) (1) (B) e Rule 23 (b) (2).

<sup>311</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 26.

subdesenvolvidos, é possível dizer que retornamos a uma fase “liberal” do processo – com atenuações –, haja vista que no ideário do CPC de 2015, a tutela coletiva convive com a tutela individual e plurindividual (art. 139, X).

Bruno Dantas, cuja doutrina da teoria dos recursos repetitivos retoma um cariz liberal, contrário a concepções antiindividualistas, destaca que a ascensão dos direitos de terceira geração<sup>312</sup> em nosso país influenciou profundamente o direito processual, “tendo ensejado uma grande efervescência na comunidade jurídica” (DANTAS, 2015, p. 90), levando à formação do que considera uma “ideologia coletivizante” como base do processo coletivo no Brasil – de forma semelhante a que se deu nos Estados Unidos no apogeu do Estado Social.

O autor entende, contudo, que essa “ideologia coletivizante” representa sérios riscos não somente à proteção dos direitos subjetivos, mas ao próprio Estado de Direito, na medida em que alcançam pessoas que não participaram em efetivo contraditório da ação coletiva. Ele não nega a necessidade de instrumentos processuais hábeis que confirmem efetividade aos direitos transindividuais, mas, em se tratando de direitos ontologicamente individuais, critica a “difusão desenfreada da tutela coletiva, imposta como única via racional de proteção a direitos individuais homogêneos”. (DANTAS, 2015, p. 91).

Isso em razão de considerar a alegada homogeneidade dos direitos, muitas vezes inexistente no mundo real, sendo assim tomada para forçar, de modo artificial, o cabimento da tutela coletiva. Como solução, devem coexistir no sistema técnicas que garantam o tratamento coletivo e individual dos conflitos, “de modo a eliminar definitivamente qualquer desejo de se sacrificar a tutela jurisdicional individual em nome da eficiência do Poder Judiciário”. (DANTAS, 2015, p. 92).

---

<sup>312</sup> “A figura dos direitos de terceira geração foi introduzida na literatura cada vez mais ampla sobre os “novos direitos”. No artigo “Sobre La evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre”, Jean Rivera inclui entre esses direitos os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido, à comunicação. Depois dessa enumeração, é natural que o autor pergunte se é ainda possível falar de direitos em sentido próprio ou se não se trata de simples aspirações e desejos (“Corrientes y problemas en filosofía del derecho”, in *Anales de La cátedra Francisco Suárez*, 1985, nº 25, p. 193). No livro já citado, Celso Lafer fala dos direitos de terceira geração como se tratando sobretudo de direitos não são os indivíduos mas os grupos humanos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade (p. 131). Sobre o direito à paz, cf. as reflexões de A. Ruiz Miguel, “Tenemos derecho a La paz?”, in *Anuario de derechos humanos*, publicado pelo Instituto de Derechos Humanos de Madri, ed. de G. Peces-Barba Martínez, nº 3, 1984- 1985, pp. 387-434. O autor voltou depois ao tema no livro *La justicia de La guerra y de La paz*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 271 e ss. Ainda sobre os direitos de terceira geração, cf. A. E. Pérez, “Concepto y concepción de los derechos humanos”, in *Cuadernos de filosofía del derecho*, 1987, nº4, pp. 56 e ss.; o autor inclui entre esses direitos o direito à paz, os do consumidor, à qualidade de vida, à liberdade de informação, ligando o surgimento dos mesmos ao desenvolvimento de novas tecnologias.” (BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004, p. 10-11. Nota 9).

Lembra que mesmo nos Estados Unidos tem havido um maior rigor da Suprema Corte na certificação de uma ação individual como coletiva, pela constatação de que as *class actions*, em muitos casos, mais serviam ao interesse empreendedor dos escritórios de advocacia (os grandes financiadores e beneficiários dos acordos milionários), do que aos jurisdicionados lesados individualmente, além de criar enormes prejuízos às empresas <sup>313</sup>.

Alguns doutrinadores entendem que essa coexistência entre tutela individual e coletiva a respeito de direitos individuais homogêneos apresenta uma limitação insuperável.

Gustavo Osna argumenta que a inefetividade da coletivização dessa categoria de direitos não é fruto apenas da legislação, “mas da ideologia que lhes é condicionante” e explica: “quem quer plenitude de participação não pode desejar proteção coletiva de direitos individuais e vice-versa”. (OSNA, 2014, p. 138).

Defende que, para o tratamento aglutinado das demandas, é necessário a superação de construções contraditórias da espécie que passa por uma nova interpretação sobre o devido processo legal no contexto da coletivização, sendo o direito de ação visto não mais como direito de participação pessoal, mas como o direito a um processo justo, ainda que no seio do processo por representação <sup>314</sup>.

De forma semelhante, Sérgio Cruz Arenhart defende que o principal ponto que inviabiliza a eficiência do sistema de processo coletivo brasileiro é a estrutura da coisa julgada *secundum eventum litis*. Pois, além de criar um desequilíbrio entre as partes no processo – haja vista que o demandado nunca será verdadeiramente vencedor enquanto não vencer a discussão em sede coletiva e individual –, cria uma situação inadequada também para o Poder Judiciário, haja vista que “estimula a falsa suposição de que, na via individual, o titular do direito possa obter resultado distinto daquele conseguido na via coletiva, em nítido prejuízo à segurança jurídica e à isonomia”. (ARENHART, 2014, p. 390-391) <sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> DANTAS, Bruno. Entrevista de Bruno Dantas sobre processos coletivos com comentário de Ada Pellegrini Grinover. Disponível em: <[http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop\\_cat=1\\_94&shop\\_detail=363](http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_94&shop_detail=363)> . Acesso em: 14 out. 2017.

<sup>314</sup> OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138-155.

<sup>315</sup> Interessante observar que o próprio Mauro Cappelletti, responsável pela difusão da ideia de ação coletiva como meio de acesso à justiça entre a doutrina brasileira, discordava da coisa julgada *secundum eventum litis*, por compreendê-la como não adequada à defesa dos direitos coletivos, além de ser injustificável do ponto de vista do direito de defesa do réu. *Apud*, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 101-102; ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 268; GIDI, Antonio, 2008, p. 287.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes critica a diferenciação dos efeitos entre os direitos difusos e coletivos (*erga omnes*) e individuais homogêneos (*secundum eventum litis*). Enquanto para os primeiros a lei prevê que o pedido julgado improcedente só não será vinculativo, para os entes intermediários e indivíduos, se o resultado decorrer da falta ou insuficiência de provas, para os segundos, não existe reserva alguma; nenhum motivo relevante é dado para a distinção. Para o autor isso viola o princípio da isonomia e torna o processo coletivo um instrumento unilateral, em benefício somente de uma das partes <sup>316</sup>.

Antonio Gidi sustenta que o nosso regime da coisa julgada coletiva, em se tratando de direitos individuais homogêneos, é uma má escolha de política legislativa por diversas razões: não permite a realização de acordos coletivos, já que os indivíduos podem discordar das concessões recíprocas e ajuizar suas próprias ações individuais; inviabiliza o processo coletivo passivo; esconde as falhas atinentes à ausência de notificação e ao controle da representação adequada e cria uma falsa sensação de segurança, haja vista que em relação à projeção de efeitos do resultado da demanda coletiva para outras ações coletivas, forma-se, sim, a coisa julgada coletiva *pro et contra* <sup>317</sup>.

Academicamente, surgiram diversos anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, sem consenso, contudo, sobre a melhor forma de disciplina da coisa julgada coletiva e sua relação com as ações individuais idênticas.

Assim, o anteprojeto GIDI <sup>318</sup>, elaborado por Antonio Gidi e o da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA) <sup>319</sup>, coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, fixam a coisa julgada *pro et contra*, salvo se a improcedência do pedido coletivo for motivada por representação inadequada, insuficiência de provas ou se o membro do grupo ingressasse com ação individual até a publicação da sentença ou exercido o direito de autoexclusão do resultado da lide coletiva.

---

<sup>316</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 277.

<sup>317</sup> GIDI, Antonio, 2008, p. 290-291.

<sup>318</sup> Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=947207](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947207)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

<sup>319</sup> Disponível em: < [www.direitouerj.org.br/2005/download/outras.cbpc.doc](http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outras.cbpc.doc)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Os anteprojetos de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América <sup>320</sup> e da Universidade de São Paulo (USP), este último coordenado por Ada Pellegrini Grinover, mantêm a política legislativa do CDC e a coisa julgada *secundum eventum litis*.

Quanto à perda da oportunidade para a mudanças na política legislativa, visando a corrigir os pontos de estrangulamento do processo coletivo sobre litigância de massa, é necessário destacar que havia grande expectativa por parte da doutrina brasileira quanto à possibilidade de ser editada uma nova lei da Ação Civil Pública, “com o escopo de transformá-la em Lei Geral dos Processos Coletivos, sendo o instrumento central de um Sistema Único de Ações Coletivas”. (MENDES, 2014, p. 209).

O projeto de nova LACP, PL n.º 5.139/2009, acolhe o regime de coisa julgada *pro et contra*, relativo às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos quando a improcedência se desse em matéria exclusivamente de direito, desde que comprovada a comunicação aos titulares do direito material da propositura da ação coletiva, sem que tivessem exercido o direito de autoexclusão no prazo fixado pelo juiz (art. 35, *caput* e §§ 1º, 3º e 4º).

O PL mantém a previsão de inexistência de litispendência entre a ação coletiva e as individuais correlatas, mas se aproxima do CPC de 2015 e das consequências do regime de tutela plurindividual ao determinar a suspensão obrigatória das ações individuais até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição (art. 37).

Contudo, em 17/03/2010, o PL n.º 5.139/2009, embora tenha recebido parecer favorável quanto a sua constitucionalidade, foi rejeitado no mérito pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Na percepção dos parlamentares, o projeto não resolvia os problemas atuais da ação coletiva, gerava insegurança jurídica e mantinha a desigualdade de tratamento entre as partes do processo coletivo por expor “toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim”.<sup>321</sup> Diante da decisão, foi apresentado recurso para que o plenário da Câmara dos Deputados se manifeste sobre o mérito do projeto.

---

<sup>320</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2014, p. 417-426.

<sup>321</sup> Parecer vencedor disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Todas essas considerações demonstram que, talvez, tenha passado o *momento ótimo* para as alterações legislativas voltadas a corrigir os óbices criados pela própria legislação sobre o processo coletivo, com o objetivo de aperfeiçoá-lo e torná-lo um instrumento hábil a viabilizar o efetivo acesso à justiça, com respeito à isonomia entre partes envolvidas e atenção à gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário. Em paralelo a essa discussão, o CPC de 2015 criou um sistema de regras voltado ao enfrentamento da litigância serial, a chamada tutela plurindividual, operacionalizada, pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelo julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos.

## 4 TÉCNICAS DE COLETIVIZAÇÃO DE JULGAMENTOS INDIVIDUAIS

### 4.1 Breve histórico da coletivização do julgamento de ações individuais

Concomitantemente ao desenvolvimento da tutela coletiva, surgiram técnicas processuais visando à aceleração do procedimento e à uniformização das decisões que envolviam a resolução de demandas repetitivas fora do arcabouço jurídico do processo coletivo brasileiro.

É essencial perceber que os fundamentos do processo coletivo e das técnicas de coletivização do julgamento de ações individuais são totalmente diferentes e almejam, em princípio, objetivos também distintos, ainda que, de forma inevitável, interseccionem-se em diversos momentos, dentro do processo ou fora dele, numa visão macroscópica, envolvendo o tema da crise numérica das ações judiciais e a própria gestão processual pelo Poder Judiciário.

De início, havia o incidente de uniformização da jurisprudência <sup>322</sup> previsto no art. 476 do CPC de 1973, mas que não era voltado à litigância repetitiva, haja vista que bastava a divergência a respeito da interpretação do direito em tese no tribunal ou que no julgamento recorrido a interpretação fosse distinta daquela dada por outro órgão fracionário para que pudesse ser suscitado o pronunciamento prévio do tribunal pleno (ou órgão especial) por qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras ou de turmas.

A primeira técnica voltada à padronização de decisões judiciais proferidas em ações seriais foi o *pedido de uniformização da interpretação de lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais*, instituídos pela Lei nº. 10.259/2001:

Pela primeira vez em processos de natureza subjetiva, ou seja, aqueles que têm partes processuais definidas e causa de pedir previamente delineada, a lei estabeleceu que uma decisão proferida sob o crivo do contraditório e em obediência ao dogma da correlação entre o pedido e a sentença sofreria a projeção de eficácia de uma segunda decisão adotada em outros autos, conforme estabelece o § 9º do mesmo art. 14: “[p]ublicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los

---

<sup>322</sup> O CPC/1939, art. 861 previa dispositivo semelhante: “A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”.

prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo STJ”. (DANTAS, 2015, p. 55).

É pertinente que a técnica tenha surgido nos Juizados Especiais, uma vez que foram criados exatamente para atender a chamada *litigiosidade contida*: aquela que não alcançava os tribunais por ausência de meios de acesso adaptados às controvérsias envolvidas, como as pequenas injustiças ou as pequenas causas que se caracterizam por atingir um grande número de pessoas que sofram pequenos prejuízos, cujo custo para demandar a reparação na Justiça tradicional não compense o ajuizamento da ação <sup>323</sup>.

O art. 14 prevê três hipóteses para o cabimento de pedido de uniformização, todas dedicadas à solução da divergência somente em relação a questões de direito material. A primeira, prevista no art. 14, § 1º, disciplina o pedido fundado em divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais da mesma Região na interpretação da lei, julgado em reunião conjunta e presidida pelo Juiz Coordenador.

A segunda, fixada no art. 14, § 2º, dispõe sobre o pedido fundado em divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais de Regiões diferentes ou, ainda, em julgado que contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, cuja competência para o julgamento é da Turma Nacional de Uniformização (TNU).

No art. 14, § 4º está prevista a terceira hipótese de pedido de uniformização direcionado ao próprio STJ, cabível quando a orientação aceita pela TNU contrariar súmula ou jurisprudência dominante desse Tribunal Superior.

O pedido de uniformização foi pensado para suprir a deficiência existente na Lei nº. 9.099/1995, a qual, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis da Justiça dos Estados e do Distrito Federal, não previu mecanismo semelhante que pudesse se ocupar da padronização da aplicação e interpretação de lei federal.

Diante do entendimento pacificado na Súmula 203 <sup>324</sup> do STJ, de que em virtude da redação do art. 105, III, da CRFB, não cabe recurso especial das decisões oriundas de turmas recursais e, diante da jurisprudência desse tribunal de que também não era cabível reclamação

---

<sup>323</sup> Cuidava da *terceira onda* de medidas propaladas pelo Projeto Florença. Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, 1988, p. 94-113.

<sup>324</sup> Súmula nº. 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

(Lei nº. 8.038/1990 e RISTJ), restava impossível recorrer, em sentido amplo, para o STJ contra decisões advindas dos juizados especiais cíveis estaduais.

Ou seja, tais decisões sobre a interpretação da lei federal estavam fora do controle de legalidade do tribunal superior competente para dispor, em última instância, sobre a correta aplicação e interpretação da lei federal.

Essa situação foi amenizada com a edição da Resolução nº. 12/2009 do STJ que, atendendo ao estabelecido pelo STF no julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº. 571.572/BA<sup>325</sup> – no qual se decidiu pela possibilidade do cabimento da reclamação, em caráter excepcional, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais – disciplinou o processamento da reclamação no Tribunal para dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ.

Posteriormente, após milhares de reclamações direcionadas a esse tribunal, houve a revogação da resolução por outra, nº. 03/2016, que, alterando a competência<sup>326</sup>, dispôs caber às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada *dos Tribunais de Justiça* processar e julgar as reclamações e não mais ao STJ. Em resumo, no tocante às decisões oriundas dos juizados especiais cíveis estaduais, a perplexidade continua.

Pela idêntica preocupação em prever um mecanismo processual que propiciasse a padronização do entendimento proferido entre as diversas turmas recursais do país e entre estas e o STJ, a Lei nº. 12.153/2009, ao instituir os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, também criou o pedido de uniformização da interpretação de lei (art. 18 e 19).

Em 2001, a MP nº. 2.180-35 acrescentou ao art. 4º da Lei nº. 8.437/1992, o parágrafo 8º, com a seguinte redação: “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.”

---

<sup>325</sup> STF – Plenário – Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 571.572-8.BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26.08.2009.

<sup>326</sup> Resolução STJ.GP nº 3/2016: Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Cuida-se da *suspensão de liminares com objeto idêntico*. A regra se refere a casos repetitivos e pode ser utilizada desde que o requerente emende o pedido originário de suspensão e demonstre a identidade de objeto entre a liminar já sustada e as que se pretende suspender.

Surge um *efeito extensivo dos pedidos de suspensão*, haja vista que, a partir da decisão de suspensão paradigma, vincula-se a sorte de outras ações posteriores, cujos eventuais pedidos de tutela provisória (cautelares ou antecipatórias) estariam previamente negados, “uma vez que o tribunal já teria determinado a ineficácia desses provimentos contrários ao Poder Público, sob o fundamento de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas”. (VENTURI, 2017, p. 324). A Lei do Mandado de Segurança, Lei nº. 12.016/2009, prevê regra idêntica no art. 15, § 5º.

Elton Venturi observa que a projeção de efeitos da suspensão no âmbito de ações coletivas (mandado de segurança coletivo, ação popular e ACP) decorreria menos da ideia de sumarização/racionalização do procedimento e mais da “natural eficácia *erga omnes* produzida, então, pelo julgamento do pedido de suspensão.” Daí porque discorda da possibilidade de extensão caso o incidente de suspensão seja instaurado no âmbito de mandados de segurança individuais, ações cautelares e ações ordinárias individuais, cujo pressuposto é “que a concessão da suspensão, em tais casos, partiu da verificação da existência de grave lesão ao interesse público confrontado com a prescindibilidade da imediata execução da liminar em prol do autor”. (VENTURI, 2017, p. 326).<sup>327</sup>

Em 2003, ao regulamentar a aplicação da Lei nº. 10.259/2001, o STF alterou seu Regimento Interno (RISTF) para estabelecer um mecanismo de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos originários dos Juizados Especiais Federais. Tratava-se do “julgamento por amostragem”, expressão cunhada à época pelo ministro Sepúlveda

---

<sup>327</sup> “De fato, a eficácia *erga omnes* das decisões de procedência de ações coletivas é nota característica do sistema de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, na forma dos art. 16 da Lei 7.347.1985 e 103 da Lei 8.078.1990. Assim, quando há requerimento da suspensão de liminar cautelar ou antecipatória deferida em sede de qualquer ação coletiva necessariamente o tribunal competente para apreciá-la deve avaliar o prejuízo concreto decorrente da execução da liminar em prol de toda a coletividade ou de determinada categoria, grupo ou classe beneficiária da decisão judicial. Ao entender o tribunal estarem presentes o *periculum* e o *fumus* atinentes ao mérito do incidente de suspensão, concedendo, pois, a sustação da liminar que originalmente era fadada a propiciar cumprimento imediato e *erga omnes* ou *ultra partes* [...] aos beneficiários, parece-nos lógico sustentar que poderão ser suspensas, de igual forma, todas as liminares havidas em ações individuais eventualmente ajuizadas com o mesmo objeto da ação coletiva.” (VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 326).

Pertence<sup>328</sup>. Assim, o art. 321 foi acrescido do § 5º, que disciplinava o processamento do recurso extraordinário “modelo” e o sobrestamento dos demais recursos de forma muito semelhante à posteriormente adotada pela Lei nº. 11.418/2006.

Em 2004, por meio da EC nº. 45, que propiciou diversas alterações em torno da Reforma do Poder Judiciário, a CRFB foi modificada para prever o requisito da **repercussão geral** como mais uma condição de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º) e a possibilidade do STF, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional, aprovar **súmula vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. (art. 103-A).

A EC nº. 45 alterou o art. 5º da CRFB para incluir o inciso LXXVIII e assegurar o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito administrativo e judicial.

Em relação ao CPC de 1973, a Lei nº. 11.418/2006 alterou o art. 543 para incluir os art. 543-A e 543-B, que tratavam do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário isolado e da repercussão geral na hipótese de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia.

Nesse último caso, cabia ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, enquanto os demais recursos extraordinários idênticos ficariam sobrestados até o pronunciamento da Corte Constitucional.

Caso o STF negasse a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados, automaticamente, eram considerados não admitidos. Reconhecida a existência de repercussão geral, dos demais requisitos de admissibilidade do recurso excepcional e julgado o mérito, os recursos sobrestados eram apreciados pelos tribunais inferiores, incluindo as turmas de uniformização ou turmas recursais (Juizados especiais), que os declaravam prejudicados ou se retratavam para adequar a decisão recorrida ao padrão-decisório fixado pelo STF.

A repercussão geral surgiu como mais uma tentativa de amenizar a crise do recurso extraordinário, sob o propósito de conter o crescimento descontrolado de recursos extraordinários e agravos de instrumento de decisões denegatórias levados ao STF. Vagamente definida no art. 543-A do CPC de 1973, considerava-se presente se demonstrado

---

<sup>328</sup> THEODORO JR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo código de processo civil. *In: Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2ª ed. rev. e atual. (Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada). v. 6. DIDIER JR., Fredie (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 417.

que a questão controvertida era relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e ultrapassava os interesses subjetivos da demanda.

No passado, outras tentativas de reduzir o afluxo de processos à Corte foram: a proposta de que, no juízo de admissibilidade diferido do recurso extraordinário, o órgão *a quo* fundamentasse sua decisão; a instituição de súmula da jurisprudência dominante do STF, vinculando apenas o próprio tribunal e visando à simplificação da motivação de suas decisões; a possibilidade conferida ao STF, pela Constituição de 1967, de legislar em seu regimento interno sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária e de recursos e impor novos óbices à admissibilidade destes e, na promulgação da Constituição de 1988, a própria criação do STJ, responsável por assumir parte da competência anteriormente atribuída ao STF <sup>329</sup>.

Entretanto, já se constata a insuficiência da repercussão geral como filtro à subida de recursos extraordinários, propondo-se nova forma a respeito da análise desse requisito de admissibilidade <sup>330</sup>.

Quanto à adoção da súmula vinculante, conforme observam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “não significou um salto histórico no direito brasileiro”<sup>331</sup>, na medida em que o art. 557 do CPC de 1973, alterado pela Lei nº. 9.756/1998, previa que o relator, monocraticamente, negaria seguimento ao recurso ou daria provimento a ele se a decisão recorrida estivesse no mesmo sentido ou em confronto, dependendo da hipótese, com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior. Ou seja, lei ordinária já previa vinculação dos tribunais às súmulas do STF e do STJ.

No entendimento dos autores, a súmula vinculante e a adoção dos precedentes obrigatórios estabelecidos no CPC de 2015 (art. 927) partem do mesmo ideal de tornar o sistema processual brasileiro mais operativo, além de respeitar o princípio da isonomia, dando a todos aqueles que se encontram em idêntica situação a mesma interpretação jurídica <sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 459-460.

<sup>330</sup> BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio, 2017, p. 696 – 713.

<sup>331</sup> ALVIM; DANTAS, op. cit., p. 260.

<sup>332</sup> Ibid., p. 260

A diferença se deu em relação à origem histórica da adoção das súmulas no Brasil: a edição de enunciados contendo, resumidamente, o entendimento do STF sobre determinado assunto julgado diversas vezes de forma idêntica vinculava apenas o Tribunal e sua função precípua era facilitar a motivação das decisões do STF, com fundamento na Emenda Regimental de 30/08/1963, de iniciativa do ministro Victor Nunes Leal<sup>333</sup>.

Na mesma direção da súmula vinculante, houve a alteração implementada pela Lei nº. 11.276/2006, no CPC de 1973, art. 518, § 1º, com a adoção da “*súmula impeditiva de recurso*”, haja vista que o dispositivo previa que o magistrado de primeiro grau, no juízo de admissibilidade do recurso, não receberia apelação quando a sentença estivesse de acordo com súmula do STJ e do STF.

Outro exemplo de projeção coletiva de decisões proferidas em processos individuais surgiu com a Lei nº. 11.277/2006 e a inclusão do art. 285-A no CPC de 1973, instituindo a possibilidade de *improcedência liminar do pedido*, dispensada a citação do réu, na hipótese da questão controvertida fosse unicamente de direito e no juízo já houvesse sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

O dispositivo foi muito criticado<sup>334</sup>, entre outros motivos, por negar o acesso à jurisdição, dando peso semelhante às decisões proferidas pelos tribunais superiores e às sentenças proferidas pelo juiz de primeiro grau, haja vista que bastava haver outras decisões de improcedência prolatadas no juízo em que tramitava o processo para se rejeitar liminarmente o pedido<sup>335</sup>.

Contra a norma, foi ajuizada a ADI nº. 3.695 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, extinta sem resolução de mérito, pelo relator ministro Alexandre de Moraes, em 12.05.2017, sob o fundamento de que com a promulgação do CPC de 2015, Lei nº. 13.105/2015, o dispositivo questionado foi expressamente revogado (art. 1.046, *caput*).

Para o estudo das técnicas de tutela plurindividual, é interessante a análise dos principais argumentos elencados na ação constitucional. A OAB alegava violação ao direito de ação, à isonomia e à segurança jurídica (art. 5º, XXXV, LIV e LV da CRFB), em virtude

---

<sup>333</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, 2017, p. 259.

<sup>334</sup> “O CPC 332, tal qual ocorria com o CPC.1973 285-A, é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF 5º, *caput* e I), da legalidade (CF art. 5º, II), do devido processo legal (CF 5º *caput* e LIV), do direito de ação (CF 5º, XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF art. 5º LV), bem como o princípio dispositivo [...]”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 988).

<sup>335</sup> DANTAS, Bruno, 2015, p. 60-61.

de possibilitar que idêntico tema, tratado por juízes diferentes, tivesse destino drasticamente distinto. Alegava, ainda, desrespeito ao contraditório e ao devido processo legal, “uma vez que o juiz dá fim ao processo sem examinar as alegações de autor e do réu, e sem avaliar suas razões”.

A Presidência da República sustentou que a norma pretendia racionalizar e otimizar a atividade judicial, buscando celeridade e eficiência, em obediência ao art. 5º, LXXVIII da CRFB. Além disso, defendeu que o texto não violava os postulados referidos na inicial porque era como se a ação fosse indeferida de plano, em situação semelhante à prevista nos art. 295 e 557 do CPC de 1973.

O Ministério da Justiça expôs que o dispositivo tinha como objetivo “simplificar o procedimento para o julgamento de demandas sem qualquer singularidade e cuja improcedência seja expressa e pacificada no juízo”. Buscava “antecipar o resultado que seria obtido somente após o processamento da demanda, a citação do réu, dentre outros atos, para evitar o uso desnecessário da estrutura do Judiciário”.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual foi admitido como *amicus curiae* e defendeu a constitucionalidade do art. 285-A. Nota-se, contudo, que não existe referência aos argumentos trazidos pela entidade. O Senado Federal também insistiu no objetivo de racionalização da atividade jurisdicional. A Advocacia-Geral da União emitiu parecer defendendo a necessidade atual de “relativização de certos dogmas processuais excessivamente formalistas e arraigados em rígidas tradições garantísticas, em prol da celeridade, economia e instrumentalidade do processo, julgamento em prazo razoável, sem dilação injustificada (...)”.

A Procuradoria-Geral da República afirmou que o dispositivo é constitucional e se “coaduna com o postulado da isonomia e fortalece a segurança jurídica ao fornecer maior previsibilidade das sentenças”.

Fácil perceber que o argumento prevalente é o do interesse do próprio Poder Judiciário, pela racionalização da atividade judicial, buscando a economia de atos processuais considerados desnecessários ou excessivamente garantidores do devido processo legal, lido sob ótica diversa, em especial após a inclusão do direito à razoável duração do processo. Essa postura, não necessariamente, é perniciosa ao jurisdicionado, uma vez que o processamento mais célere de demandas repetitivas - após a questão controversa ter sido devidamente

compreendida pelos julgadores –, pode, em tese, gerar uma melhora futura na qualidade da prestação jurisdicional.

Para Bruno Dantas, a melhoria na gestão dos processos em curso e o tratamento racional de demandas repetitivas “favorece indiretamente a população, pois o desafogamento do Judiciário permite que a atenção dos magistrados se volte para os casos que contêm particularidades”. (DANTAS, 2015, p. 55).

O CPC de 2015 mantém a técnica da improcedência liminar do pedido, mas de forma aprimorada, pois o padrão decisório considerado deixa de ser a sentença de improcedência proferida no juízo, para se harmonizar com as decisões vinculantes elencadas no art. 927. Assim, nos termos do art. 332, haverá a rejeição liminar do pedido que contrariar: (I) enunciado de súmula do STF ou do STJ; (II) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ no julgamento de recursos repetitivos; (III) entendimento firmado em IRDR ou IAC e (IV) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Outra hipótese é a trazida no art. 332, § 1º, na qual se determina o julgamento de improcedência *ab initio* se o magistrado verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. Sobremaneira complicado o uso dessa norma, em especial pelo fato do art. 487, parágrafo único do CPC de 2015 prescrever não ser necessária a prévia oportunidade às partes (nem sequer ao autor) para se manifestar sobre a prescrição e a decadência apontada pelo juiz da causa.

Na prática, são tantas as possibilidades de não ter ocorrido a prescrição ou a decadência, ou de ser difícil a distinção entre a hipótese do art. 332, § 1º e do art. 487, II (resolução de mérito quando o juiz decidir, de ofício ou a pedido, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição) que nos parece inadequado – tendo em mente o que se passa no cotidiano e a incoerência com o disposto nos art. 9 e 10 do CPC de 2015 – vedar a oportunidade de prévia oitiva, no mínimo, do autor<sup>336</sup> da ação.

Finalmente, a Lei nº. 11.672/2008 acresceu o art. 543-C no CPC de 1973, regulando o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ, fechando o sistema

---

<sup>336</sup> “[...] para bem da coerência do sistema processual engendrado pelo novo Código de Processo Civil, a improcedência liminar fundada no reconhecimento de prescrição ou decadência sujeita-se ao indispensável contraditório prévio com o autor da demanda. Recomenda-se, pois, uma salutar rebeldia contra o texto que inicia a disposição do art. 487, parágrafo único, do CPC de 2015, tudo com o objetivo de conferir a máxima eficácia ao princípio do contraditório e, ao mesmo tempo, dar ares de coerência lógica e sistemática ao microsistema da improcedência liminar.” (SANTOS, Silas Silva. Improcedência liminar no novo código de processo civil: contraditório prévio para o autor? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 187-199, nov. 2015, versão digital).

de tutela plurindividual do CPC de 1973. Os objetivos principais das técnicas introduzidas pelos art. 543-B e 543-C são, de início, homogeneizar as decisões judiciais, diminuindo a dispersão jurisprudencial e valorizando a função nomofilática do recurso-piloto e, em segundo lugar, racionalizar o processamento dos recursos repetitivos no STF e STJ<sup>337</sup>.

Bruno Dantas destaca que, sob a ótica da teoria dos recursos, as Leis nº. 11.418/2006 e nº. 11.672/2008 introduziram, no âmbito do STF e do STJ, a característica da *identidade da questão de direito federal* (constitucional ou infraconstitucional) como fator essencial para o manejo da técnica de julgamento de demandas repetitivas. Sobre a natureza jurídica do recurso representativo de controvérsia, argui ser de “veículo processual hábil a deflagrar a tutela recursal pluri-individual do STJ e STF”. (DANTAS, 2015, p. 121).

Dessa forma, a partir das alterações legislativas, voltadas à criação de filtros processuais e mecanismos de aceleração dos julgamentos, consolida-se um verdadeiro microsistema de processamento de demandas repetitivas no CPC de 1973.

#### **4.2 A litigiosidade repetitiva e o ideário do CPC de 2015 sobre a tutela plurindividual**

O CPC de 2015 adota a expressão *casos repetitivos* para se referir à litigância de massa e considera decisão proferida em julgamento de *casos repetitivos* aquela que decide o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 928), podendo ter por objeto questão de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único), não necessariamente ligada ao mérito. Logo, pode abranger questão preliminar, prejudicial ou posterior ao mérito, não havendo restrição à fase processual<sup>338</sup> – conhecimento ou cumprimento de sentença, ou estar sendo discutida em primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos possuem como requisitos obrigatórios e que devem estar presentes de forma simultânea: (i) efetiva repetição de processos ou de recursos extraordinários ou especiais e (ii) controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (art. 976 e art. 1.036).

---

<sup>337</sup> DANTAS, Bruno, 2015, p. 68-121.

<sup>338</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 112.

Além disso, o incidente exige a demonstração do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, II). De início, pensávamos ser a menção redundante, haja vista que se a questão de direito a ser solucionada é idêntica e a controvérsia está pulverizada em uma multiplicidade de processos distribuídos aos diversos juízos, é muito provável a prolação de sentenças distintas, acolhendo e desacolhendo os pedidos, gerando iniquidade em alguma medida, motivo pelo qual bastaria o legislador exigir a efetiva multiplicidade de feitos contendo idêntica questão de direito material ou processual – redação, aliás, próxima ao do art. 1.036.

No entanto, caso cuidem de múltiplas ações contendo idêntica pretensão de direito, mas sem grande controvérsia jurisprudencial, o requisito de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica será pertinente. Pois, já não seria autorizada a admissão do IRDR, havendo outro mecanismo para a uniformização do entendimento judicial sobre a matéria, em virtude da determinação legal para que os tribunais editem enunciados de súmula para consolidar sua jurisprudência dominante<sup>339</sup> (art. 926, § 1º).

Do ponto de vista da litigiosidade repetitiva, o CPC de 2015 faz um recorte sobre a matéria que considera passível de ser solucionada pelas técnicas de julgamento de casos ou de questões isomórficas, pois não são admitidas controvérsias envolvendo fatos, ao contrário da inspiração legislativa do procedimento-modelo alemão. Isto não significa que as ações individuais não possam envolver questões fáticas ou a necessidade de produção de provas, apenas que a questão comum a ser objetivada via tutela plurindividual deverá se restringir às questões preponderantemente de direito.

Outra conclusão evidente na análise da tutela plurindividual é que IRDR e recursos repetitivos não são mecanismos de prevenção da litigiosidade serial. Ao contrário, dela necessitam para que possam ser acionados pelo código. Logo, não basta a potencial judicialização em massa, mas será necessária uma quantidade razoável de processos que

---

<sup>339</sup> “[...] a expressão jurisprudência *dominante* resiste a uma definição mais precisa, justamente pela dificuldade em se identificar o exato conteúdo desse qualificativo, vale dizer o *percentual* de acórdãos que bastaria para configurar a *prevalência*, num tribunal, de uma dada exegese, na comparação com possíveis outros entendimentos que, então, seriam minoritários.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.); “Jurisprudência dominante pode ser caracterizada, tal como a divergente, pela existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas onde é possível a constatação de que um dos entendimentos possui maior aplicação.”. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 352).

envolvam a mesma questão jurídica de direito estrito para que possa ser instaurado o incidente ou afetado o recurso repetitivo.

Que quantidade será esta? Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que deverá ser analisado de acordo com o grau de conflituosidade e pela constatação de que já existem entendimentos judiciais divergentes sobre o tema envolvido, colocando em risco o tratamento isonômico entre as partes e a segurança jurídica.

O enunciado nº. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), p.ex., entende que a instauração do IRDR “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”.

A título de ilustração, em pesquisa ao banco de dados<sup>340</sup> de demandas repetitivas do CNJ, consta no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a admissão de IRDR contando, segundo o sistema, com 14 processos sobrestados (TJSP IRDR tema 12)<sup>341</sup>. Analisando o acórdão de admissão, verifica-se que a minoria dos desembargadores votava pela não instauração do incidente, em razão do entendimento de que não estavam presentes nem a efetiva repetição de processos nem o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

---

<sup>340</sup>Disponível

em:

<[http://painéis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true](http://painéis.cnj.jus.br/QuvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true)>. Acesso em: 07 jan. 2018.

<sup>341</sup> IRDR nº. 0025690-41.2017.8.26.0000. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. FASE DE ADMISSIBILIDADE. Tema centrado na natureza, características e extensão do abono desempenho dos funcionários da saúde, instituído pela Lei Municipal nº 3.925/1995, e da gratificação de pronto socorro, instituída pela Lei Municipal nº 3.454/1992, alterada pela Lei Municipal nº 3.915/1995, relativos ao Município de Piracicaba. Maioria da turma julgadora entende presentes os requisitos para admissão do incidente, apenas no que se refere ao abono desempenho, pois quanto a este tema há risco evidenciado de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. A inconstância da jurisprudência das diversas Câmaras, a repercussão da questão (que envolve todos os servidores das Unidades de Saúde do Município de Piracicaba), a diversidade de solução dada pelas turmas e Câmaras e a necessidade de dar interpretação uniforme, definindo o direito da administração e dos administrados demonstram o risco de ofensa à isonomia dos servidores de Piracicaba e à segurança jurídica da Municipalidade e de seus serventuários (elemento qualitativo do IRDR), além de evidenciada a efetiva repetição da controvérsia em centenas de processos (elemento quantitativo do IRDR) Ausência de afetação de recurso para definição de teses sobre a questão nos Tribunais Superiores. A matéria relativa à gratificação de pronto socorro, relativa ao Município de Piracicaba será analisada nos autos da apelação, considerando que compõe um dos pedidos formulados na inicial, mas não se encontram presentes os requisitos para admissão de IRDR quanto a este tema. INCIDENTE ADMITIDO, apenas no que se refere ao abono desempenho dos funcionários da saúde do Município de Piracicaba (Lei Municipal 3.925/1995), com determinação de suspensão dos processos, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo, nos termos do art. 982, I, do Código de Processo Civil de 2015, ressalvados os casos de pedidos de tutela de urgência que serão analisados nos termos do art. 982, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal. Relatora Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, julgamento em 15.09.2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

O cálculo realizado foi o seguinte: tratando de demanda ligada a agentes públicos do município de Piracicaba (abono de desempenho), os quais somam aproximadamente 1800 integrantes, entre servidores estatutários, celetistas e em comissão, identificou-se que o número de apelações que versavam sobre o assunto correspondia a cerca de uma centena.

Sendo assim, os julgadores vencidos ponderaram que os processos em curso no tribunal de São Paulo representavam 5,5% da quantidade máxima de demandas que, eventualmente, poderiam ser ajuizadas pelos servidores, de tal modo que não seria permitida a instauração do incidente porque o CPC de 2015 exige efetiva e atual multiplicidade de processos e não o potencial risco de multiplicação.

Entretanto, a maioria dos julgadores considerou a natureza da discussão relativa ao tema (*potencialmente* relativa à totalidade dos servidores do município) e a necessidade de pacificação da jurisprudência, haja vista a existência de posicionamentos conflitantes dentro e entre as câmaras julgadoras de direito público.

Interessante observar a divergência entre a quantidade de feitos sobrestados e informados pelo banco de dados do CNJ (14) e a quantidade de apelações mencionadas no acórdão de admissão do IRDR (aproximadamente 100). Conforme destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>342</sup>, ainda permanecem no Brasil as mesmas dificuldades para a implantação de um banco de dados nacional a respeito de litigiosidade repetitiva (que existia quando da criação do Cadastro Nacional de Ações Coletivas<sup>343</sup>), devido especialmente pela não integração dos sistemas de informática dos diversos tribunais.

O código também confere um *status* diferenciado às decisões-padrão proferidas em sede de julgamento de casos repetitivos, já que determina sua observância obrigatória por juízes e tribunais (art. 927, III), formando os precedentes vinculantes e cabendo, na hipótese de descumprimento, o ajuizamento de reclamação da parte interessada perante o respectivo tribunal, com a ressalva de não ter havido o trânsito em julgado da decisão reclamada e desde que esgotadas as instâncias ordinárias, caso seja proposta para garantir a observância de acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 988, IV e 988, § 5º, I e II).

Esse esforço da lei processual em ver respeitadas as decisões-padrão proferidas nos casos repetitivos faz parte daquilo que Rodolfo de Camargo Mancuso chama de luta contra a

---

<sup>342</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 173-174.

<sup>343</sup> Notícia veiculada pelo CNJ em 13.06.2011, disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj.57172-cadastro-unico-dara-agilidade-as-acoes-coletivas>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

“dispersão jurisprudencial excessiva que grassa na experiência brasileira, frustrando o jurisdicionado, impossibilitando-o de fazer um prognóstico razoavelmente confiável no tocante às chances de sua pretensão, caso venha a ser judicializada”. (MANCUSO, 2016, p. 87).

Além da uniformização da jurisprudência e do objetivo de conferir tratamento isonômico às demandas idênticas e aos recursos repetitivos, o CPC de 2015 estabelece diversas outras finalidades processuais aos acórdãos-paradigmas proferidos:

- precedência na ordem cronológica de conclusão do julgamento de processos em bloco para a aplicação da tese jurídica (art. 12, § 2º, II e III);
- concessão de tutela da evidência (art. 311, II);
- suspensão processual (art. 313, IV);
- improcedência liminar do pedido (art. 332, II e III);
- dispensa de reexame necessário (art. 496, § 4º, II e III);
- dispensa de caução para o cumprimento provisório da sentença (art. 521, IV);
- ampliação dos poderes do relator para dar ou negar provimento a recurso e julgar de plano conflito de competência, monocraticamente (art. 932, IV, “b” e V, “b”, art. 955, II), bem como ao presidente ou vice-presidente do tribunal para negar seguimento a recurso ou determinar o encaminhamento do processo ao órgão julgador para juízo de retratação, respectivamente, se o acórdão convergir ou for contrário ao exarado em julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, I, “b” e II);
- cabimento de ação rescisória com fundamento em violação manifesta à ordem jurídica, contra decisão baseada em acórdão prolatado em julgamento de casos repetitivos que tenha desconsiderado a distinção (*distinguishing*) entre a questão controvertida e o padrão decisório (art. 966, § 5º);
- cabimento de embargos de declaração por omissão (art. 1.022, I).

O CPC de 2015 não rompe com a tradição das ações coletivas, ao contrário, fixa no capítulo sobre os poderes, deveres e responsabilidades do juiz o dever de oficiar o Ministério Público e, na medida do possível, os demais legitimados extraordinários, para que ajuízem ação civil pública, se for o caso, na hipótese de se depararem com uma multiplicidade de demandas individuais repetitivas (art. 139, X).

Havia no Projeto de Lei nº. 166/2010 (nº. 8.046/2010 na Câmara dos Deputados) do CPC de 2015 a previsão de conversão da ação individual em ação coletiva no art. 333, cuja redação dispunha que “atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual”.

Esse dispositivo foi vetado<sup>344</sup> pela Presidência da República, após manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob a justificativa de considerarem o dispositivo “pouco criterioso, inclusive em detrimento do interesse da parte”, além de o código já contemplar outros institutos para o tratamento das demandas repetitivas.

Essencial é destacar que o denominado *microsistema de solução de casos repetitivos* aplica-se indistintamente aos processos individuais e coletivos (art. 985, I e art. 1.036, § 1º). Desse modo, é imediata a aproximação entre a tutela coletiva e plurindividual. Tal qual ocorre dentro do microsistema de processo coletivo, “as normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente” (Enunciado nº. 347 do FPPC).

Sobre o ideário do CPC de 2015, é preciso recapitular o que foi dito no capítulo sobre o Acesso à Justiça. Isto porque desde meados dos anos de 1990 havia a percepção de que o serviço judiciário brasileiro era ineficiente e sofria de graves problemas, entre eles a ausência de previsibilidade jurídica sobre o entendimento (volátil) de juízes e tribunais. Essa incerteza geraria um ambiente de baixa segurança jurídica e foi apontada como uma das causas que influenciavam negativamente o próprio desenvolvimento econômico<sup>345</sup> do país, uma vez que colocaria em dúvida o cumprimento de contratos de caráter público e privado.

Conforme anota Mauro Cappelletti, embora o processo civil seja, tradicionalmente, considerado um ramo técnico do direito, “nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo; e nenhuma é ideologicamente neutra”. (CAPPELLETTI, 2008, p. 364).

Assim, da mesma forma que as ações coletivas representaram um marco jurídico no acesso à justiça, estreitamente ligado ao Estado de Bem-Estar social, o valor segurança jurídica, consubstanciado na proteção da propriedade, na garantia das liberdades individuais e dos contratos firmados, é nota de relevo ligada ao Estado Neoliberal. A lógica passa a ser

---

<sup>344</sup> Razões do veto na íntegra está disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03.\\_ato2015-2018.2015.Msg.VEP-56.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018.2015.Msg.VEP-56.htm)>. Acesso em: 07 fev. 2018.

<sup>345</sup> PEREIRA, Paula Pessoa, 2014, p. 156.

outra, levando-se em consideração que instituições e institutos jurídicos que contribuam com a eficiência econômica e com a promoção do desenvolvimento econômico terminam por colaborar com a diminuição da pobreza <sup>346</sup>.

Seguindo essa tendência, o CPC de 2015 mantém o sistema de julgamento por amostragem, respondendo à necessidade apontada, cujo escopo é aumentar a eficiência do Poder Judiciário, por meio de duas frentes indissociáveis: a primeira, pela ampliação das técnicas de julgamento de demandas repetitivas e, a segunda, estabelecendo a vinculação do resultado dessas decisões-padrão a todos os demais processos que encerrem a mesma demanda-modelo, como forma de acelerar a resolução de casos idênticos.

Quanto à preocupação com o princípio da segurança jurídica, consta da Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC de 2015:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. [...] A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável. Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio da isonomia <sup>347</sup>.

Essa uniformização da jurisprudência é alcançada pelo recurso extraordinário e especial repetitivo ao reforçar as funções *nomofilática* e *uniformizadora* dos tribunais de cúpula e valorizar as decisões proferidas pelos tribunais regionais e estaduais no IRDR, tudo para que a jurisprudência atenda ao preceituado no art. 926 do CPC de 2015 e se mantenha estável, íntegra e coerente.

---

<sup>346</sup> DAKOLIAS, Maria, 1996, não paginado. Localização: último parágrafo do documento.

<sup>347</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 27-28.

A função *nomofilática* <sup>348</sup> diz respeito à função dos Tribunais Superiores de, mais do que se preocupar com o interesse das partes, atentar para a manutenção da integridade do sistema normativo, dando a mais racional interpretação e aplicação do direito que se afine com a Constituição da República.

A função *uniformizadora* garante a aplicação isonômica da norma em todo o território submetido à sua vigência, objetivando a garantia dos princípios da isonomia e legalidade. Esta última entendida não como interpretação literal do texto de lei, mas como uniformidade interpretativa, “de modo que a lei, que é vocacionada a ter uma única interpretação correta, deve receber sempre, dadas as mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, a mesma interpretação”. (ALVIM; DANTAS, 2017, p. 312).

Os Recursos Repetitivos e o IRDR estão mutuamente relacionados, pois é muito provável que a solução definitiva dos IRDR termine nos Tribunais Superiores, fazendo as vezes dos recursos extraordinários e especiais repetitivos <sup>349</sup> (art. 987, §§ 1º e 2º do CPC de 2015). De outra banda, espera-se que o IRDR produza uma significativa redução na quantidade de recursos repetitivos afetados na sistemática do art. 1036 e seguintes do CPC de 2015.

Embora as técnicas de resolução de casos repetitivos estejam previstas, basicamente, no CPC de 2015, são passíveis de serem aplicadas por outros ramos do direito, como o processo penal, do trabalho e eleitoral (art. 15, CPC de 2015) <sup>350</sup>, como se constata, aliás, pela quantidade de recursos especiais repetitivos já julgados pelo STJ <sup>351</sup> nos mais diversos ramos.

### 4.3 Recursos Repetitivos

#### 4.3.1 Procedimento

No CPC de 2015, o processamento do recurso extraordinário e do recurso especial repetitivo é idêntico e, antes de descrevê-lo, vale lembrar de que a Lei nº. 13.256/2016

<sup>348</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, 2017, p. 309-311.

<sup>349</sup> RISTJ – art. 256-H. “Os recursos especiais interpostos em julgamento de mérito de incidente de resolução de demandas repetitivas serão processados nos termos desta Seção [...]”.

<sup>350</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 138, falando especificamente sobre o IRDR.

<sup>351</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br.repetitivos.temas\\_repetitivos](http://www.stj.jus.br.repetitivos.temas_repetitivos)>. Acesso em: 15 maio 2018.

reintroduziu o juízo de admissibilidade dos recursos constitucionais nos tribunais de origem, entendido pelos tribunais superiores como importante barreira à subida de recursos – haja vista que as estatísticas demonstram que só uma pequena parte dos recorrentes insiste e interpõe o agravo de decisão denegatória de inadmissão de recurso extraordinário e especial

352

Dispõe o art. 1036 que sempre que houver *multiplicidade de recursos* extraordinários ou especiais com fundamento em *idêntica questão de direito* haverá afetação para julgamento, de acordo com as disposições da subseção e observados o RISTF<sup>353</sup> e o RISTJ<sup>354</sup>. Enquanto no STJ o regimento interno já está atualizado e detalha minuciosamente como será a seleção, a afetação, a instrução e o julgamento do REsp repetitivo, no RISTF não existe maior disciplina do tema.

A *seleção* dos recursos-modelo será feita pelo presidente ou vice-presidente do TJ, TRF (art. 1036, § 1º) ou pelo relator no tribunal superior (art. 1036, § 5º). Serão escolhidos dois ou mais recursos, desde que contenham abrangente argumentação e discussão sobre a questão de direito a ser decidida (art. 1036, § 6º). Evidentemente, a escolha feita no tribunal estadual ou regional não vinculará o relator no tribunal superior, que é livre para selecionar outros recursos mais representativos da controvérsia (art. 1036, § 4º).

Nos termos do art. 1036, § 1º, nesse momento já há a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes (individuais e coletivos) no âmbito de abrangência territorial do tribunal de segundo grau que triou os recursos representativos da controvérsia. O art. 1036, § 2º dispõe sobre a possibilidade do interessado, em regra do recorrido, requerer a exclusão do recurso do sobrestamento na hipótese de ter sido interposto intempestivamente. Dessa decisão caberá agravo interno (art. 1036, § 3º).

---

<sup>352</sup> JUSTIFICAÇÃO – “Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais. A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo.” Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384.2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384.2015)> . Acesso em: 17 maio 2018.

<sup>353</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo.cms/legislacaoRegimentoInterno.anexo.RISTF\\_integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo.cms/legislacaoRegimentoInterno.anexo.RISTF_integral.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>354</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional..index.php/Regimento.article.view.3115.3839>>. Acesso em: 15 maio 2018.

É possível a desistência do recurso afetado como repetitivo (art. 998, parágrafo único), conquanto tal ato pessoal da parte não impeça a uniformização da jurisprudência, com a fixação da tese repetitiva, que será aplicada em todos os demais casos sobrestados, exceto para quem desistiu do recurso diante do trânsito em julgado da decisão recorrida em seu processo.

No RISTJ consta (art. 256, § 1º, I, II e III) que a *seleção* no tribunal de origem deverá considerar, além da presença dos requisitos gerais de admissibilidade, preferencialmente, a presença das seguintes características: a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos do recurso especial; a questão de direito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso; a divergência (se houver) entre órgãos julgadores do tribunal de origem, hipótese em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto.

Segundo ainda o RISTJ (art. 256, § 2º, incisos I a VI), são atribuições do tribunal de origem, no juízo de admissibilidade: I) delimitar a questão de direito a ser processada e julgada sob o rito dos repetitivos, com indicação dos códigos de assuntos da “Tabela Processual Unificada do CNJ”; II) informar objetivamente a situação fática específica na qual surgiu a controvérsia; III) indicar precisamente os dispositivos legais em que se fundou o acórdão recorrido; IV) informar a quantidade de processos que ficarão suspensos na origem com a mesma questão de direito em tramitação no STJ; V) informar se outros recursos especiais repetitivos sobre a mesma controvérsia estão sendo remetidos conjuntamente – destacando, na decisão de admissibilidade de cada um deles, os números dos demais; VI) explicitar, na parte dispositiva, que o REsp foi admitido como representativo da controvérsia.

Confirmado pelo Presidente do STJ, em despacho irrecorrível, que o recurso especial repetitivo selecionado e remetido pelo tribunal de origem preenche os requisitos do art. 256 do RISTJ, determinará a distribuição dos autos da seguinte forma (art. 256-D): I) *por dependência*, para os recursos especiais representativos que contiverem a mesma questão de direito; II) *de forma livre*, por meio de sorteio automático, para as demais hipóteses.

Portanto, o fato de ser *selecionado* e admitido inicialmente como um candidato a recurso especial repetitivo *não significa dizer que o recurso representativo foi afetado*, o que assume importância na medida em que o art. 1037 diz que: “*selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1036, proferirá decisão de afetação, na qual:*” identificará a questão de direito controvertida e

determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem em todo país.

A *afetação* ocorre nos tribunais superiores e é o ato formal pelo qual se reconhecem presentes os requisitos do art. 1036, com o propósito de certificar que o julgamento prosseguirá sob o rito dos recursos repetitivos.

Neste ponto existe divergência entre o CPC de 2015 e o RISTJ, pois enquanto o art. 1037 do código fala em decisão de afetação a ser proferida pelo *relator*, o regimento interno, art. 256-E, I e II, dispõe que caberá ao relator, de início, reexaminar o juízo de admissibilidade feito no tribunal de origem e, depois, rejeitar a indicação do recurso especial (cessando a suspensão, nos termos do art. 1037, § 1º do CPC de 2015) *ou apenas propor à Corte Especial ou à Seção* a afetação do recurso especial representativo da controvérsia para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos. Ou seja, no STJ a decisão de afetação será *colegiada*.

Segundo o art. 257 do RISTJ, o relator se utilizará da “*ferramenta eletrônica de afetação do recurso especial à sistemática dos repetitivos e de admissão do IAC*”. Incluída a proposta de afetação pelo relator, os demais ministros do respectivo órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar sobre a proposição, devendo analisar o preenchimento dos pressupostos recursais genéricos e específicos.

Caso a maioria dos ministros decida, em sessão eletrônica<sup>355</sup>, pelo não preenchimento dos requisitos previstos no art. 257-A, § 1º, a questão não será afetada para julgamento repetitivo, retornando os autos ao relator para decisão (art. 257-A, § 2º). Nessa hipótese, revoga-se a decisão de suspensão dos feitos pendentes em trâmite nos tribunais de origem (art. 1037, § 1º, CPC de 2015). Há entendimento de que nada impediria uma nova apreciação da afetação anteriormente rejeitada, provocada pela apresentação de novos argumentos por parte, p. ex., de um *amicus curiae*<sup>356</sup>.

Decidindo a maioria simples do colegiado pela afetação, a decisão será publicada e poderá o relator, nos termos do art. 1038, I a III do CPC de 2015, solicitar informações aos

---

<sup>355</sup> A primeira proposta de afetação eletrônica ocorreu em 05.12.2017 no REsp. nº. 1667843/SC.

<sup>356</sup> SANTOS, Evaristo Aragão; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Sobre o regime de julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos. In: *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. Homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. Coord.: Bruno Dantas et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 475.

tribunais estaduais ou regionais sobre a questão afetada e autorizar (em decisão irrecurável, segundo o art. 256-J do RISTJ e art. 21, XVIII do RISTF), diante da relevância da matéria, a manifestação de pessoas naturais ou jurídicas, órgãos ou entidades especializadas, com interesse na controvérsia (o RISTJ menciona a representatividade adequada), a serem prestadas no prazo improrrogável de quinze dias. Ou seja, disciplina a intervenção do *amicus curiae*<sup>357</sup> prevista no art. 138 do CPC de 2015. Também é possível a fixação de data para ouvir pessoas ou entidades com conhecimento do tema em audiência pública.

Em razão do RISTJ, nesse tribunal superior, a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem em todo território nacional, na forma do art. 1037, II do CPC de 2015, ocorrerá, de fato, após a publicação da decisão colegiada de afetação: “até então, naqueles casos em que os recursos foram indicados pelos Presidente e Vice-Presidente do Tribunal de origem, a suspensão se mantinha restrita aos limites da jurisdição deste último”. (SANTOS; CONCEIÇÃO, 2017, p. 475).

No STF, cujo regimento interno não aprofunda a disciplina dos recursos extraordinários repetitivos, segue-se a regra da afetação monocrática, pelo relator, consoante o art. 1037, *caput* do CPC de 2015.

Conforme o Enunciado nº. 41 da I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, “nos processos sobrestados por força do regime repetitivo, é possível a apreciação e a efetivação de tutela provisória de urgência, cuja competência será do órgão jurisdicional onde estiverem os autos”.

Além da decisão de afetação colegiada, a novidade no STJ é a fragmentação do julgamento em dois momentos: no primeiro, a Corte Especial ou a Seção deliberarão sobre a afetação e, num segundo momento, julgará o recurso, fixando a tese jurídica. Antes do CPC de 2015, tudo ocorria na mesma sessão de julgamento, sendo a proposta de afetação analisada como questão preliminar.

Quanto à suspensão de todos os feitos no território nacional, prevê o art. 1037, § 8º do CPC de 2015 que as partes serão intimadas pelo juiz da causa ou pelo relator após serem

---

<sup>357</sup> “O *amicus curiae* é um terceiro que ingressa no processo para fornecer subsídios ao órgão jurisdicional para o julgamento da causa. Pode ser pessoa natural ou jurídica, até mesmo um órgão ou entidade sem personalidade jurídica (art. 138). Existe a lei, para que se possa intervir como *amicus curiae* ser alguém capaz de representar, de forma adequada, o interesse que busca ver protegido no processo.” (CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 107).

informados da determinação do tribunal superior, também nos termos do *caput* do art. 1037 do CPC de 2015.

E, caso a parte demonstre distinção entre a questão a ser decidida em seu processo e a questão controversa a ser decidida no rito dos recursos repetitivos, poderá requerer o prosseguimento de sua ação judicial, após ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias, na forma do art. 1037, §§ 9 e 11 do CPC de 2015. Dessa decisão que solucionar a distinção alegada caberá agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau ou agravo interno, se a decisão for de relator (art. 1037, § 13, CPC de 2015).

No STJ, após publicada a decisão colegiada de afetação, os demais recursos em trâmite na Corte superior fundados na mesma questão de direito, se já distribuídos, serão devolvidos ao tribunal de origem para nele permanecerem suspensos ou, se ainda não distribuídos, serão devolvidos por decisão do Presidente do STJ (RISTJ art. 256-L).

E ainda, após a publicação e decorrido o prazo para parecer do MPF, o processo será concluso ao relator para a elaboração do voto (RISTJ art. 256-M). Portanto, embora a afetação seja colegiada, o relator da proposta de afetação seguirá prevento e elaborará seu voto. Na hipótese de haver mais de uma afetação (entenda-se proposta de afetação no STJ) sobre o tema controvertido, ficará prevento o relator que primeiro tiver proferido a respectiva decisão de afetação (art. 1037, *caput* e § 3º, CPC de 2015).

Há fixação de prazo de um ano para os tribunais superiores julgarem os recursos afetados no art. 1037, § 4º do CPC de 2015. Contudo, com a edição da Lei nº. 13.256/2016, revogando o § 5º do referido artigo, essa regra perdeu o sentido, pois, antes da lei, decorrido tal prazo, os processos suspensos voltavam a correr, em atenção aos interesses das partes, que não deveriam ficar anos com sua situação jurídica pendente. Com a revogação, o prazo passa a ser simbólico, já que o seu descumprimento não acarretará consequência processual alguma. O § 6º dependia do § 5º revogado, logo, não tem aplicação prática.

Nos termos do art. 1038, § 2º, transcorrido o prazo para manifestação do Ministério Público (art. 1038, § 1º) e remetida cópia do relatório aos demais ministros, o recurso será incluído em pauta, com preferência sobre os demais recursos, exceto os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Não existe maior disciplina sobre o julgamento do Recurso Repetitivo, constando no art. 1038, § 3º, que “o acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”. Essa redação é fruto da Lei nº. 13.256/2016, pois no texto original a disposição era

de que o conteúdo do acórdão abrangeria “todos os fundamentos da tese jurídica, favoráveis ou contrários”, o que sugere uma abrangência menor da fundamentação.

Essa alteração legislativa talvez ocasione um efeito colateral não previsto pelo legislador, na medida em que se poderá questionar se existe vinculação ao precedente gerado pela técnica, no caso da parte fundar sua demanda em argumentação não enfrentada pelo tribunal superior.

De qualquer modo, o art. 104-A do RISTJ estabelece que os acórdãos proferidos em julgamento de recursos repetitivos deverão conter:

- I – os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador;
- II – a definição dos fundamentos determinantes do julgado;
- III – a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque;
- IV – a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

O julgamento do recurso representativo da controvérsia também seria segmentado: primeiro, o tribunal superior analisa a questão de direito repetitiva e fixa o entendimento jurídico abstrato sobre o tema e, ato conseguinte, o próprio órgão colegiado julga o recurso e aplica o comando normativo ao caso concreto. A explicação sobre o porquê de os tribunais superiores exercerem o juízo de revisão no caso afetado seria a seguinte:

A experiência revela que, por mais que o STJ e o STF julguem apenas questões de direito, é do entrelaçamento destas com os fatos que constroem a realidade empírica que surge a hipótese de incidência, razão pela qual a mera emissão do comando normativo abstrato poderia, no futuro, criar embaraços à sua aplicação, eis que não se teria fixado a *ratio decidendi* que permitirá o seu fiel cumprimento. Ademais, seria igualmente dificultada a realização do *distinguishing* e do *overruling*. Embora esse não seja propriamente o objetivo principal do modelo, é inegável que o juízo de revisão, exercitado pelo STJ e pelo STF no momento de fixar o padrão decisório, auxilia essas cortes superiores a conhecer as vicissitudes do caso e proferir um comando normativo mais rente à realidade empírica subjacente, o que, de certo modo, legitima e reforça a vinculatividade do comando normativo abstrato. (ALVIM; DANTAS, 2017, p. 534).

No STJ, seu regimento interno estabelece que o relator ou o ministro relator para o acórdão deverá delimitar, objetivamente, a tese firmada pelo órgão julgador e que alterada a tese firmada no julgamento de eventual recurso contra o acórdão-paradigma, nova delimitação será feita, com os novos fundamentos determinantes da tese.

Quanto às consequências jurídicas da decisão proferida no regime dos recursos repetitivos, dispõe o art. 1039 do CPC de 2015 que, decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados nos tribunais superiores declararão prejudicados os demais recursos ou decidirão aplicando a orientação firmada.

Nos tribunais estaduais ou regionais, quanto aos feitos suspensos durante o processamento do recurso-modelo pelo tribunal superior e após a publicação do acórdão-paradigma, o CPC de 2015 prevê que será negado, pelos tribunais de segundo grau, seguimento aos recursos extraordinários ou especiais neles sobrestados, cuja decisão recorrida coincida com a tese jurídica *ou* será reexaminado, pelo órgão prolator da decisão recorrida, o feito cujo acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior (art. 1040, I e II). Nessa última hipótese, havendo retratação, se for o caso, deverá o TJ ou TRF decidir as demais questões pendentes cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração. (art. 1041, § 1º).

Em relação aos processos suspensos em 1º e 2º graus, haverá a retomada do andamento processual para julgamento e aplicação de acordo com a tese jurídica firmada. (art. 1040, III).

Embora o art. 1040 fixe a publicação do acórdão-paradigma como marco temporal a partir do qual deverá ser aplicada a tese repetitiva, mais consentâneo com a segurança jurídica seria que se aguardasse a publicação dos eventuais embargos de declaração do repetitivo<sup>358</sup>, especialmente diante da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, por razões de interesse social e de segurança jurídica (art. 927, § 3º). Contudo, não é o que consta da legislação.

Conquanto haja entendimento de que a modulação possa (deva) se dar de ofício<sup>359</sup> pelo Tribunal Superior, o mais comum é que ela se dê após provocação da parte interessada

---

<sup>358</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017, p. 1231, comentários de Luiz Dellore.

<sup>359</sup> ADI 4788 AgR-ED, julgamento em 07.02.2018; ADI 3601 ED, julgamento em 09.09.2010.

em obter a eficácia prospectiva da tese exatamente via embargos de declaração<sup>360</sup>. Aliás, o art. 1026, § 1º dispõe que, muito embora esse recurso não tenha efeito suspensivo, é possível obtê-lo, caso demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (no caso, do pedido de modulação) ou a relevância da fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Na prática, os tribunais de origem (e superior) nem sequer estão aguardando a publicação do acórdão-paradigma para a aplicação da tese jurídica, em desconformidade com o CPC de 2015. Ao contrário, utilizam-se do art. 944 – cuja norma dispõe que “não publicado o acórdão no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão” – e dão todas as consequências jurídicas da aplicação da tese fixada<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> ADI 2909 ED, julgamento em 09.02.2018; RE 574.706/PR, julgamento em 15.03.2017; RE 500.171.GO, julgamento em 16.03.2011; ADI 3601 ED, julgamento em 09.09.2010.

<sup>361</sup> AGRAVO INTERNO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC/73. EMBARGOS INFRINGENTES. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO, À CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO: SUFICIÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO NA QUAL CONSTOU CLARAMENTE A TESE ASSENTADA PELA SUPREMA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há viabilidade para a suspensão do julgamento deste feito, à conta do resultado de evento futuro e incerto. Na singularidade do caso a ata de julgamento do RE 574.706/PR foi publicada (20 de março de 2017) e nela constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte (“o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”), de modo que tornou-se de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa. Além disso, o CPC/15 dispõe no artigo 944 que “não publicado o acórdão no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão”. Na espécie, já se ultrapassou de muito o prazo de 30 dias da sessão de julgamento (20 de março de 2017), de modo que esse art. 944 - que se insere nas regras gerais sobre recursos - deve ter eficácia. Nem mesmo a omissão do Presidente do Tribunal em lavrar as conclusões e a ementa e mandá-las publicar (§ único) impede a eficácia desse artigo, na espécie, porquanto todos os votos e a conclusão final (singela) tornaram-se de conhecimento geral do meio jurídico.

2. No âmbito do STJ o resultado do RE 574.706/PR já provocou o realinhamento da jurisprudência dessa Corte, que está aplicando a decisão do STF (AgInt no REsp 1355713.SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.08.2017, DJe 24.08.2017 - AgInt no AREsp 380.698.SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.06.2017, DJe 28.06.2017) até mesmo em sede de embargos de declaração (EDcl no AgRg no AREsp 239.939.SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.06.2017, DJe 02.08.2017) e de decisões unipessoais (AgInt no AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.534.105.PB, j. 06.06.2017, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 02.08.2017).

3. Mais que tudo, no próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente da publicação de acórdão ou de trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões unipessoais: ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23.06.2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28.06.2017 PUBLIC 29.06.2017 - RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21.06.2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27.06.2017 PUBLIC 28.06.2017 - RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26.05.2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30.05.2017

Não é difícil antever os problemas que isso acarretará na hipótese de futura modulação da decisão-paradigma, principalmente quando esta decorre de uma mudança da jurisprudência dos Tribunais Superiores em sede de recursos repetitivos, cuja modulação deveria ser entendida como um dever das Cortes Superiores e não como uma possibilidade<sup>362</sup>, em respeito às situações jurídicas aperfeiçoadas no mesmo sentido da jurisprudência até então vigente.

Se a questão de direito resolvida pela tese jurídica for relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou ente público regulador “competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.” (art. 1040, IV).

Essa disposição legal voltou-se aos direitos individuais homogêneos e orienta-se pela lógica de que, se houver fiscalização e punição administrativa nos casos de descumprimento da tese jurídica, diminuiriam os litígios<sup>363</sup>. Portanto, julgado um recurso repetitivo sobre questões bancárias, por exemplo, o Banco Central será oficiado para fiscalizar o entendimento posto no precedente.

Segundo o art. 1041, na hipótese de ser mantido o acórdão divergente, no tribunal de origem, deverá haver a remessa do recurso extraordinário ou especial ao tribunal superior, na forma do art. 1036, § 1º do CPC de 2015.

#### 4.3.2 A objetivação do recurso extraordinário isolado

Existe um fenômeno em curso no processo civil brasileiro que afeta não só a solução e uniformização das decisões proferidas em sede de recursos repetitivos como também de todas as controvérsias levadas ao STF via recurso extraordinário. Trata-se do fenômeno da

---

PUBLIC 31.05.2017 - RE 363988, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28.04.2017, publicado em DJe-093 DIVULG 04.05.2017 PUBLIC 05.05.2017. (...)  
(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 2109061 - 0002405-02.2014.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 03.04.2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16.04.2018) – Destaques nossos.

<sup>362</sup> “Tendo em vista os princípios em que se baseia o direito brasileiro, a superação de entendimento (*overruling*) sempre demandará modulação dos efeitos, não sendo tal modulação facultativa, como o texto comentado parece fazer crer.” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1970).

<sup>363</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al., 2017, p. 1233.

objetivação do recurso extraordinário isolado, chamado pelo CPC de 2015 de *regime de repercussão geral*<sup>364</sup> nos art. 1030, I, “a”; II; V, “a”; 1035, § 7º. 1042 e § 2º.

A redação desses dispositivos foi dada pela Lei nº. 13.256/2016 que, a pretexto de reintroduzir o juízo de admissibilidade nos tribunais de segundo grau, positivou aquilo que na prática já estava ocorrendo na jurisprudência, amplamente defendido pelo STF – a objetivação do recurso extraordinário, independentemente desse ser ou não processado pelo rito dos recursos repetitivos, por uma aproximação de efeitos entre o controle concentrado e o controle incidental de constitucionalidade<sup>365 366</sup>.

O que o CPC de 2015 fez foi equiparar, para diversos efeitos, a repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, ao sistema dos recursos repetitivos, técnica de julgamento de demandas massificadas. Ou seja, *a partir do julgamento do mérito do recurso extraordinário isolado, pretende-se a projeção de efeitos vinculantes para os demais recursos que veiculem idêntica controvérsia.*

De todo modo, independentemente da Lei nº. 13.256/2016, o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, nos termos do art. 1035, § 5º, acarreta a suspensão de *todos* os

---

<sup>364</sup> Sobre essa alteração introduzida pela Lei nº. 13.256.2016, denominando um certo *regime de repercussão geral* como sendo algo distinto do regime dos recursos repetitivos: “[...] o legislador usa a expressão ‘em regime de repercussão geral’, que não tem sentido técnico específico, estabelecido pela doutrina. Se, de fato, o legislador quis referir-se *apenas* a um recurso extraordinário, individual ou avulso, parece ter ido longe demais: determinou que ao recurso seja *negado seguimento*, se o acórdão estiver de acordo com recurso (avulso) anteriormente decidido, *fora do regime dos repetitivos*. Se é esse o sentido desse dispositivo, parece poder-se afirmar que a jurisprudência do STF quando julga recurso extraordinário, tanto faz seja ou não em regime de recurso repetitivo, seria ‘vinculante’ e, nesse caso, a ponto de obstar o acesso ao STF, por meio de decisão de inadmissibilidade.” (ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, 2017, p. 410).

<sup>365</sup> “[...] não há como deixar de destacar a função decisiva do instituto da repercussão geral para a racionalização das competências constitucionais da Corte. Esse novo modelo processual-constitucional traduz, sem dúvida, avanço a concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Pode-se falar, mesmo, em processo de objetivação do recurso extraordinário.” (MENDES, Gilmar. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 114).

<sup>366</sup> “[...] considerado o atual quadro normativo, fruto de uma constante e progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à “dessubjetivação” ou à “objetivação” das decisões do STF, inclusive no controle incidental de constitucionalidade, é inquestionável a constatação de que, embora persista, na Constituição (art. 52, X, da CF.1988), a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, o seu exercício foi paulatinamente perdendo a importância e o sentido que tinha originalmente, sendo, hoje, inexpressivas, ressalvado seu efeito de publicidade, as consequências práticas que dele podem decorrer.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.53).

processos pendentes, individuais ou coletivos, que tratem da questão constitucional e tramitem no território nacional.

Além disso, dispõe o art. 1035, § 8º que negada a repercussão geral – seja em recurso múltiplo, seja em recurso isolado – será negado seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre a mesma matéria. Portanto, *a decisão sobre a preliminar da repercussão geral provoca efeitos vinculantes sobre os demais processos, qualquer que seja a modalidade do recurso extraordinário interposto.*

No CPC de 1973, José Ignácio Botelho de Mesquita *et. al.* destacavam que havia duas hipóteses de Recursos Extraordinário - o Recurso isolado e os Recursos múltiplos:

O recurso isolado e, por consequência, cada um dos recursos múltiplos, ficaram sujeitos a um novo pressuposto processual, a “preliminar formal” de repercussão geral, cuja decisão compete exclusivamente ao STF. Estando satisfeito este e os demais pressupostos e condições de admissibilidade do recurso extraordinário, o recurso isolado será remetido ao STF e distribuído a um relator. Se a questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos recursos, o Presidente do STF ou o relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, tomará a iniciativa de determinar aos demais tribunais e turmas de JEC que observem o disposto no art. 543-B do CPC (art. 328 do RISTF) e suspendam o curso de “todas as demais causas com questão idêntica”. A despeito dessa redação, pelo que se infere do disposto no art. 543-B, §§ 1.º e 2.º, do CPC só se suspenderá o andamento dos recursos extraordinários. Tomada esta providência, ou sem ela, cumprirá ao relator decidir a preliminar formal de repercussão geral. [...] Os recursos múltiplos, por sua vez, assim considerados os que tenham fundamento em idênticas controvérsias, serão objeto de seleção pelo Presidente do tribunal de origem. O recurso, ou os recursos selecionados, serão encaminhados ao STF, sobrestando-se no julgamento dos demais. 2 Ao relator, no STF, cumprirá, como no caso do recurso isolado, decidir a preliminar de repercussão geral. (MESQUITA *et. al.*, 2013).

Para os autores, a preliminar de repercussão geral se apresenta como um meio de “concentração do controle de constitucionalidade inserido em processo de controle difuso” e afirmam que “(...) este novo instituto importou a criação de um controle concentrado da prejudicial de repercussão geral, incidente no processo de controle difuso de constitucionalidade e propiciado pela interposição do recurso extraordinário”. (MESQUITA *et al.*, 2013).

Dada a semelhança com o controle concentrado das ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, questionavam<sup>367</sup> se seria ou não possível desistir do recurso extraordinário cuja repercussão geral fora reconhecida, considerada a aproximação com a regra do art. 5º da Lei nº. 9.868/1999: “proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

O CPC de 2015 aceita a desistência do recurso, contudo dispõe que isso não impedirá a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida, tanto quanto daquela objeto de julgamento de recursos repetitivos (art. 998, parágrafo único).

Os autores também questionavam a feição autoritária do instituto, já que enquanto a CRFB abriu a legitimidade para a iniciativa do controle concentrado de constitucionalidade, o incidente da repercussão geral praticamente centraliza a iniciativa, o processamento e o julgamento no STF. E, embora minimizada pela possibilidade de manifestação de terceiros juridicamente interessados – haja vista que o resultado do incidente poderá lhes negar o direito de interpor recurso extraordinário –, fica facultada ao relator admitir ou não tal intervenção espontânea. Essa *faculdade* do relator em admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, nos termos do RISTF, é mantida no CPC de 2015, art. 1035, § 4º, portanto, a crítica quanto ao viés autoritário da solução processual permanece.

Analisando a redação dos 1030, I, “a”; II; V, “a”; 1035, § 7º e 1042 e § 2º conclui-se que, embora haja uma suposta distinção entre o “regime de repercussão geral” e “regime dos recursos repetitivos”, na prática, o legislador equiparou as consequências processuais da repercussão geral àquelas advindas da afetação e julgamento dos recursos repetitivos – ainda que possa não ter ficado tão óbvio, já que tais alterações não foram inseridas na subseção concernente ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1036 a 1041).

Assim, quando o art. 1030, I, “a” determina que o relator negará seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no *regime de repercussão geral*, só pode se referir ao recurso extraordinário isolado, já que quanto ao recurso extraordinário múltiplo, cuida a alínea “b” do citado artigo.

Do mesmo modo, quando o art. 1030, II afirma que o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem deverá encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do *juízo*

---

<sup>367</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho et. al. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 220, p. 13-31, jun. 2013, versão digital.

*de retratação*, na hipótese do acórdão recorrido divergir do entendimento do STF exarado, no regime de repercussão geral *ou* de recursos repetitivos, está afirmando que tal decisão de mérito proferida no RE isolado (ainda que não esteja no rol dos precedentes obrigatórios do art. 927) termina por estabelecer uma espécie de vinculação sobre o modo como o relator da decisão recorrida deverá julgar a matéria controvertida no recurso interposto na origem.

É verdade que não cabe reclamação constitucional (art. 988), no entanto, uma decisão que não obedeça a um julgado em sede de recurso extraordinário avulso, na prática, está fadada a ser alterada pelo art. 1030, I parte final “a” e II do CPC de 2015.

Esses dispositivos, tanto quanto as normas contidas no cumprimento de sentença (inexigibilidade da obrigação art. 525, § 12 e 535, § 5º), coadunam-se com a tendência atual do STF<sup>368</sup> em aproximar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade feito em sede de recurso extraordinário, portanto, controle *incidental* ou *difuso*, aos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações do controle *concentrado*.

E quanto aos efeitos desse controle de constitucionalidade difuso, é indiferente se perpetrado por um recurso extraordinário repetitivo ou isolado porque, se existe repercussão geral, necessariamente a questão controversa ultrapassa o interesse subjetivo das partes – aliás, é o que dispõe o art. 1035, § 1º.

A Lei nº. 13.256/2016 também revogou o inciso II do art. 1035, § 3º, que prescrevia haver repercussão geral “sempre que o recurso impugnar acórdão que (...) II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos”. Tal revogação se alinha ao entendimento de que a função precípua do STF, visto como Corte Suprema, não é resolver processos pendentes, mas prescrever o sentido do Direito pela correta interpretação das normas constitucionais voltadas para a orientação de comportamentos futuros<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> Sobre essa tendência, ver ampla discussão travada no acórdão proferido pelo STF na ADI 2418, julgamento pelo Plenário em 04.05.2016, motivo pelo qual, embora essa aparente equiparação de efeitos entre o RE avulso e o RE repetitivo possa estar eivada de inconstitucionalidade, certamente não haverá declaração da Corte Constitucional nesse sentido, já que os dispositivos da Lei nº. 13.256/2016 se afinam com a tese desenvolvida paulatinamente ao longo dos anos pelo próprio STF.

<sup>369</sup> “A Corte Suprema é um modelo de corte cuja função está em dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação. É uma corte que deve sua existência ao escopo de nomofilaquia interpretativa. Nessa linha, é natural que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito. [...]”; p. 110: “Isso não implica, porém, renúncia do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ao escopo de controle das decisões recorridas. Essas cortes devem igualmente realizar esse controle (ainda que, obviamente, semelhante função deva ser desempenhada tendo como base teórica uma perspectiva lógico-argumentativa do Direito, diversa daquela pressuposta no modelo de Corte Superior, a que se

Sob essa perspectiva de corte de precedentes, não faria sentido estabelecer *in abstracto* repercussão geral somente porque o recurso recai em matéria repetitiva, haja vista que não existe correlação automática entre matéria repetitiva e existência de questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse o interesse das partes do processo, embora, na prática, tem prevalecido a associação entre demandas múltiplas e repercussão geral <sup>370</sup>.

Em resumo, esse regime de repercussão geral projetado pelo CPC de 2015 – que nos parece ultrapassar o mero juízo de admissibilidade – produzirá consequências processuais para todos os feitos em curso, inclusive para as demandas repetitivas que, nos termos do art. 1035, § 5º, estarão suspensas no país aguardando a solução do RE isolado.

#### 4.3.3 Análise quanto aos efeitos da técnica em quase 10 anos de recursos repetitivos

A mesma explosão numérica que aflige o Poder Judiciário como um todo é especialmente grave nos tribunais superiores brasileiros e, não sem razão, a adoção do requisito da repercussão geral e das técnicas de julgamento por amostragem coincide com um período crítico: entre os anos 2000 e 2007, 755.593 <sup>371</sup> recursos extraordinários foram distribuídos aos onze ministros do STF. Entre 2008 e 2016 houve uma redução na quantidade de recursos distribuídos à Corte (459.471 <sup>372</sup> recursos extraordinários), embora fique evidente que o número ultrapassa a capacidade de julgamento dos gabinetes dos ministros.

---

encontra originariamente vinculada à função de controle [...]). Na verdade, o que é imprescindível é apenas uma mudança no peso que deve ser reconhecer às diferentes funções que podem ser exercidas por essas cortes”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84).

<sup>370</sup> “Por força do art. 102, § 3º, da Constituição, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade aplicável a todos os recursos extraordinários, quer se refiram a controvérsias de natureza repetitiva ou não. Porém, a prática do instituto levou ao seu confinamento à primeira hipótese, vale dizer, afetou-o apenas à solução de casos repetitivos. Na prática, a transcendência — vale dizer, a qualidade da questão que “ultrapass[a] os interesses subjetivos do processo” (CPC.2015, art. 1.035, § 1º) — foi associada ao caráter repetitivo da controvérsia”. (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio, 2017).

<sup>371</sup> Soma feita com base nos dados estatísticos do STF, no Portal de Informações Gerenciais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br.portal.cms.verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 23 set. 2017.

<sup>372</sup> Soma feita com base nos dados estatísticos do STF, no Portal de Informações Gerenciais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br.portal.cms.verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 23 set. 2017.

No STJ, a situação de sobrecarga era e continua sendo idêntica, consoante os Boletins Estatísticos disponíveis para consulta na página eletrônica do tribunal<sup>373</sup>. Número de recursos especiais distribuídos: 290.901 em 2011; 289.524 em 2012; 309.677 em 2013; 314.316 em 2014; 332.905 em 2015; 335.779 em 2016; de janeiro a agosto de 2017, 216.080 recursos<sup>374</sup>.

O primeiro Recurso Especial Repetitivo (REsp nº. 1091443/SP - Tema nº. 1) foi afetado em 10/10/2008 e julgado em 29/05/2012. Em 20/05/2018, o Tribunal está julgando o Tema nº. 994, mas isso não significa que todos foram efetivamente julgados, pois muitas afetações foram canceladas ao longo do tempo, após, em muitos casos, um período estendido de suspensão dos recursos especiais individuais.

Pela evolução do número de processos pendentes na Corte, conclui-se que na vigência do CPC de 1973 a técnica do recurso especial repetitivo não logrou êxito em diminuir a quantidade de recursos distribuídos, motivo pelo qual os próprios ministros do STJ defendem a PEC nº. 209/2012, que altera a CRFB para a adoção do critério de repercussão geral como requisito de admissibilidade também para os Recursos Especiais, estreitando o filtro recursal<sup>375</sup>, já aprovada em primeiro turno na Câmara dos Deputados.

Em relação à repercussão geral no recurso extraordinário, recentemente, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego,<sup>376</sup> defendendo alterações quanto à forma e o momento de seu juízo, informaram que restavam pendentes de julgamento 298<sup>377</sup> temas afetados a esse regime<sup>378</sup> (que inclui os repetitivos) e que a média de julgamento do tribunal desde a data de implantação desse requisito especial de admissibilidade até o final de 2017 era de aproximadamente 34 temas por ano (359 em dez anos).

<sup>373</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites.STJ>> (Boletins Estatísticos STJ). Acesso em: 23 set. 2017.

<sup>374</sup> Dados obtidos dos Boletins Estatísticos do STJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites.STJ>> . Acesso em: 23 set. 2017.

<sup>375</sup> Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites.STJ.default.pt\\_BR.Comunica%C3%A7%C3%A3o.noticias.Not%C3%ADcias.Ministros-defendem-aprova%C3%A7%C3%A3o-da-PEC-209-e-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-proposta](http://www.stj.jus.br/sites.STJ.default.pt_BR.Comunica%C3%A7%C3%A3o.noticias.Not%C3%ADcias.Ministros-defendem-aprova%C3%A7%C3%A3o-da-PEC-209-e-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-da-proposta)>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>376</sup> BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio, 2017.

<sup>377</sup> Esses dados foram atualizados pelos autores na publicação disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso.16,MI274826,31047-Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um>>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>378</sup> Embora a repercussão geral seja um requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário e não propriamente um regime jurídico, como no caso do recurso extraordinário repetitivo, o STF e agora o CPC de 2015 (art. 1030, I, “a”) fala em “regime da repercussão geral”, numa clara tendência à adoção da teoria da objetivação do recurso extraordinário isolado.

Consideradas tais contas, se nenhum outro recurso tivesse repercussão geral reconhecida, a corte levaria mais de oito anos para julgar estes temas, o que põe em dúvidas a efetivação do aspecto material do acesso à justiça sob esse viés (duração razoável), principalmente, considerando a informação dada por ele de que em função desse passivo, haveria, ao menos, 1,4 milhão de processos sobrestados nas instâncias de origem aguardando o resultado dos julgamentos dessas 298 questões.

Embora a técnica de agregação de demandas individuais esteja em uso há menos de dez anos, tempo que talvez seja insuficiente para maiores conclusões mais embasadas sobre sua efetividade no intento de acelerar o julgamento de demandas repetitivas, até o momento os números indicam que a morosidade não foi eliminada com a implantação de filtros à recorribilidade nos tribunais superiores e as técnicas do recurso extraordinário e especial repetitivo.

#### **4.4 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**

##### 4.4.1 Noções gerais

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) possui, como o nome antecipa, a natureza e o regime jurídico de um incidente processual coletivo. Claro que é um incidente especial, pois não se enquadra na ideia de “um pequeno procedimento inserido no contexto de um procedimento maior”<sup>379</sup>, como ocorre no incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou de arguição de inconstitucionalidade, por exemplo.

Na verdade, o incidente, de forma paradoxal, é o procedimento maior, na medida em que não importa a qualificação das partes, o cerne da técnica é a objetivação do julgado, sendo o objeto do incidente a *solução da questão de direito posta + a formulação de uma tese jurídica* a ser projetada nos processos pendentes e futuros.

Sofia Temer classifica o IRDR como “meio processual objetivo”, exatamente porque prepondera a tutela do direito objetivo, uma vez que “opera pela lógica da abstração em relação às situações subjetivas concretas para fixar a tese jurídica padrão”<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, 2016, p. 242.

<sup>380</sup> TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Coleção Eduardo Espínola. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 88.

Ainda assim, Marcos de Araújo Cavalcanti<sup>381</sup> entende que todas as características de um incidente são preenchidas pelo IRDR. Possui *acessoriedade múltipla*, uma vez que são requisitos de admissibilidade para sua instauração: a existência de processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito e a necessidade de pendência de um desses casos repetitivos no tribunal competente (art. 978, parágrafo único, CPC de 2015).

É *accidental*, tendo em vista que representa um desvio no desenvolvimento normal dos processos repetitivos e *incidental* porque incidirá não apenas sobre as ações repetitivas em curso, mas também sobre as causas futuras, além de se processar por intermédio de um procedimento também incidental, específico para o exame das questões comuns de direito, normatizado nos art. 976 a 987 do CPC de 2015.

Possuindo a natureza jurídica de um incidente processual, produzirá as consequências pertinentes ao regime jurídico dos incidentes, logo, a decisão proferida tem natureza jurídica de decisão interlocutória e não fica sujeita à coisa julgada, mas apenas à preclusão; a instauração do IRDR não interrompe a prescrição das pretensões individuais; as partes são intimadas e, não, citadas; não haverá, em regra, condenação em honorários advocatícios; não é cabível a ação rescisória contra a decisão firmada no incidente, entre outras<sup>382</sup>.

Por política legislativa, o IRDR não parte de caso-piloto, mas de pedido de tese jurídica. Sendo assim, é controversa a necessidade de pendência de recurso sobre a questão de direito no tribunal para sua instauração, como acima referido, com fundamento no art. 978, parágrafo único do CPC de 2015. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes destaca que o Senado Federal, excluiu “todos os dispositivos inseridos na Câmara dos Deputados que exigiam a presença prévia de processo em tramitação perante o tribunal”. (MENDES, 2017, p.116).

Para o autor, o parlamento, ao retirar os artigos que exigiam a existência de processo sobre a questão de direito controvertida tramitando na segunda instância, teria feito clara escolha pela razoável duração dos processos, pela isonomia, pela economia processual e pela segurança jurídica. Logo, a interpretação do art. 978, parágrafo único, orienta-se pelo propósito de encerrar uma norma jurídica fixadora de prevenção e, portanto, não significa que

---

<sup>381</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2016, p. 179.

<sup>382</sup> Ibid., p. 180.

limita a suscitação do incidente somente a partir de causas em tramitação perante os tribunais de segundo grau <sup>383</sup>.

Em relação à admissibilidade, pode-se questionar se o Tribunal exerce um juízo de conveniência em relação ao momento em que se propõe a instauração do IRDR - ainda que se tenha consciência da carga hermenêutica polêmica que carrega a expressão “juízo discricionário” no Direito <sup>384</sup>. Sendo o IRDR um procedimento objetivo de descrição sumária no CPC de 2015 e que estenderá a eficácia de sua decisão para processos subjetivos presentes e futuros, seria correto negar ao órgão julgador a possibilidade de avaliar se é oportuno instaurar o incidente naquele momento?

Mesmo autores<sup>385</sup> contrários à existência de discricionariedade no juízo de admissibilidade do IRDR reconhecem que há uma boa dose de subjetividade na análise dos pressupostos processuais de sua instauração, uma vez que a lei usa conceitos jurídicos indeterminados – “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” ou “presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Se é o exercício de um juízo discricionário ou se tudo é avaliado na subjetividade da aferição dos pressupostos legais do art. 976, o fato é que tem sido muito variado o número de processos considerados como efetiva repetição para a admissão do incidente. Prova disso é a análise do Banco de Dados de Demandas Repetitivas do CNJ <sup>386</sup>. Analisando os dados referentes ao TJ/MG, p.ex., com 38 incidentes instaurados, verifica-se a existência de temas cujos números variam, supostamente, de 20 a 1.591 feitos sobrestados.

---

<sup>383</sup> “O importante, contudo, parece ser que a existência eventual de uma regra de prevenção, no caso, não teria o condão de levar à conclusão de que apenas os processos em tramitação no tribunal poderiam ensejar a instauração do IRDR. Mas, sim, que naqueles instaurados a partir de processo em tramitação no tribunal, o órgão competente julgaria a tese e a causa em concreto, estabelecendo-se, assim, *vis attractiva* para a prevenção.”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 121).

<sup>384</sup> Sobre a discricionariedade ser inimiga do direito, cita-se ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 161-173, jan. 2016, versão digital.

<sup>385</sup> “A redação do anteprojeto e do PL 166.2010 estabelecida que, no juízo de admissibilidade, o tribunal deveria considerar, além da satisfação dos pressupostos de admissibilidade, a “conveniência de se adotar a decisão paradigmática”, dando a entender que a instauração do IRDR estava submetida a juízo discricionário do órgão judicial competente. Felizmente, a referida expressão discricionária foi retirada na Câmara dos Deputados, mantida a exclusão no texto final do NCPC.”. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2016, p. 269-270).

<sup>386</sup>Disponível em: <[http://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true](http://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true)>. Acesso em: 07 jan. 2018.

No Substitutivo da Câmara dos Deputados, na redação final do texto sancionado pela Presidência da República, houve alteração importante no que concerne à supressão da norma que dispunha sobre a suspensão da prescrição das pretensões nas hipóteses em que se repete a questão de direito a ser solucionada via IRDR. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes critica a retirada da norma porque seria um incentivo para que as partes aguardassem o desfecho do incidente antes de ajuizar suas demandas repetitivas, “especialmente nas hipóteses em que o resultado for desfavorável às pretensões”<sup>387</sup>.

Ponto relevante a ser destacado é o significado da **suspensão** dos processos, individuais e coletivos, prevista tanto nos arts. 313, IV e art. 982, I para o IRDR quanto no art. 1037 em relação aos Recursos Repetitivos, sob a ótica da operatividade das técnicas de aceleração do julgamento de demandas repetitivas, por minorar a possibilidade de proliferação de decisões contraditórias enquanto se aguarda o processamento e julgamento da demanda-modelo.

Isso porque, na vigência do CPC de 1973, afetado o recurso como sendo representativo da controvérsia, só havia previsão legal para a suspensão dos recursos extraordinários e/ou especiais eventualmente interpostos que tratavam da questão jurídica idêntica, os quais ficavam sobrestados nos tribunais.

Em primeira e segunda instância, entretanto, os feitos sobre o tema afetado tramitavam normalmente, possibilitando a prolação de decisões judiciais díspares sobre o mesmo assunto e consumindo o serviço judiciário inutilmente, já que ao final, quando fixada a tese jurídica pelos tribunais superiores, anos de trabalho tinham sido despendidos e uma multidão de feitos se encontravam em fase de cumprimento de sentença ou transitados em julgado, acobertando, em muitos casos, entendimento contrário ao acórdão-paradigma. Portanto, a suspensão dos processos delineada no CPC de 2015 <sup>388</sup> é muito mais eficaz para a gestão da tutela plurindividual do que aquela vigente no CPC de 1973.

#### 4.4.2 Procedimento

---

<sup>387</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 71.

<sup>388</sup> Sobre a importância da suspensão no IRDR, mas extensiva a toda tutela plurindividual: “A suspensão dos processos pendentes é um elemento extremamente importante dentro da lógica do funcionamento e dos resultados pretendidos, sob o prisma do sistema dos julgamentos de questões comuns ou repetitivas, da própria duração razoável dos processos.”. (Ibid., p. 185).

Os pressupostos para a instauração do IRDR são a presença simultânea de processos em curso que contenham controvérsia sobre a questão comum unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Possui legitimidade para suscitá-lo o juiz de primeiro grau ou o relator, de ofício, bem como as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme art. 977, incisos I, III e III do CPC de 2015.

O código não fixa um número mínimo de processos repetitivos em curso, mas exige que a repetição seja efetiva, trazendo a ideia de que deva ocorrer em quantidade importante. É muito provável, contudo, que os tribunais estaduais e regionais, buscando dar a máxima efetividade à técnica e a seus problemas internos de gestão processual, avaliem a numerosidade potencial e não a quantidade efetiva de ações judiciais em curso sobre o tema.

O incidente deve ser postulado por petição direcionada ao órgão colegiado indicado pelo regimento interno dos tribunais de segundo grau, dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978). No TRF3, são as Seções ou o Plenário, caso o incidente diga respeito à matéria comum de mais de uma Seção, art. 12, VII e 11, I, “k” do RI, e no TJSP é o Órgão Especial, nos termos do art. 13, I, ‘m’, de seu RI.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>389</sup> observa, contudo, que “se a questão de direito, objeto do IRDR, envolver declaração de inconstitucionalidade de norma legal, a competência para conhecer e processar o IRDR se desloca para o Pleno ou Órgão Especial do Tribunal”, em razão do cumprimento da reserva de plenário determinada no art. 97 da CRFB, salvo se houver anterior pronunciamento sobre a questão pelos órgãos de cúpula do tribunal ou pelo próprio STF (art. 949, parágrafo único do CPC de 2015 e Súmula vinculante nº. 10 do STF).

Questão interessante é que não é aceita pela jurisprudência do STF, em sede de ação coletiva, a declaração incidental de inconstitucionalidade quando se constitui em pedido e não em causa de pedir – embora o resultado seja, na prática, muitas vezes, idêntico –, exatamente pela eficácia *erga omnes* da decisão e a possibilidade de usurpação da competência do STF.

Considerando que nos termos do art. 982, § 3º, admitido o incidente, a suspensão dos processos poderá, em prol da garantia da segurança jurídica, ser estendida, pelos Tribunais Superiores, a todos os feitos individuais ou coletivos em curso no território nacional, imagine-se que a mesma lógica será aplicada ao IRDR. Logo, eventual declaração de inconstitucionalidade não poderia ser o pedido de tese jurídica, mas sim a causa de pedir a

---

<sup>389</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2016, p. 224.

fixação da interpretação e aplicação de determinada tese jurídica, não obstante, reitera-se, o resultado prático possa ser o mesmo em muitos casos.

É incabível a admissão do IRDR quando um dos Tribunais Superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre a questão comum de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 4º), sendo, portanto, pressuposto negativo para a instauração. As razões para a vedação seriam evitar uma superafetação de finalidades entre o IRDR e o regime de julgamento dos recursos repetitivos, prevenir o risco de decisões contraditórias<sup>390</sup> ou, simplesmente, pela falta<sup>391</sup> de interesse processual em instaurar um incidente processual estadual ou regional sobre tema que já está a caminho de ser pacificado em todo país.

De outra banda, nada impede a afetação de Recurso Repetitivo envolvendo questão de direito objeto de IRDR. Nesse caso, para garantir a lógica do sistema de precedentes e a segurança jurídica das relações pendentes de solução deverão ser suspensos além dos processos individuais e coletivos de índole subjetiva em todo país, também os processos objetivos, entre eles, eventuais incidentes de resolução de demandas repetitivas em tramitação.

A petição ou o ofício propondo a instauração deverá vir acompanhado de documentos que demonstrem os requisitos do art. 976. Sendo admitido o incidente, deverá haver “a mais ampla e específica divulgação e publicidade” no Banco de Dados de Demandas Repetitivas mantido pelo CNJ. Sobre a divulgação, o art. 979, § 1º dispõe que os tribunais deverão manter banco eletrônico de dados atualizados detalhando a questão de direito submetida, comunicando ao CNJ para a inclusão no cadastro.

Tal cadastro, aplicável também aos recursos repetitivos, para possibilitar a identificação dos processos que sofrerão a incidência da tese jurídica, deverá conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979).

Dispõe o art. 981 que a decisão acerca do juízo de admissibilidade é colegiada – de atribuição do órgão competente para julgar o incidente. Sendo admitido o IRDR, o relator

---

<sup>390</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2016, p. 215.

<sup>391</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 115.

deverá suspender os processos pendentes<sup>392</sup>, individuais ou coletivos, no Estado ou na região e poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramitar processo no qual se discute o objeto do IRDR, que as prestarão no prazo de quinze dias, além de intimar o Ministério Público para, caso queira, manifestar-se em idêntico prazo (art. 982).

A suspensão dos processos também está prevista no art. 311, IV do CPC de 2015 pela mera admissão do incidente, motivo pelo qual entende-se que a suspensão é efeito automático da admissibilidade, cabendo, na verdade, ao relator do IRDR comunicar (art. 982, § 1º) aos órgãos jurisdicionais o conteúdo da decisão colegiada de admissibilidade<sup>393</sup>.

Marcos de Araújo Cavalcanti observa que, embora não haja determinação expressa, a admissão do IRDR suspenderá também os processos que tratem de questão de direito idêntica e que tramitem perante os *juizados especiais* no mesmo Estado ou região do órgão prolator da decisão, “tendo em vista que a tese jurídica será aplicada aos casos concretos discutidos nesses processos, a eficácia suspensiva da admissibilidade do incidente processual também deve alcançá-los ” (CAVALCANTI, 2016, p. 273)<sup>394</sup> – por força do art. 985, I do CPC de 2015.

O art. 982, § 3º dispõe que qualquer legitimado para a instauração do incidente poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de *todos* os processos individuais ou coletivos em curso no país que tratem da questão jurídica objeto do IRDR já instaurado, caso se demonstre risco à *garantia da segurança jurídica*. E independentemente do âmbito territorial do Tribunal de Justiça ou Regional em que se processe o IRDR, qualquer um que seja parte em processo pendente de solução no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente também possui legitimidade para requerer a suspensão nacional prevista no dispositivo referido (art. 982, § 4º).

Claro que poderá haver a suspensão parcial do processo na hipótese de cumulação de pedidos simples além daquele envolvendo a solução da questão de direito controversa. Nesse sentido é o Enunciado nº. 205 do FPPC: “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação

---

<sup>392</sup> Enunciado nº. 107 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “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”.

<sup>393</sup> O enunciado nº. 92 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) dispõe: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência”.

<sup>394</sup> Embora o autor discorde com a suspensão e aplicação da tese jurídica fixada por TJ ou TRF, aos processos pendentes nos juizados especiais.

do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada” no IRDR.

Exemplo de situação em que é relevante a garantia da segurança jurídica é aquela na qual a questão de direito controvertida disser respeito a relações jurídicas que devam ser tratadas de modo uniforme pela parte adversa, nacionalmente, no plano do direito material. Isso porque o incidente é processo objetivo, mas que parte da repetição de processos subjetivos envolvendo a mesma questão ou demanda comum.

Também se a questão for processual ou envolver matérias em que compete privativamente à União legislar, na forma do art. 22 da CRFB, deverá ser aplicada de forma idêntica em todo país, justificando o requerimento de suspensão por qualquer parte que tenha ação cuja demanda unicamente de direito coincida com a demanda-modelo.

A previsão da possibilidade de suspensão nacional é importante tendo em vista que na hipótese de interposição de recurso especial e/ou extraordinário, e desde que apreciado o mérito pelo STJ ou STF, a tese jurídica firmada será projetada em todos os feitos em curso e futuros no território nacional (art. 987, § 2º e art. 985, II). Aliás, eventual interposição de recurso aos tribunais superiores tem efeito suspensivo (art. 987, § 1º), sendo exceção à regra geral dos recursos excepcionais (art. 995, caput e art. 1029, § 5º).

Há uma curiosidade quanto ao requisito de admissibilidade da repercussão geral em eventual recurso extraordinário interposto contra o acórdão que fixa a tese jurídica, pois, enquanto a Lei nº. 13.256/2016 revogou o inciso II, do art. 1035, § 3º, que reconhecia a repercussão geral “automática” em recurso que impugnasse acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, o art. 987, § 1º manteve a presunção da repercussão geral de questão constitucional no IRDR.

Portanto, enquanto o recurso extraordinário que desafie acórdão proferido em REsp repetitivo deverá passar pelo requisito de admissibilidade de repercussão geral para ter seu mérito examinado pelo STF, no IRDR, manteve-se tal requisito como preenchido *in abstracto* pelo legislador processual. Não vemos motivos ontológicos para a distinção, razão pela qual não será surpresa se alteração legislativa, nos moldes da Lei nº. 13.256/2016, vier a promover idêntica supressão e retirar do código a presunção da repercussão geral de questão constitucional no incidente.

Cessará a suspensão dos processos se não interposto o respectivo RE e/ou REsp. (art. 982, § 5º) ou se decorrido um ano da instauração sem que tenha havido julgamento pelos

tribunais de segundo grau – exceto, nessa última hipótese, por decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980 e parágrafo único).

Relembre-se que regra idêntica, relativa ao prazo de um ano para julgamento do IRDR era prevista na redação original do art. 1037, § 5º quanto ao julgamento dos recursos repetitivos, tendo sido revogada pela Lei nº. 13.256/2016. Como se trata de um microsistema, poderia haver questionamento sobre eventual aplicação da norma do art. 980, parágrafo único, também para aos recursos repetitivos.

Contudo, se o legislador suprimiu o dispositivo específico aos recursos representativos de controvérsia, entende-se não ser possível interpretação nesse sentido. Mais lógico é supor que os Tribunais de Justiça e Regionais, caso extrapolado o prazo de um ano, profiram decisão mantendo a suspensão de todos os processos.

O art. 976, § 3º afirma que a inadmissão do IRDR não impede que, satisfeito o requisito faltante, seja o incidente novamente suscitado. Mas poderia haver reconsideração da decisão favorável à admissibilidade, tanto quanto é possível a desafetação dos recursos repetitivos pelos tribunais superiores? Sobrevindo decisão de admissibilidade, estaria preclusa a reconsideração?

Pensamos que não haja preclusão, assim, mesmo na hipótese de admissão inicial do incidente, diante de argumentos fundados na ausência dos requisitos legais trazidos pelos próprios interessados, o tribunal deveria reconsiderar a instauração até o momento do julgamento, caso contrário afrontaria a própria lei. Além disso, determinaria a grave consequência da vinculação obrigatória aos feitos subjetivos em curso sem que fosse necessário alijar as partes da condução de seus próprios processos.

O CPC de 2015 não é extenso quanto ao processamento do IRDR. Após a suspensão, o relator ouvirá as partes e os demais interessados (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia) no prazo de 15 dias, podendo esses requerer a juntada de documentos, a realização de diligências úteis para o esclarecimento da questão de direito controvertida e, em seguida, colherá manifestação do Ministério Público, em prazo idêntico (art. 983). O relator também poderá designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Findas as diligências, solicitará data para o julgamento do incidente (art. 983, §§ 1º e 2º).

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes observa que essa etapa de preparação para o julgamento possui dois objetivos principais:

a) a correta identificação e formulação da questão ou das questões a serem elucidadas no incidente; b) o aprofundamento do contraditório em torno do objeto do incidente, para que esteja devidamente instruído, em termos de extensão e profundidade, quanto aos fundamentos e argumentos expendidos sobre a questão a ser resolvida. (MENDES, 2017, p. 200).

Na sessão de julgamento do incidente a ordem será a seguinte (art. 984, I e II): o relator apresenta o objeto do IRDR, ou seja, situa a questão jurídica controversa, abrindo-se a oportunidade na sequência para sustentação oral pelas partes do processo originário e pelo representante do Ministério Público, pelo tempo máximo de 30 minutos. Os demais interessados também poderão sustentar seus argumentos no prazo de 30 minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com dois dias de antecedência. Tal tempo poderá ser estendido na hipótese de serem muitos os interessados inscritos.

Aqui se mostra fundamental a questão da ampla divulgação e intimação das partes dos processos suspensos para que tenham inequívoca ciência do IRDR em curso e possam acompanhar e, caso queiram, participar do incidente como interessados, isto porque somente serão intimados para se manifestar, no prazo do art. 983, as partes dos processos nos quais se originou o incidente.

Em relação ao IRDR, o código não é expresso quanto à intimação das partes sobre a suspensão, tratando apenas da comunicação ao órgão jurisdicional da causa, mas por força da integração das regras do microsistema de tutela plurindividual é possível defender idêntica intimação das partes tal qual ocorre no rito dos recursos repetitivos (art. 1037, §§ 8º a 13 c/c o art. 982, § 1º). Sendo assim, deve-se permitir a demonstração de eventual distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela objeto do IRDR, do mesmo modo que se verifica nos recursos repetitivos, art. 1037, § 9º, sob pena de violação do direito ao efetivo contraditório.

E, em respeito ao contraditório, dispõe o art. 984, § 2º que o conteúdo do acórdão do IRDR deverá conter a análise de todos os fundamentos levantados e relativos à tese jurídica, sejam favoráveis ou contrários.

Nos termos do art. 985, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em trâmite na área de jurisdição do respectivo tribunal – inclusive no âmbito dos juizados especiais do respectivo Estado ou região e será

aplicada aos casos futuramente ajuizados que versem idêntica questão de direito, salvo se houver revisão posterior da tese jurídica.

Não sendo observada a tese fixada, caberá reclamação (art. 985, § 1º e art. 988, IV). Como já mencionado, do julgamento de mérito do IRDR caberá recurso extraordinário ou especial, conforme a matéria controvertida for de índole constitucional ou federal e tais recursos possuem efeito suspensivo. Além disso, a repercussão geral é presumida, portanto, não há necessidade de demonstração desse requisito de admissibilidade pelo recorrente.

Não existe um rol expresso dos legitimados para recorrer da decisão de mérito do IRDR, salvo quanto ao *amicus curiae* (art. 138, § 3º). No entanto, por interpretação sistemática dos arts. 977 e 984, entende-se que são legitimados para recorrer o Ministério Público; a Defensoria Pública, desde que existam interessados hipossuficientes; as partes dos processos que deram origem ao incidente e os demais interessados. Esses últimos seriam, segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, todos os autores e réus de processos suspensos e dependentes da solução da questão controversa; todos os titulares de direitos, deveres ou obrigações que possam depender da resolução da questão posta a ser elucidada no incidente e o(s) *amicus(ci) curiae* <sup>395</sup>.

De tal modo, hipoteticamente, poderia haver uma quantidade expressiva de recursos extraordinários e/ou especiais interpostos contra o acórdão-padrão proferido no IRDR. Seria possível a aplicação do regime de recursos repetitivos? Desde que preenchidos os requisitos do art. 1036, parece que a resposta será positiva. Aliás, caso verificada uma situação como essa, seria a conduta mais racional, tendo em vista a função uniformizadora das técnicas de tutela plurindividual e da gestão das demandas repetitivas pelo Poder Judiciário.

#### 4.4.3 Análise inicial do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ

O Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios do CNJ informa<sup>396</sup> a instauração de 230 incidentes de resolução de demandas repetitivas no país,

---

<sup>395</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 232.

<sup>396</sup> A atualização é diária. Dados retirado do endereço eletrônico em: 03 set. 2018. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc.opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true)>. Acesso em: 03 set. 2018.

distribuídos em 176 incidentes admitidos perante as Justiças Estaduais; 41 perante a Justiça do Trabalho e 13 na Justiça Federal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui o maior número de incidentes admitidos, 38, entre os quais 16 foram julgados (dois com trânsito em julgado) e um sobrestado devido a afetação de recurso repetitivo sobre idêntico objeto pelo STF. Logo em seguida está o Tribunal de Justiça de São Paulo, noticiando 22 incidentes, oito deles já julgados (três com trânsito em julgado).

Na Justiça Federal foram instaurados 13 incidentes, oito deles perante o TRF4, 2 no TRF2 e TRF1 e 1 no TRF3, esse último requerido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios se dar nos próprios autos da execução fiscal ou depender de incidente de descon sideração da personalidade jurídica criado no CPC de 2015.

Sobre a possibilidade de instauração de IRDR perante os tribunais superiores, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes acredita ser cabível o incidente, diante de causas originárias, desde que presentes os requisitos do instituto, “ainda que com modificações e adaptações que possam ser feitas nos respectivos regimentos internos”. (MENDES, 2017, p. 141).

Contudo, em princípio, não foi entendimento da Segunda Seção do STJ ao decidir sobre o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado no tribunal durante a vigência do CPC de 1973 (IUJur. no CC 144.433/GO, julgado em 14/03/2018). Afirmou não ser possível a prevenção ou o encerramento da divergência jurisprudencial aventada na Corte via a instauração, de ofício, de IRDR, cuja delimitação espacial é expressamente voltada aos tribunais estaduais e regionais. Assim, a seção concluiu que não tem competência originária para instaurar IRDR, mas apenas competência recursal e para suspender todos os feitos em curso no território nacional que tratem sobre a questão jurídica objeto do incidente (art. 271-A RISTJ).

Por outro lado, a mesma restrição geográfica não estaria presente no Incidente de Assunção de Competência (IAC), previsto no art. 947 do CPC de 2015, cujo propósito é pacificar questão de grande repercussão social – mas sem repetição em múltiplos processos –, também se prestando a prevenir ou dissipar divergência entre turmas do Tribunal sobre relevante questão de direito, sendo apto, portanto, para resolver o problema da necessidade de uniformização verificada sem que se utilizasse técnica não mais prevista na legislação superveniente: o CPC de 2015.

#### 4.5 O modelo participativo do CPC de 2015, o contraditório e a representatividade adequada

O CPC de 2015 adotou como modelo de processo e como princípio jurídico a *colaboração* (comparticipação/cooperação) entre os participantes do processo, de modo a organizar o papel das partes e do juiz na divisão das tarefas (voltado a uma concepção mais pluralista e democrática, inerente ao Estado Constitucional) e buscando garantir posições jurídicas mais equilibradas ao longo do procedimento. Nesse modelo, o juiz é isonômico na condução do processo e assimétrico somente quando impõe suas decisões <sup>397</sup>.

Isso significa dizer que o código fez a opção por um sistema que prestigia uma maior participação e influência das partes na formação da convicção do magistrado - p.ex., pela vedação das decisões surpresas ou de *terceira via* (art. 9º e 10); pelo destaque do papel da boa-fé processual de todos, inclusive do juiz (art. 5º); pela fundamentação estruturada das decisões (art. 489, § 1º); pelo formalismo democrático<sup>398</sup> -, surgindo a assimetria entre partes e julgador apenas quando, no momento da decisão, impõe o seu comando independentemente de concordância das partes.

Sendo assim, o contraditório deixa de ser mera possibilidade de participação formal no processo para se transformar em direito de efetiva influência na tomada de decisão, ou seja, dentro do sistema participativo as partes têm o direito de que seus argumentos sejam levados em consideração pelo julgador, motivo pelo qual é relevante que a fundamentação da decisão judicial demonstre ter considerado tais alegações na formação da convicção judicial, tanto para acolher quanto para refutá-las. Logo, não basta conceder a oportunidade de manifestação, é preciso responder concretamente aos argumentos que, em tese, sejam aptos a conferir o resultado jurídico almejado pelas partes. Daí que o contraditório participativo torna essencial o diálogo de todos os sujeitos do processo <sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015, versão digital.

<sup>398</sup> THEODORO JR, Humberto *et al.*, 2015, p.72.

<sup>399</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 19-40, maio 2018, versão digital.

Doutrinariamente <sup>400</sup>, entende-se que a colaboração nesse sistema se desdobra nos seguintes aspectos para o julgador:

*a) dever de esclarecimento:* “o juiz deve se inteirar das postulações das partes, de seu conteúdo; além disso deve também proferir decisões claras e sem incoerências, sob pena de estar a decisão sujeita a embargos de declaração” (ROQUE, Andre Vasconcelos, 2018);

*b) dever de prevenção* <sup>401</sup>: tendo o CPC de 2015 acolhido o princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º), é ínsito ao dever de prevenção que o juiz informe às partes sobre eventuais falhas na formação do processo que impeçam o exame do direito material (art. 321), sendo vedado extinguir o feito sem resolução do mérito (art. 317) ou inadmitir o recurso (art. 932, parágrafo único) por vício sanável sem oportunizar à parte prazo para sua correção;

*c) dever de consulta:* necessário garantir a efetiva participação e influência em tudo o que for alegado nos autos e que possa ser relevante para o deslinde do feito, inclusive sobre questões que possam ser apreciadas de ofício, vedada a possibilidade de proferir decisões-surpresa (art. 9º e 10); além disso, decorre do diálogo o dever de fundamentar adequadamente as decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB e 11, 489, II do CPC de 2015);

*d) dever de auxílio:* espera-se que o juiz colabore com as partes no desempenho de seus ônus e no cumprimento de seus deveres processuais para obter, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º), p.ex., com a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Andre Roque de Vasconcelos lembra de que o contraditório possui dois fundamentos principais:

- (i) legitimar democraticamente o exercício da jurisdição, mediante a possibilidade de participação das partes, o que é um corolário do Estado Democrático de Direito, que não se contenta com a simples submissão do Estado à lei, exigindo que todo exercício de poder seja amparado pela legitimação democrática; e (ii) servir de garantia das partes contra o risco de arbítrio judicial [...]. (ROQUE, 2018).

---

<sup>400</sup> THEODORO JR, Humberto et al., 2015, p. 82.

<sup>401</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In: Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. TUCCI, José Rogério Cruz; RÓDRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Mando Real (Coord.). São Paulo: Quartier Latin. 2013, p. 262-273.

Ocorre que o direito ao contraditório no modelo participativo, cuja premissa é o direito de influência, só pode ser alcançado com a participação dos interessados no litígio. Melhor dizendo, nesse sistema, para se alcançar legitimidade democrática e estar vinculado à decisão judicial é mister que se garanta a oportunidade de efetiva participação no feito. Mas como isso é possível nas técnicas de tutela plurindividual que partem da premissa oposta de, a partir da dessubjetivação das lides, tolher a participação individual pela busca da solução jurídica da questão-comum e, dessa forma, otimizar o tratamento dos casos repetitivos?

Além disso, sobre os argumentos de quem requereu a instauração do incidente, deve-se atentar que no IRDR é possível que o pedido de instauração parta da percepção do juízo ou de outro legitimado que não seja parte em processo originário de que estão presentes os requisitos legais para a uniformização do entendimento e fixação da tese jurídica, mas, não necessariamente os eventuais exemplares de feitos citados na petição como amostra da repetitividade e dos argumentos das partes serão aqueles que, efetivamente, trarão as melhores defesas sobre os diversos pontos de vista.

No modelo alemão de julgamento de causa-piloto existe uma espécie de controle da representatividade adequada do autor-principal no procedimento-modelo, por meio da escolha dos representantes. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes observa que no *Musterverfahren* existem duas preocupações básicas dos tribunais que possuem responsabilidade pela seleção:

(a) deve-se garantir que todos os pontos de vista sejam examinados, de modo a serem aferidas as pretensões formuladas nas demandas propostas; (b) deve-se estar seguro de que os processos escolhidos como *Musterverfahren* não estejam sobrecarregados com outros problemas específicos, que não sejam representativos para a maioria dos interessados. (MENDES, 2017, p. 40).

No Brasil, não existe nenhuma norma a respeito do controle da adequação do representante. Mesmo os incidentes cuja instauração foi requerida por quem é parte em ação judicial sofrem de idêntico problema. Como garantir que ele trará os melhores argumentos para a defesa do interesse dos grupos envolvidos, uma vez que a questão de direito comum a ser resolvida pode afetar, de diferentes maneiras, diversos grupos, para além do interesse de quem se encontra no polo ativo e passivo da ação originária?

No Recurso Repetitivo existe a mesma dúvida, embora o CPC de 2015 prescreva que somente possam ser selecionados como representativos de controvérsia recursos admissíveis

que contenham “abrangente argumentação” e debate a respeito da questão a ser decidida (art. 1036, § 6º). Entretanto, isso não significa existência de critérios objetivos de controle da representatividade adequada.

Surge, então, conflito semelhante ao verificado no processo coletivo: como dar legitimidade política à ideia de processo por representação, ou seja, como dizer que é constitucional vincular uma multidão de pessoas que não participaram do feito coletivo e, muitas vezes, nem sequer tiveram conhecimento de sua existência?

Já vimos que não existe resposta fácil a essa pergunta e que a aceitabilidade das teorias que tentam justificar a ausência de participação individual varia em menor ou maior grau dependendo da ideologia política e econômica dominante em determinado contexto histórico.

E tanto o Recurso extraordinário e especial Repetitivo quanto o IRDR possuem um inegável déficit democrático, uma vez que não necessariamente serão provocados pelo titular do direito material, legitimado *ad causam* para propor a ação individual.

Essa falta de interferência direta da maioria das partes interessadas é amenizada no CPC de 2015 por alguns dispositivos: a) a exigência de ampla divulgação e publicidade dos incidentes admitidos e recursos afetados, por meio de registro eletrônico no CNJ (art. 979) e nos sítios eletrônicos dos tribunais superiores (art. 256-I, parágrafo único do RISTJ); b) intimação de todas as partes dos processos suspensos e possibilidade (limitada) de insurgência (art. 1037, § 8º e art. 982, § 1º c/c o art. 1037, § 8º no IRDR); c) possibilidade das partes serem ouvidas no IRDR (art. 983); d) intervenção obrigatória do Ministério Público (art. 982, III e art. 1038, III); e) a possibilidade de se designar audiências públicas para colher a impressão de pessoas com expertise no tema (art. 983, § 1º e 1038, II) e f) maior destaque para a intervenção dos *amici curiae* (art. 138, 983, 1038, I).

Mas tais iniciativas não respondem ao fato de que falta possibilidade de participação para as partes dos processos suspensos, enquanto sobra poder de interferência sobre a condução do recurso repetitivo e do IRDR aos julgadores, que serão certamente os grandes protagonistas das técnicas de uniformização de matéria repetitiva, talvez pondo em xeque aquele propósito inicial de equilíbrio entre partes e juiz.

Do ponto de vista da gestão processual, é evidente que a intenção do legislador é exatamente essa e não há muito que se possa fazer: ou se otimiza a resolução de casos idênticos, pagando o preço de aceitar um contraditório presumido ou se permite a participação pessoal dos litigantes e continua tudo como estava em matéria de demandas repetitivas.

A doutrina alerta que são necessários alguns ajustes processuais para as técnicas de tutela plurindividual não redundem em inconstitucionalidade por ferir o direito de ação e o devido processo legal – direito de ser ouvido e de influenciar o magistrado.

Luiz Guilherme Marinoni sugere chamar para o IRDR os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos, constantes do rol da LACP e do Código de Defesa do Consumidor: “na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa”. (MARINONI, 2015).

Assim, argumenta que no momento em que o art. 979 do CPC de 2015 dispõe sobre a necessidade de ampla e específica divulgação e publicidade no incidente, seria a oportunidade para se permitir que os vários legitimados à tutela dos direitos em disputa ingressassem no IRDR para a defesa efetiva dos direitos: “cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de ‘questão idêntica’”. (MARINONI, 2015).

E na ausência de intervenção de qualquer legitimado, haveria a obrigatória intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Aqui cabe destacar que o autor afirma ser o Ministério Público legitimado em tutelar os direitos individuais homogêneos, sem qualquer ressalva quanto a serem disponíveis ou indisponíveis.<sup>402</sup>

Em relação aos Recursos Repetitivos, entende que enquanto no recurso extraordinário já existe um filtro ao direito subjetivo em recorrer da questão constitucional – na medida em que a repercussão geral exige que se demonstre a relevância da controvérsia para a coletividade e que, portanto, ultrapasse o interesse das partes envolvidas –, o mesmo não se passa no recurso especial.

No STJ, por não haver requisito semelhante à repercussão geral, as partes ainda possuem o direito de recorrer com base em interesse limitado à sua esfera pessoal no processo e, assim, para o autor, a compensação pela falta de participação individual se dá pela participação de terceiros interessados: “(...) a participação do *amicus* tem necessidade de

---

<sup>402</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p.399-419, 2015, versão digital.

compensar a não participação direta dos vários recorrentes, e não apenas viabilizar uma mais aprofundada discussão da questão de direito”<sup>403</sup>. (MARINONI, 2015).

Sofia Temer<sup>404</sup> informa que, não obstante o dissenso quanto à modalidade de intervenção que viabilizará a participação das partes que tiveram os processos suspensos, chamados por ela de “sujeitos sobrestados”, há consenso doutrinário de que sua atuação é necessária, em especial, porque inexistente forma de autoexclusão quanto à incidência da tese jurídica futuramente fixada.

Sugere que a participação dos sujeitos sobrestados seja norteadada pela apresentação de novos argumentos ao debate da questão de direito controvertida. Logo, as demais partes dos processos suspensos somente teriam interesse na intervenção do IRDR para levar contribuições inéditas e potencialmente influenciadoras na formação do acórdão-paradigma que não constem dos argumentos originários.

A ideia da representatividade adequada é extraída do processo coletivo norte-americano, conforme anteriormente discutido, e está associada intimamente com o devido processo legal, haja vista que suas funções essenciais são assegurar o efetivo contraditório de quem não poderá falar por si e garantir que a decisão proferida possa vincular a todos, sem futuros questionamentos.

As técnicas de tutela plurindividual precisam dessas funções para garantir legitimidade política no modo de administrar as demandas múltiplas, pois o contraditório não será em grau máximo, assim entendido aquele em que o próprio titular do direito material envolvido tem a oportunidade de alegar seus argumentos pessoais e manejar os institutos do processo como melhor lhe parecer. Ao contrário, o objetivo da técnica é extirpar particularidades e restringir a demanda-modelo naquilo que ela tem de comum aos milhares de outros feitos em que se discute o mesmo tema.

Conclui-se que a solução mais apropriada para suprir as falhas legislativas atinentes ao contraditório (possibilidade de participação e influência) e à falta de controle objetivo da representatividade adequada, tanto no IRDR quanto nos recursos repetitivos, seria por meio do incremento da intervenção do *amicus curiae*.

---

<sup>403</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, 2015.

<sup>404</sup> TEMER, Sofia, 2017, p. 180-183.

Essa intervenção não seria, obviamente, desinteressada, tendo em vista apenas auxiliar o juízo com a expertise do interveniente. Ao contrário, ela deve ser declaradamente interessada, visando ao honesto jogo democrático, pois aqui cada “amigo” deverá representar os interesses <sup>405</sup> de determinado grupo, de modo a suprir ao máximo a ausência da participação individual e o risco de se desconsiderar no julgamento argumentos importantes para o deslinde da questão.

Nas técnicas de tutela plurindividual o interesse do *amicus curiae* pode não ser exclusivamente jurídico <sup>406</sup>, havendo a possibilidade de ser também institucional, social, científico, econômico, político, entre outros, desde que represente grupos atingidos pelo debate e que possam apresentar argumentos que influenciem na solução da controvérsia jurídica.

Por isso, deve representar também os interesses de grupos que não possuem ação judicial em curso, mas que sejam titulares de posições jurídicas que possam ser afetadas pela tese a ser fixada, haja vista que ela será aplicada também aos casos futuros. Ainda que tais casos futuros partam de premissas fáticas distintas, se dependerem da mesma questão unicamente de direito resolvida pelos casos repetitivos, poderão atrair a mesma *ratio decidendi*, o que significa que estarão também vinculados nos termos do art. 927, III do CPC de 2015.

Aliás, o ideal seria a intervenção de vários *amici* para compensar o déficit democrático apontado. Nesse sentido parece se encaminhar o enunciado nº. 82 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal:

---

<sup>405</sup> “Registra-se, aqui, então, um ponto relevante: o *amicus curiae* não é um ‘terceiro imparcial’, como é o Ministério Público que intervém como fiscal da ordem jurídica. O *amicus curiae* é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado. Dito de outro modo, ao *amicus curiae* interessa que uma das partes saia vencedora na causa, e fornecerá ao órgão jurisdicional elementos que evidentemente se destinam a ver essa parte obter resultado favorável.” (CÂMARA, Alexandre, 2017, p. 107).

<sup>406</sup> Na verdade, se ele for titular de interesse jurídico, na acepção de ser titular da relação jurídica discutida no processo ou a ela vinculada, poderá ingressar como assistente. Alexandre Câmara discorre que: “O que o distingue do assistente (que também intervém por ter interesse em que uma das partes obtenha sentença favorável) é a natureza do interesse que legitima a intervenção. [...] O *amicus curiae* não é sujeito de qualquer dessas relações jurídicas (e, por isso, não pode ser assistente). O que legitima a intervenção do *amicus curiae* é um interesse que se pode qualificar como *institucional*.” (Ibid., p. 107); NERY e NERY afirmam: “Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e a parte contrária. Não há necessidade de que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos”. (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 586).

Quando houver pluralidade de pedidos de admissão de *amicus curiae*, o relator deve observar, como critério para definição daqueles que serão admitidos, o equilíbrio na representatividade dos diversos interesses jurídicos contrapostos no litígio, velando, assim, pelo respeito à amplitude do contraditório, paridade de tratamento e isonomia entre todos os potencialmente atingidos pela decisão.

Daí que a ampla divulgação dos incidentes de coletivização e a intimação de todos os possíveis interessados no feito para que se manifestem a respeito da questão de direito controversa, por meio de petição, da juntada de documentos, por sustentação oral, por debates em audiências públicas e por recursos, seja no recurso por amostragem, seja no IRDR é relevantíssima, sob pena de ausência de legitimidade política da futura decisão-paradigma e de sua eficácia vinculante.

Esse é o motivo pelo qual entendemos que os poderes dados no CPC de 2015 ao *amicus curiae* (art. 138, §§ 1º a 3º) são muito restritos e não condizem com a responsabilidade que esse interveniente passou a ter no sistema do julgamento de demandas repetitivas (fosse ou não a intenção do legislador). Na verdade, ele deveria poder interpor recursos não só de embargos de declaração ou da decisão que julgar o IRDR, mas de todas as decisões que envolvam a resolução de casos repetitivos (art. 928).

Alexandre Câmara destaca a relevância da intervenção do *amicus curiae* para as técnicas de resolução de casos repetitivos ou para qualquer hipótese que origine um precedente vinculante:

Não se pode deixar de destacar a relevância da intervenção do *amicus curiae* para a ampliação do contraditório, o que é especialmente relevante naqueles processos em que são apreciadas demandas massificadas, repetitivas, ou em qualquer outro caso de que possa provir uma decisão que tenha eficácia de precedentes vinculantes. Pois é exatamente por isso que o próprio CPC prevê a atuação de *amici curiae* no incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 947), no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 980) e nos recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1035, § 2º). É que em todos esses casos a decisão a ser proferida terá eficácia vinculante, o que exige – como requisito da legitimação constitucional de tais decisões e de sua eficácia – um contraditório ampliado, fruto da possível participação de todos os setores da sociedade e do Estado que podem vir a ser alcançados. Pois, o instrumento capaz de viabilizar essa ampliação do contraditório é, precisamente, o *amicus curiae*. (CÂMARA, 2017, p. 109).

Não é o objetivo do trabalho o estudo aprofundado da intervenção do *amicus curiae*, todavia, é necessário alertar que embora os tribunais superiores admitam sua participação há bastante tempo, existe pesquisa acadêmica que aponta para uma baixa influência exercida pelo “amigo da corte ou da parte” em seus acórdãos<sup>407</sup>. Ou seja, para que a falta de participação direta das partes seja compensada pela atuação do *amicus curiae* é imprescindível uma profunda mudança no modo como as Cortes compreendem essa atuação, de modo a tornar real esse mecanismo de ampliação do contraditório.

#### 4.6 É possível a ampliação do objeto do julgamento?

Antes da Lei nº. 13.256/2016, constava do art. 1037, § 2º a seguinte proibição aos julgadores: “é vedado ao órgão colegiado decidir, para fins do art. 1040, questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do *caput*.” Tal parágrafo foi revogado, mas se afinava com a redação do referido inciso, que dispõe que o relator identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento na afetação do recurso repetitivo.

Por coerência, se o relator deve indicar precisamente a questão de direito a ser dirimida pelo colegiado já na decisão de afetação e o dispositivo revogado era categórico em proibir para fins do art. 1040, ou seja, para constar do acórdão-paradigma, matéria não abrangida na antecedente decisão de afetação, significa dizer que o CPC de 2015 vedava qualquer possibilidade de ampliação do objeto do julgado do Recurso extraordinário ou especial repetitivo. Ou seja, deveria haver estrita correlação entre a decisão de afetação e o julgamento.

Conforme observam Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, independentemente da letra da lei, essa correspondência se justificava “pelo fato de que todos os atos que

---

<sup>407</sup> COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo amicus curiae nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente*. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário). Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p.73. Embora a autora encerre a pesquisa informando a necessidade de estudos mais aprofundados, conclui: “[...] que é pouca ou quase nenhuma a influência exercida pelo *amicus curiae* nas decisões dos Ministros do Supremo. Isso porque nas ADI estudadas, em sua grande maioria (cerca de 75%), os Ministros apenas citavam o nome do *amicus curiae* em seus relatórios ou, então, não faziam nenhuma espécie de citação ao nome das entidades admitidas ou daquelas cujas razões foram permitidas serem juntadas aos autos por linha. Além disso, mesmo naquelas em que houve citação aos argumentos trazidos, não se pode concluir que tais argumentos foram efetivamente influenciadores, podendo ser apenas ilustrações feitas pelos Ministros como forma de legitimar seus argumentos pela procedência ou improcedência de uma ação.” Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle.10438.9750.Beatriz%20Castilho%20Costa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438.9750.Beatriz%20Castilho%20Costa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 20 maio 2018.

precederam o julgamento visaram à solução de uma questão específica, que é justamente aquela que permeia os recursos tidos como vinculados”. (NERY; NERY, 2016, p. 2.382).

Mas a revogação do art. 1037, § 2º pode significar a possibilidade de ampliação do objeto do julgamento do caso repetitivo?

Desde a vigência do CPC de 1973, o STF admite a ampliação do objeto do julgamento quando reconhece a repercussão geral - RE nº. 579.431/RS<sup>408</sup> e RE 579.951<sup>409</sup>/RN. Cada vez mais o tribunal tem deixado expresso em suas decisões de admissibilidade do recurso extraordinário que a repercussão geral faz “o processo adquirir uma dimensão muito maior do que aquela do simples processo subjetivo tradicional” (ministro Dias Tóffoli, RE nº. 579.431/RS).

Sendo assim, o tribunal tem entendido que o recurso extraordinário passa a ser apenas o veículo escolhido para se obter o pronunciamento do STF e, a partir do momento em que a Corte considera haver transcendência e relevância da matéria recorrida, não está adstrita nem aos fundamentos das partes nem aos limites objetivos do recurso, podendo “alargar o escopo do caso concreto para abranger situações análogas ou assemelhadas às do processo *sub examine*” (ministro Dias Tóffoli, RE nº. 579.431/RS).

No entanto, a ampliação do objeto ocorre na decisão de admissibilidade do recurso extraordinário, quando se reconhece a repercussão geral. Logo, continuará havendo a correspondência entre a decisão de repercussão geral e o que será julgado pelo órgão colegiado do STF.

Pode fazer algum sentido a revogação da regra para os Tribunais Superiores, pois, como Cortes de Precedentes por excelência deverão ser debruçar sobre questões que, de fato, ultrapassem o interesse subjetivo dos recursos e que visem nortear a aplicação do direito, fixando uma correta interpretação jurídica. Desse modo, talvez a supressão seja apenas para possibilitar, excepcionalmente, que STF e STJ ampliem o objeto do julgamento na prolação do acórdão-paradigma, nas hipóteses em que se vislumbre não haver violação ao devido

---

<sup>408</sup> RE 579.431/RS-RG, tratava de recurso extraordinário interposto pela Universidade Federal de Santa Maria-RS requerendo a reforma de acórdão determinando a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e o ato de requisição de pequeno valor (RPV). O STF reconheceu a repercussão geral do tema, incluindo no objeto de julgamento também os precatórios. Pesou, entre os argumentos do Tribunal o entendimento de que não existiria diferença ontológica entre RPV e precatório.

<sup>409</sup> RE 579.951/RN-RG, tratava de recurso extraordinário discutindo a vedação de nepotismo nos Poderes Executivo e Legislativo de determinado Município e o STF e repercussão geral reconhecida foi a referir acerca da vedação do nepotismo em toda a Administração Pública, dos três poderes.

processo legal e que o alargamento proposto atenda mais ao sentido da norma jurídica que se pretenda aclarar.

No IRDR, isso é mais complicado visto que não existe regra análoga a do revogado art. 1037, § 2º<sup>410</sup>. Na verdade, nem sequer há regra que determine a mesma providência de se identificar com precisão a questão comum a ser dirimida, nos termos do art. 1037, I, muito embora possa se argumentar que a norma estaria implícita no comando do art. 979, § 1º, que dispõe sobre o banco eletrônico dos tribunais e as informações obrigatórias que devem constar para propiciar a todos a perfeita identificação do objeto do IRDR: “dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente”. Ou estaria implícita na regra do art. 984, I, quando afirma que o relator fará a exposição do objeto do incidente no julgamento, pressupondo-se que tenha identificado com clareza na decisão anterior de admissibilidade a questão de direito a ser solucionada.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes entende possível a redefinição da questão jurídica, feita a requerimento de um dos intervenientes (Ministério Público, Defensoria Pública ou partes) ou de ofício pelo órgão julgador do IRDR, conforme proposta formulada pelo relator ou por qualquer integrante do colegiado até por ocasião do julgamento final do incidente. Entretanto, adverte sobre a importância da definição do objeto de julgamento, seja para o exercício do contraditório (correlação entre objeto-debate-decisão), seja para a verificação de quais processos estarão sujeitos à suspensão dos feitos e à incidência da futura tese jurídica<sup>411</sup>.

Analisando a tramitação do PL nº. 2.384/2015 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (PL 168/2015), originário da Lei nº. 13.256/2016, não se encontra qual teria sido a motivação para a revogação do art. 1037, § 2º. Aparentemente, tudo se deu em prol de ajustes à reintrodução do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e especial perante os tribunais de 2º grau. Contudo, não se percebe nenhuma relação óbvia entre o dispositivo revogado e o referido juízo de admissibilidade, razão pela qual a verdadeira motivação permanecerá uma incógnita.

---

<sup>410</sup> Cita-se o Enunciado nº. 606 do FPPC dispõe o seguinte sobre os arts.982 e 985: “Deve haver congruência entre a questão objeto da decisão que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas e a decisão final que fixa a tese”.

<sup>411</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 181.

Contudo, não se pode concluir que a revogação da regra alterou <sup>412</sup> a lógica do sistema de julgamento de casos repetitivos, no sentido de que a decisão de admissibilidade será a moldura para o futuro julgamento e prolação do acórdão-paradigma. Essa regra continua e deve haver um limite temporal para a ampliação do objeto da tese jurídica, sob pena de se procrastinar <sup>413</sup> o deslinde dos diversos processos sobrestados, causando tumulto processual e atraso no julgamento – afinal, no IDRDR, existe a previsão de julgamento em um ano a contar da decisão de admissibilidade.

Como destacado, a suspensão dos processos em curso depende da decisão de admissibilidade, decisão esta que especificou exatamente a questão de direito a ser dirimida pelo tribunal. Dela também dependem os pedidos de distinção, de tutela provisória e da posterior vinculação ou não à tese jurídica futuramente estabelecida.

Além disso, eventual decisão de ampliação do objeto deve ser bastante refletida, pois, a menos que a nova questão de direito só diga respeito aos processos suspensos <sup>414</sup>, cada redefinição da questão jurídica a ser solucionada corresponderá, para a garantia do contraditório participativo, à prolação de nova decisão de admissibilidade, desencadeando todos os atos preparatórios e instrutórios para o julgamento da(s) tese(s) jurídica(s). Isso significa intimar todos os intervenientes originários e outros, eventualmente, interessados no julgamento da questão modificada ou ampliada.

---

<sup>412</sup> “É absolutamente inafastável esta correlação, a despeito da revogação do parágrafo segundo do art. 1.037 pela Lei 13.256.2016, sob pena de ofensa ao contraditório.” (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo, e o papel do Regimento Interno do Tribunal. *In: Julgamento de casos repetitivos*. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo (Coord.). (Coleção Grandes temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2017, p.235).

<sup>413</sup> Essa foi a preocupação externada na decisão colegiada do TJ /MG, no IRDR nº. 10016.12.003371-3.005: “A proposta da Desembargadora Teresa Cristina de ampliação do objeto deste IRDR, considerando que o recurso também será julgado no mesmo ato, com espectro menor, embora seja de fato meritória e justificável, não pode ser aceita, data vênia, tendo em vista que este mesmo Órgão, em pelo menos duas oportunidades anteriores, já recusou esta possibilidade, ao entendimento de que a ampliação do objeto retarda o julgamento do caso original”.

<sup>414</sup> Pela possibilidade de ampliação do objeto do IRDR envolvendo as mesmas partes, visando evitar a instauração de um incidente para cada tema coligado, vide decisão colegiada do TJ/MG, no IRDR nº. 1.0034.12.005830=9.003: “[...] se o incidente de resolução de demandas repetitivas tem como premissa a subsistência de pluralidade de ações versando sobre idêntica questão de direito sem resolução uniforme, ao meu juízo, é mais racional ampliar o objeto deste IRDR, para permitir a deliberação uniforme do Tribunal sobre a possibilidade ou não de o servidor efetivo do Município de Padre Paraíso computar o período laborado com base em contrato temporário para aquisição de adicionais por tempo de serviço, como quinquênios, férias-prêmio e outras vantagens que decorrem exclusivamente do tempo de serviço. Conforme já salientado, não é razoável a instauração de um IRDR para cada rubrica vantagem remuneratória que utilize o tempo de serviço como único critério para a concessão de benefício remuneratório, sendo certo que, no âmbito jurídico, onde há a mesma razão (causa), há o mesmo direito (*ubi eadem est ratio, ibi idem jus*), salvo se ela conduz ao absurdo ou houver disposição expressa de lei em sentido contrário”.

Em consequência, poderá haver nova juntada de documentos, novas audiências públicas e novas sustentações orais. Enfim, não é possível embutir um incidente em outro sem renovar as oportunidades do exercício da ampla defesa de todas as posições jurídicas. À medida que as técnicas dos recursos repetitivos e do IRDR se consubstanciam em processos objetivos, aptos a formar acórdãos com eficácia “análoga à da norma legal”<sup>415</sup>, é imperativo que se abandone a ideia de polos ativo e passivo e passe a se considerar todos os potenciais atingidos pela tese jurídica, caso se pretenda manter a legitimidade democrática desses procedimentos.

E ainda, cada sugestão de ampliação do objeto deverá vir acompanhada da comprovação dos respectivos requisitos legais: no Recurso Repetitivo, a multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão comum de direito e no IRDR, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão jurídica, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, inexistência de Recurso Repetitivo já afetado sobre o tema em discussão e pendência de recurso sobre a nova questão de direito no tribunal estadual ou regional para aqueles que consideram como requisito imprescindível.

#### **4.7 A tese jurídica: vinculação, distinção e superação**

O CPC de 2015 utiliza a expressão *tese jurídica* para se referir ao entendimento consolidado no julgamento de casos repetitivos (art. 928) - compreendidos aqueles resolvidos por meio de IRDR (art. 984, § 2º; 985; 986; 986, § 2º) e de recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1038, § 3º) – em enunciado de súmula (art. 927, § 2º) e em enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III e § 4º). Mas o que é exatamente a *tese jurídica*?

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2017, p. 259) afirma que a tese jurídica é um enunciado e “pode ser considerada como resultado de uma técnica concentrada para o estabelecimento do entendimento do tribunal com efeito vinculativo” quanto aos órgãos situados no seu âmbito jurisdicional, mas com efeito meramente persuasivo no que toca aos demais órgãos judiciais. Nesse sentido, a tese jurídica em recursos repetitivos seria o enunciado do precedente de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais do país.

---

<sup>415</sup> A forte comparação é feita em MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2016, p. 192-200.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, discutindo sobre os efeitos do acórdão-paradigma, entendem que a tese jurídica deve ser compreendida como uma “orientação genérica vinculante”:

[...] deve-se ter claro que o precedente originado da técnica de tutela recursal pluri-individual deve ser, por um lado, suficientemente abstrato para viabilizar sua aplicação num largo espectro de casos repetitivos e, por outro, ter um nível de concentração superior ao da lei, sob pena de inutilidade. (ALVIM; DANTAS, 2017, p. 539).

Luiz Guilherme Marinoni é crítico quanto ao entendimento de que a decisão proferida no âmbito do IRDR seja um precedente e que, em consequência, a partir de sua solução pelo tribunal estadual ou regional, possa ser formada uma tese jurídica. Para o autor:

A ideia de “tese jurídica” é uma versão de *civil law* que certamente será inadequada para retratar a porção da fundamentação que revela o que a Corte pensa sobre uma questão jurídica se for confundida com o resultado do raciocínio interpretativo do colegiado, ou melhor, se for vista como um enunciado da interpretação-resultado ou um resumo da solução conferida à questão de direito. A ideia de tese jurídica, para bem funcionar não pode ser outra coisa que não o fundamento – subscrito pela maioria do colegiado – que determina a solução do caso ou do recurso, considerada a moldura fática em que as razões determinantes da Corte são inseridas. (MARINONI, 2016, p. 102).

Sofia Temer entende a tese jurídica de forma ampla, abrangendo tanto os fundamentos e argumentos considerados como a própria conclusão sobre a questão de direito, daí que o regime de estabilidade da decisão fixado no IRDR e sua eficácia vinculativa seriam formados pelo “conjunto fundamentos apreciados à luz de uma determinada categoria fática + conclusão”. (TEMER, 2017, p. 219).

O art. 927, III, do CPC de 2015 dispõe que juízes e magistrados deverão observar os acórdãos em IRDR e em julgamento de recursos repetitivos e não exatamente o enunciado (tese-resumo) desse julgamento, motivo pelo qual o mais adequado é entender a tese jurídica não exatamente como o resultado da técnica, mas como parcial revelação da *ratio decidendi* do entendimento dos tribunais superiores. Nesse sentido, para ser corretamente aplicada aos processos pendentes e futuros, o enunciado necessariamente deveria ser contextualizado com os *fundamentos determinantes* da decisão que solucionou a questão de direito controvertida.

Aliás, o Enunciado n.º. 59 da I Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) conclui que “não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes”.

O art. 489, § 1º, V e VI indica como exemplos de uma decisão não fundamentada a mera invocação de precedente ou sua não aplicação sem identificar seus *fundamentos determinantes* nem demonstrar que o caso concreto se amolda a esses fundamentos do caso repetitivo. Logo, o CPC de 2015 determina a aplicação de um substrato normativo muito mais amplo do que um mero enunciado.

Até porque dificilmente esses fundamentos determinantes podem ser resumidos em verbetes, motivo pelo qual, na prática, é provável que muitas ações recebam indevidamente a solução dada ao caso repetitivo por uma leitura apressada do enunciado da tese jurídica e por uma má compreensão ou da questão discutida no caso concreto ou dos fundamentos determinantes da solução-padrão.

Isto é particularmente sério na medida que o art. 1030, I, ‘b’ e III traz que o presidente ou vice-presidente no tribunal de origem poderá negar seguimento a RE e/ou REsp interposto contra acórdão afinado com a tese jurídica proferida pelo rito dos recursos repetitivos ou poderá sobrestar o recurso cuja controvérsia recaia em tema com recurso afetado e ainda não decidido nos tribunais superiores.

Dessa decisão monocrática negando seguimento ou sobrestando o andamento de RE e/ou REsp com fundamento no art. 1030, I, ‘b’ e III caberá apenas agravo interno, na forma do art. 1021 do CPC de 2015.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam que contra a decisão do colegiado do tribunal *a quo* proferida no julgamento desse agravo interno, se não conhecido ou negado provimento ao agravo, subsistindo, portanto, a decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal local, caberia o agravo do art. 1042, podendo caber, também, em tese, outro RE ou REsp, conforme o caso e se preenchidos os pressupostos constitucionais da CRFB 102, III e 105, III, respectivamente<sup>416</sup>.

Na vigência do CPC de 1973, esse entendimento não era admitido nos tribunais superiores. Na Questão de Ordem no Ag 1154599/SP julgada pela Corte Especial do STJ,

---

<sup>416</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 2334.

ficou clara a posição de que "o único recurso cabível para impugnação sobre possíveis equívocos na aplicação do art. 543-B ou 543-C é o Agravo Interno a ser julgado pela Corte de origem, não havendo previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual".

O fundamento dado é que permitir novo recurso especial significaria permitir a “eternização do feito, obstaculizando o trânsito em julgado da sentença ou acórdão e lotando novamente esta Corte de recursos inúteis e protelatórios, o que não se coaduna com o objetivo da Lei nº. 11.672/2008”. O STF tinha idêntico entendimento, conforme exposto na Questão de Ordem proferida no AI nº. 760.358, relator ministro Gilmar Mendes.

Acredita-se que no CPC de 2015 o entendimento jurisprudencial permaneça. Corrobora essa conclusão a previsão, pela Lei nº. 13.256/2016, de nova hipótese de cabimento de ação rescisória, com fundamento no art. 966, V (violação manifesta à norma jurídica) contra “decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. Logo, em sendo aplicada a tese jurídica de forma equivocada, somente restará à parte prejudicada aguardar o trânsito em julgado da decisão recorrida e ajuizar ação rescisória com base nesse permissivo legal.

Na verdade, a Lei nº. 13.256/2016 só deixa expresso o cabimento de ação rescisória porque, independentemente da inclusão da hipótese no art. 966 do CPC de 2015, pensávamos que já era possível a propositura da ação desconstitutiva da coisa julgada material, seja por erro de fato (VIII), ao considerar inexistente distinção efetivamente ocorrida no caso dos autos, seja por violação manifesta à norma jurídica (V), pois uma aplicação errônea da tese fixada em repetitivo ou enunciado de súmula, inexoravelmente, terminará por violar a norma jurídica correta que se aplicaria, não fosse a má compreensão da questão controversa, além de violar a própria norma processual que afirma a eficácia vinculante do precedente não aplicado ou aplicado mal ao caso concreto <sup>417</sup>.

Um grande problema é a suspensão equivocada de processos cuja controvérsia não seja a mesma daquela a ser dirimida por técnica de julgamento de casos repetitivos e que pode

---

<sup>417</sup> “Importante é afirmar que também é rescindível a decisão judicial que, tendo transitado em julgado, contrarie tese anteriormente firmada em enunciado de súmula vinculante ou em precedente vinculante. É que essas teses firmadas são resultado de interpretações atribuídas a textos normativos e, portanto, são normas jurídicas. Ainda que assim não se considere, porém, e se afirme (equivocadamente, mas se enfrenta o ponto aqui apenas para argumentar) que a afronta ao precedente vinculante (ou ao enunciado de súmula vinculante) não é violação à norma, ainda assim será preciso considerar rescindível a decisão judicial, pois terá sido violada a própria norma atributiva de eficácia vinculante a tais precedentes e enunciados de súmula.”. (CÂMARA, Alexandre, 2017, p. 473).

durar anos (salvo, em princípio, no IRDR). No modelo adotado pelo código, não há muito o que ser feito pela parte injustiçada: da decisão que soluciona a respeito da alegada distinção só cabe agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau ou agravo interno, se a decisão for de relator (art. 1037, § 13, CPC de 2015).

Solução heterodoxa, em tese, seria impetrar mandado de segurança se a decisão de suspensão for teratológica em relação ao caso concreto, mas é improvável que os tribunais aceitem o remédio constitucional. Outra solução, drástica, caso a parte prejudicada seja o autor da ação e dependendo da fase processual em que se encontre, a ser cuidadosamente analisada, é simplesmente desistir do feito e ajuizá-lo novamente tentando se afastar daquele processo-modelo que as partes entendem inadequado ou impertinente a sua questão controvertida <sup>418</sup>.

Portanto, o direito de alegar distinção entre a questão controvertida do processo indevidamente sobrestado e a questão jurídica afetada pelas partes é, deliberadamente e com vasto apoio da jurisprudência dos tribunais superiores, bastante limitado no sistema do CPC de 2015.

No tocante ao conteúdo do acórdão-paradigma, em relação ao IRDR, dispõe o art. 984, § 2º que abrangerá a análise de *todos* os fundamentos suscitados relativos à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. Novamente, em paralelo com os recursos repetitivos, havia redação idêntica no art. 1038, § 3º quanto à exigência de apreciação de todos os fundamentos suscitados pelas partes e interessados no acórdão-padrão. Entretanto, a Lei nº. 13.256/2016 alterou o dispositivo para constar que o conteúdo do acórdão dos recursos repetitivos analisará os fundamentos *relevantes* da tese jurídica.

A diferença é sutil, mas fundamental, haja vista a subjetividade da expressão *relevantes*. Certamente, o trabalho do tribunal superior será otimizado se ele não tiver que responder a todos argumentos levados pelas partes e intervenientes no processo - mas só aqueles que ele próprio julgar *relevantes*.

---

<sup>418</sup> O art. 1040, §§1º a 3º do CPC de 2015 dispõem sobre a possibilidade do autor “desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia” (§1º) e independentemente do consentimento do réu, “ainda que apresentada contestação” (§3º). Mas, aqui, a parte reconhece que a controvérsia é idêntica à solucionada pelo acórdão-paradigma. No caso acima, a hipótese é distinta: ele desiste do feito porque não reconhece identidade entre a questão jurídica afetada e de seu caso concreto e, esgotadas as formas de insurgência, avalia a estratégia da desistência do feito.

Todavia, há de se ponderar que para a tese jurídica projetar o esperado efeito vinculante é necessário que “em termos de extensão e profundidade, seja, de fato, representativo da controvérsia”<sup>419</sup>. Isso significa que todos os fundamentos sustentados pelas partes, interessados e *amicus curiae* deveriam ser mencionados e, principalmente, considerados na decisão, seja para acolhê-los, seja para rejeitá-los.

Caso contrário, corre-se o risco da vinculação obrigatória ser afastada ou, no mínimo, perder legitimidade democrática, caso demonstrada a distinção entre os fundamentos tomados pelo tribunal fixador do precedente e os fundamentos arguidos pelas partes em feitos futuros, “enfraquecendo e reduzindo assim o alcance da tese firmada e dos resultados pretendidos”<sup>420</sup>.

As decisões proferidas em sede de tutela plurindividual se aproximam bem mais das regras criadas pelo processo legislativo e pelas normas e políticas públicas postas pela administração pública do que da resolução de situações de crise isoladas e concretas, razão pela qual a legitimidade política que se espera das decisões estatais proferidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo também é aguardada das decisões estatais proferidas pelo Poder Judiciário <sup>421</sup>.

Não basta ampliar o rol dos potenciais interessados em influir na futura formação da tese jurídica no julgamento do caso repetitivo, com a previsão da intervenção de *amicus curiae*, ampla divulgação, sustentação oral e audiência pública, se não existe o dever de esgotar a argumentação levada por todos esses agentes, uma vez que não haverá um autêntico debate público, mas apenas um atendimento formal e aparente das exigências de uma sociedade plural e democrática.

Quanto à vinculação, é necessário destacar que não consta no CPC de 2015 mecanismo de controle de identidade entre a situação do caso concreto e a questão de direito

---

<sup>419</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p.206, discorrendo sobre o IRDR, mas plenamente aplicável aos recursos repetitivos também.

<sup>420</sup> Ibid., p. 206.

<sup>421</sup> “[...] no Estado Democrático de Direito, não basta a observância da legalidade. Deve haver um constante e diário retorno à vontade popular, permitindo-se, com diversos mecanismos de consulta pública, que o verdadeiro titular do poder estatal oxigene, democrática e pluralisticamente, a atividade de seus representantes. A busca pela legitimidade das decisões estatais perpassa então a noção de democracia deliberativa, exercida por meio do debate público entre os diversos setores sociais envolvidos.” (CABRAL, Antonio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 199-213, abr. . jun. 2006, p. 200). Embora o texto do autor se refira à importância da audiência pública para a formação da vontade estatal nos assuntos da Administração Pública e seus efeitos na esfera processual, entendemos que a justificativa apontada é a mesma no âmbito dos processos judiciais objetivos.

resolvida no caso repetitivo, semelhante ao existente no *Musterverfahren*, no qual consta a previsão de um duplo controle: primeiramente, quando da suspensão do processo e depois do julgamento do procedimento-modelo, a norma legal exige uma reapreciação, por decisão colegiada, da “verificação quanto à existência ou não de peculiaridades essenciais, fáticas ou jurídicas, bem como se os fatos pertinentes aos processos suspensos foram devidamente esclarecidos, tudo considerando os processos-modelos já decididos”. (MENDES, 2017, p. 43-44).

Nos termos do art. 927, III, os primeiros que ficam vinculados à tese jurídica são os próprios juízes e tribunais, uma vez que deverão observá-las em suas decisões (eficácia horizontal). Consoante os art. 985 e 1040, julgado o IRDR ou publicado o acórdão do Recurso Repetitivo, a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que se encontravam sobrestados em função da idêntica questão de direito dirimida (eficácia vertical).

Quanto ao IRDR, há regra expressa (art. 985, II) de que a tese jurídica será aplicada aos casos que ainda virão a ser ajuizados, salvo na hipótese de revisão prevista no art. 986. Embora não haja semelhante dispositivo nos recursos repetitivos, por uma interpretação teleológica e sistemática do microssistema de tutela plurindividual, conclui-se que o precedente formado em sede de recursos especial ou extraordinário repetitivo também será aplicado às ações futuras<sup>422</sup>, caso contrário, sob a ótica da segurança jurídica e isonomia, o sistema de precedentes obrigatórios ficaria enfraquecido.

Em ambas as técnicas há previsão expressa de que se o caso repetitivo envolver prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão da administração pública responsável pela regulação, para fiscalização da efetiva aplicação da tese jurídica formada (art. 985, § 2º e 1040, IV).

Essa norma é considerada pela doutrina <sup>423</sup> como um expediente importante no combate à litigância serial. Entende-se que a administração pública deverá, a partir da decisão-paradigma, expedir ato normativo de natureza administrativa de observância

---

<sup>422</sup> CÂMARA, Alexandre, 2017, p. 564.

<sup>423</sup> “Bem entendida, é possível extrair da regra condições ótimas de fortalecer, devidamente, o papel do Estado regulador e de suas agências reguladoras no controle de condutas no âmbito administrativo, minimizando, com isso, a necessidade de ingresso no Judiciário. É algo que, na perspectiva do art. 3º, § 3º, do CPC de 2015, é amplamente desejável.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 889).

obrigatória, sob o propósito de forçar os concessionários, permissionários ou autorizados a adaptar o serviço à tese jurídica fixada pelos tribunais <sup>424</sup>.

Por outro lado, em sede de serviços federais, torna clara a insuficiência do IRDR como mecanismo uniformizador, ao menos se ficar restrito aos limites geográficos de um tribunal regional ou se houver teses jurídicas diferentes em incidentes propostos perante diversos tribunais regionais, haja vista que a administração se veria compelida a normatizar o mesmo serviço de modo distinto, condicionada ao entendimento de cada colegiado.

No tocante à superação da tese jurídica, consta do art. 927, §§ 2º a 4º que a alteração da tese adotada em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas e entes que possam contribuir para a rediscussão da tese.

O RISTJ, art. 256-T, prevê legitimação para a provocação da revisão da tese fixada em sede de Recurso Especial Repetitivo limitada aos próprios ministros do STJ e ao Ministério Público Federal. O STF não atualizou seu regimento interno e possui entendimento de que a revisão da tese se dá pela iniciativa da própria Corte.

No IRDR existe uma legitimidade um pouco mais ampla, dispondo o art. 986 que a revisão da tese será feita pelo mesmo tribunal de ofício ou mediante requerimento dos legitimados à instauração do incidente previsto no art. 977, inciso III, ou seja, apenas o Ministério Público e a Defensoria Pública podem pleitear a superação da tese original.

Logo, as partes dos processos originários estão, em princípio, alijadas de requererem a revisão, muito embora, não haja impedimento para que provoquem o tribunal, por petição simples, a se manifestar a respeito de eventual superação da tese fixada diante de alterações significativas na sociedade ou no próprio ordenamento jurídico e que tornem insustentável a permanência do antigo precedente obrigatório.

Isso não significa que os próprios magistrados não possam distinguir ou superar o precedente vinculante, contudo, nessa hipótese, será deles o ônus argumentativo, isto é, deverão fundamentar detalhadamente sua decisão nas particularidades do caso concreto, que o distinga da situação-modelo da tese fixada, e, no caso de superação, nas alterações

---

<sup>424</sup> “Este é, certamente, o mais importante efeito da decisão paradigma quando se pensa neste sistema como um método de gerenciamento de causas repetitivas”. (CÂMARA, Alexandre, 2017, p. 565).

*excepcionais* constatadas no direito, na sociedade, na economia e na política<sup>425</sup>. E suas decisões estarão sujeitas à impugnação recursal ou via reclamação (art. 988).

Para respeitar as relações jurídicas travadas sob o império da jurisprudência vinculante até então vigente e formada em sede de julgamento de demandas de massas, prevê o CPC de 2015 a possibilidade de modulação dos efeitos da nova deliberação sobre o tema (art. 927, § 3º), por meio de decisão adequadamente fundamentada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º).

Embora o código fale em *poder* de modulação, acreditamos que na hipótese de mudança de entendimento sobre a questão de direito anteriormente resolvida, haveria o *dever* de modular, de fixar eficácia prospectiva<sup>426</sup> da nova tese jurídica firmada.

Nessa direção, parece ter seguido a Lei nº. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº. 4.657/1942) e acresceu o art. 23<sup>427</sup> para determinar que a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, gerando novo dever ou novo condicionamento de direito, *deverá* prever regime de transição (modulação) quando indispensável para que o novo entendimento seja cumprido de forma proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

---

<sup>425</sup> “Qualquer magistrado, diante de um caso concreto, pode distingui-lo, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa daquela fixada no IRDR. Ou ainda, qualquer magistrado pode superar o precedente vinculante, desde que fundamente adequadamente sua decisão, por exemplo, na revogação ou modificação de texto normativo em que se fundou a decisão; ou na alteração econômica, cultural, política ou social referente à matéria decidida.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2016, p.341). **Em sentido contrário**, comentário de Zulmar Duarte de Oliveira Jr.: “Diferentemente da técnica de distinção, que pode ser utilizada por qualquer juiz para afastar a aplicação dos precedentes qualificados (por conta de sua não incidência), a superação do precedente qualificado em si somente pode ocorrer no tribunal que o qualificou. Ora bem, nada mais lógico, quem tem competência para formar e estabelecer o precedente qualificado é também o tribunal competente para tolher sua eficácia. Ainda assim, os juízes e tribunais vinculados ao precedente de forma vertical podem deixar de aplica-lo mediante a utilização da técnica de superação antecipada (*antecipatory overruling*).” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.*, 2017, p.592).

<sup>426</sup> SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3º, do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 437-478, set. 2016, versão digital. Defendem, como regra, a irretroatividade da mudança da jurisprudência, bem como a possibilidade de seu exercício por qualquer tribunal. No mesmo sentido, NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1969. Pensamos que com a Lei nº. 13.655/2018, alterando a LINDB, parece que não há mais dúvidas sobre a possibilidade ou o dever de modulação por todos os tribunais do país.

<sup>427</sup> “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

Ainda que o próprio artigo seja uma norma de conteúdo indeterminado, em especial quanto ao significado concreto das expressões “indispensável” ou “cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”, estabelece claramente um *dever* em fixar um regime de transição que se coaduna com a finalidade da modulação desde o advento da Lei nº. 9.868/1999.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo art. 27 da Lei nº. 9.868/99, autorizando o STF, por maioria de dois terços de seus integrantes, a limitar os efeitos dessas decisões com fundamento na segurança jurídica e no interesse social excepcional. O CPC de 2015 amplia o instituto a todos os tribunais<sup>428</sup>, discorrendo sobre a modulação dos efeitos da decisão do STF quando prevê a hipótese de inexigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo fundado em lei ou ato normativo declarado (in) constitucional pelo Supremo (art. 525, § 13 e art. 535, § 6º) e no caso de alteração de jurisprudência dominante dos tribunais em julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 3º).

Assim, na hipótese de superação de precedente, a modulação surge como questão de ordem pública<sup>429</sup>, cuja manifestação pelo tribunal deve se dar de ofício, já expondo na decisão colegiada como se dará a eficácia da nova tese jurídica, seja para modular ou não, com a devida fundamentação específica sobre o assunto.

A experiência brasileira demonstra que a ausência ou a demora na manifestação judicial sobre eventual modulação é também uma das grandes causas de incentivo para a

---

<sup>428</sup> O STJ, no REsp. nº. 1.604.515 /RS, julgado em 09.08.2017, deparou-se com a interessante questão de debater se poderia haver modulação dos efeitos da decisão de Recurso Especial Repetitivo proferida na vigência do CPC de 1973 - não modulada por ausência de previsão legal no âmbito desse tribunal superior - em sede de análise de recurso especial requerendo a reforma de acórdão que se afastava do entendimento firmado no repetitivo. Por maioria, o tribunal entendeu não ser possível a modulação num processo singular, mas apenas na via do recurso repetitivo, caso houve previsão legal à época. EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AERONAUTA. PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº. 9.032.1995. TEMPO DE SERVIÇO RECONHECIDO COM BASE EM PROVA TÉCNICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO COMUM EM ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.310.034/PR. MODULAÇÃO DE EFEITOS. VIA INADEQUADA. [...] 4. A possibilidade de modulação dos efeitos do julgamento em recurso especial não era admitida antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, por faltar-lhe amparo legal. Assim, mantém-se a aplicação do entendimento firmado no repetitivo em questão a todos os feitos sobre o tema. 5. Recurso especial parcialmente provido.

<sup>429</sup> No RE 572.052 /RN, o STF discutiu sobre a possibilidade da modulação ser veiculada por meio de embargos de declaração quando não houvesse anterior requerimento. No julgamento, o ministro Dias Tóffoli compreendia a questão da modulação como sendo de ordem pública, portanto, devendo ser reconhecida, caso atendidos os requisitos legais, de ofício pelo Tribunal Constitucional.

litigância repetitiva, uma vez que na vigência do CPC de 1973 as partes não deixavam de recorrer enquanto o STF não se manifestasse sobre eventual modulação de suas decisões, em especial em sede da análise de controle incidental de constitucionalidade, ou seja, via recurso extraordinário<sup>430</sup>.

Em razão das graves consequências da fixação da tese jurídica e da dificuldade - até certo ponto, desejada pelo sistema de estabilização de precedentes - em alterá-la, pensamos que deve haver um refletido juízo político de conveniência na instauração do IRDR ou na afetação do RR, quanto à escolha do momento apropriado. Ou seja, deve ser discricionário<sup>431</sup> o juízo de admissibilidade do RR ou do cabimento de IRDR, a ser exercido pelo Tribunal competente, em decisão pormenorizadamente fundamentada nesse aspecto.

Isto porque é prudente que a questão comum de direito em análise, a depender de sua complexidade, tenha algum amadurecimento teórico, com discussões doutrinárias a respeito e que já mostre algumas de suas consequências práticas, sob pena, caso contrário, de se fixar uma tese com pouca serventia e de modo artificial, com grande probabilidade de gerar uma decisão-paradigma que cause mais problemas do que soluções na vida dos interessados. Uma situação como essa, inevitavelmente, não previne litígios repetitivos. Ao contrário, será uma questão de tempo, até a controvérsia retornar ao Judiciário sob a forma de demandas subtipos da causa original ou ações-filhotes da ação-modelo anterior.

#### **4.8 A discussão a respeito da constitucionalidade das técnicas de tutela plurindividual e do efeito vinculante de suas decisões: o chamado precedente à brasileira**

---

<sup>430</sup> Cita-se como exemplo o julgamento das ADIs nº. 4.425 e nº. 4.357, ajuizadas, respectivamente, em 2009 e 2010, contra a Emenda Constitucional (EC) nº. 62.2009 que tratava de estabelecer regimes distintos de pagamento de precatórios e outras regras afins, julgadas parcialmente procedentes somente em 14.03.2013, cujos efeitos da decisão só foram modulados pelas questões de ordem julgadas dois anos depois, em 25.03.2015, após grande tumulto no pagamento de precatórios perante entendimentos díspares que foram surgindo nos diversos tribunais do país, bem como entre os credores e todas as fazendas públicas, na esfera federal, estadual e municipal.

<sup>431</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, 2017, p. 122, entende que cabe um juízo de conveniência a partir dos requisitos estabelecidos (...) que poderá levá-lo a certa dilação quanto à admissibilidade do incidente (...). *Em sentido contrário*, MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2016, p. 202 e CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2016, p. 269.

Não é intento do trabalho, mas é necessária uma breve incursão sobre a origem da ideia de precedente para se compreender as críticas ao sistema adotado no CPC de 2015, já que associa a resolução de casos repetitivos e a eficácia vinculante dessas decisões judiciais.

A origem do precedente judicial no *common law* está ligada à história da Inglaterra e ao fato de que nunca se reconheceu a autoridade do direito romano como ocorreu no continente europeu. Esclarece René David:

[...] A *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nestas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no continente europeu. As regras que as decisões judiciárias estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência da *common law*. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juizes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciários, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente (*rule of precedent*), impondo aos juizes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado o princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes. (DAVID, 2014, p. 428).

O autor destaca que nem todas as decisões judiciais são precedentes obrigatórios, apenas aquelas emanadas dos tribunais superiores, isto é, do *Supreme Court of Judicature* e da Câmara dos Lordes. As decisões proferidas pelos demais tribunais ou organismos “quase judiciários” podem ter um valor de persuasão, mas não são precedentes obrigatórios<sup>432</sup>.

Assim, para a aplicação da regra do precedente, é necessário que o jurista inglês analise os comentários das decisões judiciais, as *reasons* dadas pelo tribunal em apoio a suas decisões e faça a distinção entre aquilo que é o suporte necessário da decisão – a *ratio decidendi* do julgamento – e o que constitui *obiter dictum*, ou seja, aquilo que o juiz pode ter afirmado, mas sem necessidade absoluta:

---

<sup>432</sup> DAVID, RENÉ. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 5a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 429.

A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obiter dictum* não tem, pelo contrário, esta autoridade. O valor das *obiter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso. (DAVID, 2014, p. 430).

Um aspecto interessante que o autor aponta é que a regra do precedente se aplica igualmente no que concerne à interpretação das leis (*statute law*) e isso é criticado pelo resultado desta aplicação: ao passar dos anos, as leis inglesas acabam sendo “*submersas por uma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substitui à dos textos legais*” e assim corre-se o risco de se perder de vista a finalidade para a qual a lei foi pensada. Daí que o sistema inglês procura excluir o controle dos tribunais e isto só é possível porque os limites desse controle são determinados pelo parlamento que, no exercício de seu poder soberano de legislar, pode “*conferir a um órgão da administração um poder discricionário absoluto, e o exercício deste direito não pode (salvo em caso de má-fé comprovada) ser submetido ao controle de um tribunal*”. (DAVID, 2014, p. 431).

Nos Estados Unidos, também integrante do sistema do *common law*, existe regra de precedente semelhante à da Inglaterra, com certas peculiaridades, entre elas, a de que a regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente <sup>433</sup>.

Isto porque a Suprema Corte dos Estados Unidos e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência. René David explica que as mudanças na jurisprudência não são raras na Suprema Corte e se devem à maneira flexível como este tribunal concebe a interpretação da Constituição do país. Essa característica – possibilidade de a Suprema Corte efetuar mudanças de sua jurisprudência – permitiu que o Tribunal adequasse sua interpretação da Constituição às evoluções do pensamento e às “necessidades econômicas do mundo moderno; assegurou, por isso mesmo, a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade”. (DAVID, 2014, p. 490-491).

---

<sup>433</sup> DAVID, RENÉ, 2014, p. 489.

Os americanos, entretanto, preocupados com a segurança das relações jurídicas, somente admitem desvios na sua jurisprudência em situações excepcionais: “atitude bastante próxima daquela que inspirou a jurisprudência inglesa antes de ser abertamente afirmada, no século XIX, a estrita necessidade de aderir aos precedentes” (DAVID, 2014, p. 491). Ou seja, o reconhecimento da regra do precedente ocorre por adesão voluntária dos juízes aos argumentos racionais postulados pelos seus antecessores e não por se estar diante de um precedente abstratamente considerado obrigatório <sup>434</sup>.

Segundo Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, a doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do *common law*, consistindo em teoria que eleva as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e à legislação:

Dessa maneira, a doutrina dos precedentes vincula as Cortes no julgamento dos casos análogos. Essa doutrina, para ser aplicada, demanda dos juízes a avaliação de quais razões jurídicas foram essenciais para o deslinde das causas anteriores. Os fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para solução da demanda constituem a *holding*, já o que não foi essencial é mera *dictum* que deve ser desconsiderada no julgamento dos casos futuros. Todavia, uma vez detectada a *holding*, ela constituirá a *rule of law* que vinculará a solução dos casos futuros. [...] Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios, mas sim, a prova da existência deles e de sua consequente recepção pelo Judiciário [...]. (STRECK; ABOUD, 2015, p. 44-45).

Comparando os comentários acima com a previsão contida no art. 927 do CPC de 2015, é necessário separar o conceito de precedente para o sistema do *common law* (original) do precedente no sistema de valorização da jurisprudência do código (*à brasileira* <sup>435</sup>), pois uma decisão judicial não nasce no *common law* com a pecha de precedente, mas é reconhecido como tal, num longo processo histórico, porque os juízes, ao analisarem as razões de decidir dos casos passados, identificam a mesma *ratio decidendi* e passam a aplicá-las em casos futuros.

<sup>434</sup> “Uma regra do precedente rigorosamente concebida não representa uma necessidade absoluta na *common law*. A diferença pode ser bastante tênue, entre o reconhecimento desta regra num plano jurídico e a adesão voluntária dos juízes, por argumentos de razão, às doutrinas postuladas pelos seus predecessores. No fundo, tudo isto é mais uma questão de psicologia jurídica que de direito [...]”. (DAVID, RENÉ, 2014, p.491).

<sup>435</sup> ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

Já no CPC de 2015, conforme se depreende dos arts. 927, III e 988, o precedente obrigatório assim será nomeado por ser fruto de uma decisão proferida pelo STF e STJ em sede de recursos repetitivos, em sede de IRDR e de IAC, perante tribunais estaduais e regionais, sendo cabível reclamação às respectivas cortes para garantir sua observância.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, escrevendo sobre o que entendem por “*precedentes à brasileira*”, frisam, primeiramente, a diferença entre precedente e jurisprudência para explicar que nos países de *civil law* existe a tendência e a tradição de se respeitar a jurisprudência iterativa e firme de quaisquer órgãos de 2ª instância e decisões de Tribunais Superiores por se reconhecer a função paradigmática destas Cortes Superiores, que possuem jurisprudência estável, não mudando de entendimento com frequência (os autores citam a Alemanha)<sup>436</sup>.

Logo, haveria conceitos distintos de precedentes: o precedente *original* (*stare decisis* do *common law*), os precedentes advindos da jurisprudência firme dos Tribunais, exercendo a função paradigmática (*civil law*), e os precedentes à brasileira do novo CPC de 2015, uma vez que o código diz que certas decisões proferidas em certos julgamentos nascem com o *status* de *precedentes obrigatórios*.

Mesmo em relação às decisões elencadas no art. 927, há entendimento de que não possuem a mesma força quanto à eficácia obrigatória. Assim, é imperativo considerar o precedente nas hipóteses do art. 927, I, II e III, respectivamente, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante e os acórdãos em IAC, IRDR e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, haja vista que contra eventual desrespeito cabe reclamação, nos termos do art. 988, III e IV e 988, § 5º, II do CPC de 2015.

E diante do não cabimento de reclamação em todos os incisos do art. 927, fala-se na existência de graus de eficácia vinculante: forte (existe uma ação concebida para a finalidade de desrespeito – reclamação), média (o desrespeito pode ser corrigido não pela reclamação, mas, sim, pelos recursos) e fraca (cultural)<sup>437</sup>.

---

<sup>436</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, 2017, p. 277-278.

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 278.

Assim, os julgamentos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, o IRDR e o IAC teriam eficácia vinculante forte porque o desrespeito, por qualquer decisão, proferida em qualquer grau de jurisdição, é impugnável por reclamação.

Já o precedente formado do julgamento de REER e no RE/RG teria eficácia vinculante média porque a reclamação constitucional só pode ser proposta após o esgotamento das instâncias ordinárias, assim, sentença de primeiro grau que desrespeitou o acórdão-paradigma em REER deverá necessariamente ser apelada e, se for o caso, agravada internamente, antes de ser cabível a reclamação diante da exigência do 988, § 5º, II em se esgotar as instâncias ordinárias.

Quanto às hipóteses previstas no art. 927, IV e V – enunciados das súmulas do STF e do STJ e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados – a eficácia vinculante seria fraca, porque da decisão que desrespeita não cabe reclamação, dependendo, na verdade, de uma postura cultural dos magistrados em observar a orientação predominante dos órgãos de cúpula (local ou nacional) do Poder Judiciário.

Embora o percurso histórico do desenvolvimento da tutela plurindividual indicie como pouco provável que haja declaração de inconstitucionalidade das regras concernentes às técnicas de julgamento de casos repetitivos e à sua eficácia vinculante estabelecida pelo CPC de 2015, existe entendimento doutrinário nesse sentido.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery consideram que somente a Súmula Vinculante, por força do art. 103-A da CRFB, tem força obrigatória em relação aos demais órgãos judiciais. Assim, concluem não haver permissão constitucional para considerar os dispositivos do art. 927, III, IV e V do CPC de 2015 como vinculantes, haja vista que o código termina por equipará-los a preceitos de caráter abstrato e geral, ou seja, características da *Lei*, sem que o Poder Judiciário tenha sido agraciado da autorização constitucional para legislar ou estabelecer preceito de caráter geral <sup>438</sup>.

Em consequência, entendem como flagrantemente inconstitucional a vinculação do art. 927 em relação a recursos repetitivos, ao IRDR, à súmula simples do STF e do STJ, ao entendimento do órgão especial ou do plenário do tribunal a que juízes e tribunais estejam vinculados. Em razão do controle de constitucionalidade difuso, defendem que juízes e tribunais (observada a reserva de plenário) exerçam o controle concreto, afastem sua

---

<sup>438</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1963.

incidência e decidam a causa por outros fundamentos que considerarem corretos ao processo em análise <sup>439</sup>.

Júlio César Rossi, tratando do IRDR, afirma que a vinculação somente seria possível se viesse precedida de Emenda Constitucional, principalmente por atingir a esfera jurídica dos outros Poderes da República (administração pública), evidenciando ofensa à separação funcional dos poderes. Outros aspectos que reputa inconstitucionais são a falta de controle judicial da representatividade adequada dos legitimados, a ausência do direito de autoexclusão (*opt-out*) e a extensão da tese jurídica aos processos que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, por violação ao art. 98, I da CRFB <sup>440</sup>.

Em relação às demais decisões de casos repetitivos, precedentes obrigatórios, critica a importação do ideário do precedente do *common law* e sua aplicação desnaturada ao nosso ordenamento jurídico (*civil law*), num momento em que tanto Inglaterra quanto Estados Unidos estão se voltando a diplomas normativos. Sustenta que a fórmula usual da jurisprudência de julgar por ementas, sem uma maior análise objetiva do caso concreto e pouca preocupação com a fundamentação, atuando por “subsunção ou ponderação de valores” termina por desvirtuar o que foi concebido pelo CPC de 2015. <sup>441</sup>

Quanto à ideia de que a vinculação aos precedentes trará segurança jurídica e isonomia, pondera que:

Não são os precedentes, a jurisprudência ou as súmulas que trarão a sonhada e longínqua isonomia ou segurança jurídica. Isto é um problema de paradigma do direito, de respeito à cadeia de decisões, de coerência com a *história efetiva* (Streck), com a integridade de nosso sistema jurídica. Não é um problema pontual que uma reforma legislativa possa sanar; mais que isso: é um problema de formação jurídica, de concepção do direito, de hermenêutica filosófica no direito. (ROSSI, 2015, p. 262).

---

<sup>439</sup> NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, 2016, p. 1963.

<sup>440</sup> ROSSI, Júlio César. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo cpc: das inadequações às inconstitucionalidades*. Curitiba: Juruá, 2016, p.123-132.

<sup>441</sup> “Tudo isso aliado à nossa prática de sopesamento de princípios, argumentações pessoais e de cunho político, aplicação do direito por meio de subsunção, todas enraizadas no positivismo exegético ou, no máximo, ao normativista, é um movimento que leva ao decisionismo, arbitrariedade, ao dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, ao solipsismo sem qualquer comprometimento verdadeiro com a história, coerência, integridade, pré-compreensão e tradição de nosso direito. Parece que a ementa já traz pronta a solução para todo e qualquer caso. A ementa tem maior poder de convencimento do que o texto legislativo, sobre o qual a solução do caso deve-se iniciar na condição de “um mínimo”; a resposta ao caso surge antes da pergunta.”. (ROSSI, Júlio César, 2015, p. 251).

Para Marcos de Araújo Cavalcanti, a leitura constitucional que deve prevalecer do art. 927 é a de que não se dispensou a atividade interpretativa do julgador, muito menos a oportunização do efetivo contraditório, com o propósito de garantir às partes o direito de demonstrar as especificidades de seu caso concreto <sup>442</sup>.

Importante crítica em face dos propósitos anunciados das técnicas de tutela plurindividual vem posta por José Rogério Cruz e Tucci, cujo entendimento é de que o escopo de celeridade deve servir às partes e não ao Estado. Além disso, considera grave a vinculação da decisão proferida em casos repetitivos em razão da ausência da possibilidade de participação e influência das partes litigantes dos demais recursos no julgamento daquele tomado como representativo de controvérsia: “a um processo civil construído sobre alicerces democráticos repugna a ideia de produção de efeitos contrários ao direito subjetivo de alguém, que sequer teve oportunidade de participar do processo”. (TUCCI, 2015).

Por outro lado, Ronaldo Cramer e Luiz Henrique Volpe de Camargo afirmam que ao analisar o histórico do processo legislativo do Projeto do CPC de 2015 constata-se claramente a intenção das proposições com o fim de estabelecer uma norma que dispusesse sobre precedentes vinculantes, “isto é, que subordinam a atividade jurisdicional”. As polêmicas doutrinárias recaem, basicamente, nas hipóteses de vinculação que estão *fora* do estabelecido pela CRFB (súmula vinculante e os julgados proferidos no controle abstrato de constitucionalidade) <sup>443</sup>.

Os autores defendem a constitucionalidade dos precedentes obrigatórios, lembrando de que a necessidade de previsão constitucional da vinculação da súmula vinculante e da decisão do controle concentrado de constitucionalidade deu-se em virtude de projetar efeitos também para a administração pública direta e indireta, ou seja, inclui o Poder Executivo, em todas as

---

<sup>442</sup> Para o Marcos de Araújo Cavalcanti a leitura constitucionalmente correta seria: “[...] quando o NCPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculante, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas integridade e a coerência da jurisprudência.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2016, p. 345).

<sup>443</sup> CRAMER, Ronaldo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os precedentes vinculantes no CPC.2015: a interpretação do art. 927. In: *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. DANTAS, Bruno et al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 485-495.

esferas, federal, estadual e municipal, logo, por tocar na separação de poderes, somente seria possível via previsão constitucional <sup>444</sup>.

Em resumo, as correntes existentes sobre o art. 927 formam o seguinte quadro<sup>445</sup>: a) aqueles que sustentam que o artigo contém um rol de precedentes vinculantes; b) aqueles que sustentam que o artigo não estabelece nenhum precedente vinculante, estando a vinculação disposta no art. 988, que contempla as hipóteses de cabimento da reclamação; c) aqueles que entendem que o artigo “não tem finalidade de dar força vinculante aos precedentes ali listados, mas apenas estabelecer que os juízes e tribunais levem em conta tais precedentes em suas decisões”; d) aqueles que afirmam que se o artigo for entendido como sendo um rol de precedentes vinculantes abarcaria norma inconstitucional e e) aqueles que defendem que apenas as decisões proferidas pelos tribunais superiores (compreendidos como cortes supremas) podem emitir precedentes, nesse sentido toda e qualquer decisão proferida por essas cortes supremas, (não só as arroladas no art. 927) seriam precedentes vinculantes.

Não obstante o debate quanto à constitucionalidade da vinculação vertical das decisões produzidas no rol do art. 927 –, cujas polêmicas poderiam ser parcialmente evitadas se tivesse surgido via discussão no parlamento, por meio de emenda constitucional, tal qual se deu na criação da Súmula Vinculante (art. 103-A da CRFB) – o fato é que ela se mostra essencial no sistema do CPC de 2015. Isso tanto para manter a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (art. 926) quanto para justificar o afastamento da participação individual do titular do direito material envolvido, quando se classifica aquela demanda como serial. De outra banda, não se tem notícia de solução processual que abarque o máximo contraditório e a máxima duração razoável do processo, ao mesmo tempo.

---

<sup>444</sup> CRAMER, Ronaldo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, 2017, p. 485-495.

<sup>445</sup> Ibid., p. 485-495.



## 5 APROXIMAÇÃO ENTRE O PROCESSO COLETIVO E AS TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

### 5.1 Nichos da tutela jurisdicional coletiva e plurindividual

Embora o processo coletivo e as técnicas de tutela plurindividual possuam objetivos diversos, no sistema processual civil brasileiro terminam por se inter-relacionarem. Em primeiro lugar, porque em muitos conflitos coletivos, em princípio, a solução jurídica tanto poderá vir por meio do ajuizamento de uma ação coletiva quanto pela instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. E também porque as técnicas de julgamento de casos repetitivos tencionam à formação de um precedente de aplicação obrigatória a ações individuais e coletivas que guardem idêntica controvérsia com a questão de direito resolvida.

Humberto Theodoro Júnior aponta como diferença básica entre a ação coletiva e o IRDR o fato de que “naquela os litígios cumulados são solucionados simultaneamente, enquanto no incidente apenas se delibera, em Tribunal sobre idêntica questão de direito presente em várias ações, as quais continuam a se desenvolver com independência entre si”<sup>446</sup>. A lógica é a mesma para os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

No entanto, existem conflitos em que fica bastante clara a fronteira entre o campo de incidência da tutela jurisdicional coletiva e o campo de incidência da tutela plurindividual. Entendemos que todas as situações de crise que envolvam o esclarecimento de uma dada forma de interpretação ou aplicação de uma norma jurídica *in abstracto* será melhor resolvida pelo processo objetivo dos casos repetitivos, do que pela propositura de uma ação coletiva, pois o direito deve ter a mesma compreensão, o mesmo significado para todos, independentemente dos interessados serem associados de um sindicato ou residirem no espaço geográfico de um município.

Essa é a razão pela qual, em se tratando de questões homogêneas exclusivamente de direito e de espectro nacional, o IRDR só atingirá o escopo de garantir isonomia e segurança jurídica se a tese delineada for confirmada ou rechaçada por Tribunal Superior, via recurso extraordinário ou especial e posteriormente aplicada em todo país (art. 987, § 2º, CPC de

---

<sup>446</sup> THEODORO JR, Humberto, 2016, p. 426.

2015) – caso contrário, o problema da possível dispersão jurisprudencial persistirá nos estados e regiões nos quais não tenha havido a instauração de incidente próprio.<sup>447</sup>

Para garantia da integridade do ordenamento jurídico e respeito ao princípio da isonomia, não seria razoável o ajuizamento de uma ação coletiva para se definir, p.ex., o conceito de *família* na atualidade, para estabelecer o alcance de sua proteção nos termos do prescrito na CRFB, art. 226 e parágrafos.

Em outro extremo, seria pouco útil à solução de conflito que envolvesse a necessidade do implemento de uma dada prestação positiva reiteradamente negada pelo Estado, a busca da definição de uma tese jurídica que simplesmente afirmasse a existência do dever de prestar. Isto em porque beneficiaria apenas quem tivesse ação ajuizada ou viesse a propô-la no futuro, não contribuindo para o desenlace do problema global daquela coletividade.

De qualquer maneira, há de se observar que para a instauração do IRDR ou afetação de Recurso Repetitivo é necessário que os conflitos de massa já estejam judicializados, caso contrário, havendo poucos processos em curso, mas tratando de questão de direito relevante, com importante repercussão social, será cabível a instauração do incidente de assunção de competência e não as técnicas de resolução de casos repetitivos. Portanto, nessa hipótese, a comparação mais adequada não seria entre ação coletiva e técnicas de agregação de julgamento individual, mas entre ação coletiva e o IAC.

O divisor de águas inicial entre os nichos apropriados da tutela jurisdicional coletiva e plurindividual é a própria legislação. Com efeito, dispõe a LACP (Lei nº. 7.347/1985, incluída pela MP nº. 2.180-35, de 2001), art. 1º, parágrafo único, que não cabe ação civil pública para discutir pretensões que tratem de tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

---

<sup>447</sup> Em análise crítica do regime recursal disciplinado no CPC de 2015 para o IRDR, Andre Vasconcelos Roque anota que “[...] é paradoxal que, para fins de ampliar a abrangência do julgamento do IRDR para todo o território nacional, potencializado a tutela da isonomia e da segurança jurídica, o legislador tenha confiado exclusivamente na conduta dos sujeitos do incidente, acreditando que será interposto o recurso para os tribunais superiores. Ao estabelecer um singular regime jurídico para o recurso especial e extraordinário, o CPC 2015 criou inúmeras dificuldades que deverão ser enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência, em especial quanto à correta delimitação do interesse recursal e dos legitimados para interpor recurso contra o julgamento do IRDR. Talvez fosse melhor que, de forma mais coerente com a sua premissa (acertada) de que o incidente se reveste de interesse público, o CPC 2015 tivesse regulado alguma espécie de remessa necessária do julgamento do tribunal de segundo tribunal para os tribunais superiores.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. al.*, 2017, p. 893).

Tal restrição por matéria não atinge o julgamento de casos repetitivos, assim o Poder Judiciário pode uniformizar o entendimento sobre toda questão jurídica de direito tributário ou relativo ao FGTS e a tese formada será aplicada a todas as ações em curso.

Por outro lado, enquanto a tutela plurindividual alcança apenas questão predominantemente de direito, a ação coletiva tanto pode veicular controvérsia fática e que demande instrução probatória quanto exclusivamente de direito. Aliás, a propositura de ação coletiva é o meio judicial apropriado quando se pretende a produção de prova em questões científicas difíceis, como o dano ambiental ou a obsolescência programada de uma gama de produtos eletrônicos, situações nas quais a prova pericial é complexa e muito custosa para ser realizada ou arcada de forma individual.

Retomando as conclusões de Marc Galanter na pesquisa feita em *Why the “haves” come out ahead?*<sup>448</sup>, a ação coletiva representa a forma processual de se equilibrar as forças entre os litigantes eventuais, normalmente indivíduos pouco afeitos à burocracia do sistema judicial e os litigantes habituais, dotados de recursos econômicos, experiência com as reiteradas demandas e maior proximidade das esferas de poder, legislativa e judiciária.

Também dá voz às populações vulneráveis e às situações jurídicas de crise envolvendo o enfrentamento de grandes corporações ou do próprio Estado, na medida que a demanda molecularizada detém um peso político de pressão mais contundente do que aquele havido quando do ajuizamento de um sem-número de ações individuais repetitivas que terminam pulverizadas numa massa amorfa de interesses, subdimensionando-se o tamanho real do problema.

A fixação de uma tese jurídica em casos repetitivos é importante, uma vez que garante confiança e segurança jurídica às relações sociais pela definição da correta interpretação e aplicação do direito<sup>449</sup>, mas não tem a capacidade de provocar alterações imediatas na realidade, ao contrário da condenação em ação coletiva fixando uma obrigação de obstar e reparar o dano, com meios processuais – entre eles, as medidas coercitivas (art. 139, IV, CPC de 2015) –, de se exigir o cumprimento dessa sentença genérica.

---

<sup>448</sup> Tradução livre: “Por que os que têm saem na frente?” GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead*, The classic essay and new observations. New Orleans, Louisiana: Quid pro books, 2014 (originalmente publicado em 1974 por *Law & Society Review*, n.º. 1, v.9), e-book Kindle, não paginado. Localização: *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*. VI. STRATEGIES FOR REFORM. D. Reorganization of Parties. Tradução livre: “Por que os que têm saem na frente?: especulações sobre os limites das mudanças no direito. VI. Estratégias para reforma. D. Reorganização das Partes”.

<sup>449</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, 2003, p. 257.

Sem embargo de todos os percalços enfrentados na liquidação e execução individual do julgado coletivo, o ordenamento jurídico confere aos legitimados extraordinários a prerrogativa de exigir ao menos o adimplemento de eventual obrigação de fazer ou não fazer para todos os substituídos<sup>450</sup> (ainda que eventual apuração da reparação econômica individual dependa de iniciativa dos titulares do direito material).

Isso, por si só, já confere à ação coletiva um *status* de instrumento processual poderoso de transformação social, pois alcança todos aqueles atingidos pelo conflito, até mesmo pessoas que nem sequer sabiam que havia um direito e que este fora violado.

Por essas diferenças bem marcadas, não nos parece correta a visão de que o processo coletivo sairia enfraquecido pela ampliação das técnicas de coletivização de julgamentos individuais na vigência do CPC de 2015 ou que seria uma tentativa de diminuir sua influência como meio processual mais apto a decidir controvérsias envolvendo direitos individuais homogêneos, terminando por favorecer os grandes litigantes *hipersuficientes*<sup>451</sup>.

Na experiência do manejo do microsistema coletivo, as limitações da ação coletiva decorrem mais das escolhas legislativas no estabelecimento do modelo brasileiro de processo coletivo do que da aparente concorrência com outras técnicas de resolução de conflitos seriais.

O regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum litis* (cuja extensão aos titulares do direito material somente se dá para beneficiar (art. 103, §§ 1º e 2º, CDC), nunca para desfavorecer) resolve as deficiências práticas e normativas decorrentes da ausência de uma forma de notificação eficaz aos interessados, da falta de previsão legal de uma rigorosa fase de certificação de que a pretensão pode ser defendida por meio de ação coletiva, bem como da não previsão legal do controle da representação adequada. Todavia, contribui para que as questões de massa permaneçam sem uma solução definitiva por permitir, que mesmo diante

---

<sup>450</sup> Isto porque aqui resta caracterizado o próprio dano coletivo, p.ex., o cumprimento de sentença coletiva que condena o réu na obrigação de se abster de cobrar tarifa bancária considerada abusiva de todos os clientes da instituição financeira ou de proceder a revisão de todos os benefícios previdenciários lesados por determinada conduta do INSS é o próprio conflito em larga escala, cuja questão comum permite a aglutinação em uma única ação coletiva. Contudo, cumprida a prestação coletiva imposta, a apuração individual de cobrança de diferenças de valores devidos em cada situação concreta dependerá, como visto, da iniciativa dos respectivos titulares do direito material, salvo na hipótese de eventual acordo quanto à forma de adimplemento em sede de liquidação do julgado.

<sup>451</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In: Processo Coletivo*. (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 623-640.

da improcedência do pedido no feito coletivo, possam os titulares do direito individual homogêneo ajuizar suas próprias ações singulares.

Também colabora para o movimento de propositura atomizado de demandas a inexistência de litispendência entre a ação coletiva e as ações individuais concomitantes (art. 104, CDC) ou qualquer espécie de prejudicialidade, além da ausência de previsão legal de suspensão destas últimas enquanto não julgada a primeira.

Do mesmo modo, a limitação territorial da eficácia subjetiva da coisa julgada no feito coletivo, prevista nos art. 16 da LACP, Lei nº. 7.347/1985 e 2º-A da Lei nº. 9.494/1997 incentiva, ou melhor, cria a necessidade de ajuizamentos múltiplos tanto de ações individuais quanto de feitos coletivos. Relembramos que havia 721<sup>452</sup> ações coletivas discutindo as perdas em aplicações financeiras advindas de planos econômicos.

Logo, o ideário de economia processual e racionalização do trabalho judicial por intermédio da propositura de uma única ação coletiva cuidando de direitos individuais homogêneos torna-se cada vez mais etéreo, além da constatação de que o microsistema de processo coletivo não foi planejado com a preocupação de impedir o crescente número de pretensões idênticas que se aportam no Poder Judiciário <sup>453</sup>.

## **5.2 Existência de superioridade técnica ou questão de adequação da tutela jurisdicional à espécie de situação jurídica conflituosa?**

Embora a coletivização de julgamento de ações individuais seja tema antigo na legislação processual brasileira, foi com o advento do CPC de 2015 que se acirraram as comparações com as ações coletivas e as discussões a respeito da melhor técnica para a resolução da litigiosidade repetitiva.

Marcos de Araújo Cavalcanti defende a prioridade do processo coletivo sobre o IRDR, entendendo que diante de uma situação envolvendo um conflito de massa passível de ser solucionado pelo ajuizamento de uma ação coletiva ou pela instauração do IRDR, deve o

---

<sup>452</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009.11.656669-stj-suspende-analise-de-acoes-individuais-sobre-perdas-da-poupanca.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>453</sup> ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As ações coletivas de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): análise comparativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 424, p. 287-315, jul./dez. de 2016, p. 293.

magistrado priorizar a propositura da primeira<sup>454</sup>. Assim, valendo-se do art. 139, X, do CPC de 2015, deparando-se com múltiplas demandas individuais repetitivas, deve oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e outros legitimados para verificarem a hipótese de ajuizamento de ação coletiva.

Justifica sua posição pelos seguintes argumentos: a ação coletiva previne a judicialização atomizada dos megaconflitos, é um instrumento importante de acesso à justiça, em especial nos danos de pequena monta e a coisa julgada coletiva favorável forma um título executivo judicial passível de ser executado individualmente, pela técnica do transporte *in utilibus*. Aponta como principais falhas do IRDR a possibilidade de engessamento da jurisprudência e a vinculação de casos futuros (inexistente no modelo de inspiração estrangeira), criando a necessidade de a legislação atualizar a jurisprudência e não o contrário<sup>455</sup>.

Como visto em capítulo próprio, no estágio atual do processo coletivo brasileiro, não é verdadeira a afirmação de que o ajuizamento de uma ação coletiva leva à prevenção de demandas pulverizadas. Essa era a expectativa dos operadores do direito, mas, na prática<sup>456</sup>, não houve uma significativa contenção da propositura de demandas seriais, o que levou, inclusive ao desenvolvimento das técnicas de tutela plurindividual.

Marcelo Abelha Rodrigues também considera a tutela coletiva, por ele denominada de *técnica coletiva de repercussão individual*, mais vantajosa em relação às técnicas de julgamento de casos repetitivos previstas no CPC de 2015. O autor faz críticas severas às técnicas de tutela plurindividual e conclui praticamente pelo fim do processo coletivo no que concerne à defesa dos direitos individuais homogêneos:

Pobre povo brasileiro. Num sistema jurídico como o brasileiro onde a democracia representativa é totalmente descolada da realidade, e o mandatário, que recebe do povo o seu poder soberano, é absolutamente descomprometido com ele (povo), é realmente de se esperar que o Direito seja construído quase sempre para servir como um instrumento de dominação por aquele que detém o poder. Enfim, quase sempre construído

---

<sup>454</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo, 2015, p. 621-622.

<sup>455</sup> Ibid., p. 613; 621.

<sup>456</sup> Essa é uma afirmação recorrente na doutrina, porém, na prática, em virtude de todas as dificuldades enfrentadas pelo processo coletivo, tanto se pulverizam ações coletivas idênticas, quanto individuais. Ver, p.ex.: “O processo coletivo previne a judicialização atomizada dos megaconflitos e prefere ao manejo massivo das demandas repetitivas” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2015, p. 417).

ou modificado, diga-se, para atender aos interesses daqueles que detém o poder político (no qual tem convívio íntimo com o poder econômico). A ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos era uma exceção a esta infeliz e deturpada regra. [...] O fenômeno de mortificação da ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos não é de hoje, mas talvez tenha enfim, lamentavelmente, terminado. (RODRIGUES, 2016, p. 637-638).

De todo modo, frustrada a expectativa inicial com o processo coletivo no trato dos direitos individuais homogêneos e sedimentada a conclusão de que o processo individual tradicional não atende as necessidades da sociedade de massas, a tendência encampada pelo CPC de 2015 foi o incremento de um *tertium genus*, ou seja, a tutela plurindividual:

[...] a qual sem imergir os sujeitos concernentes numa massa de interesses preordenada a uma resposta judicial *molecularizada* (na terminologia de Kazuo Watanabe), antes os considera em sua individualidade, buscando a emissão de enunciados paradigmáticos e/ou decisões-quadro, no afã de agilizar os trâmites, desafogar a sobrecarga do Judiciário e assegurar tratamento isonômico às pretensões isomórficas. (MANCUSO, 2014).

Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a escolha da técnica a ser utilizada se pautaria pela análise da estratégia por parte dos litigantes e da adequação ao conflito coletivo envolvido:

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e os litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão. Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, § 1º, 998, parágrafo único, e 1.040, § 1º, do CPC/2015 (...), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983 do CPC/2015 (...)), suscitação do incidente, escolha do caso de que o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais. De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016).

No entanto, na hipótese de haver sobreposição entre o objeto da ação coletiva e do IRDR seria preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, “por ser a técnica mais adequada,

já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo”. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016).

Defendem que seria possível, até mesmo, criar um fato impeditivo da instauração do IRDR: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal. E mais, entendem que “a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido em outro lugar e sufragado pelo STJ” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2016), numa clara referência ao REsp. nº. 1.110.549/RS, primeira experiência de integração entre o microsistema do processo coletivo e os Recursos Repetitivos (Lei nº. 11.672/2008).

Os autores também sugerem que, na hipótese dos objetos da ação coletiva e do incidente de julgamento de casos repetitivos forem distintos (questão processual), havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deveria ser escolhida como causa representativa da controvérsia, consoante o art. 1036, § 6º do CPC de 2015<sup>457</sup>.

Entendemos que não seria o caso de impedir a instauração de IRDR, haja vista a existência de ações coletivas concomitantes às ações individuais múltiplas porque embora possam trazer para os litigantes resultados semelhantes, possuem escopos bastante distintos e que ultrapassam o interesse das partes, no caso do processo objetivo de solução de casos repetitivos. Com efeito, na tutela plurindividual o interesse principal é dar um norte à aplicação do direito em um certo sentido, conferindo tranquilidade ao corpo social pelo restabelecimento da isonomia e da segurança jurídica.

Evidentemente, as partes terminam por se beneficiar da tese jurídica acordada e que vinculará a sorte de seu processo, contudo, tais técnicas não foram projetadas para a facilitação de acesso à justiça dos titulares do direito material, mas sim como instrumento de gestão da litigância serial e meio disponibilizado ao Poder Judiciário para acelerar os julgamentos de questões homogêneas.

---

<sup>457</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016, versão digital. Os autores denominam de “processo coletivo” tanto as ações coletivas quanto as técnicas de julgamento de casos repetitivos.

Contudo, concordamos que os feitos coletivos deveriam ser pesquisados pelo Tribunal e eleitos como o caso-modelo<sup>458</sup> (até porque pode ser selecionada mais de uma ação individual ou coletiva sobre a mesma controvérsia exclusivamente de direito), na busca de uma argumentação mais ampla e rica da matéria. Além disso, conferiria ao incidente uma maior legitimação<sup>459</sup> política e social, em virtude de ser conduzido pelo Ministério Público, por uma associação, pelo sindicato de uma dada categoria profissional, pela Defensoria Pública, por demais entes públicos – o que atrairia, ao menos em tese, uma maior representatividade, ao contrário do incidente suscitado por um único autor titular de ação individual.

Pelo que foi estudado ao longo da dissertação, conclui-se que não se trata do *encerramento das atividades* do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos no Brasil, mas, de fato, de uma questão de *adequação e estratégia* dos litigantes e do próprio Poder Judiciário sobre qual caminho processual deverá ser percorrido naquela zona gris na qual pode haver coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e de uma técnica de julgamento de casos repetitivos.

Em tese, as técnicas se complementam<sup>460</sup> e, se forem bem compreendidas por todos os operadores, poderão trazer uma maior racionalização da prestação jurisdicional – ainda que tenhamos muitas dúvidas sobre a real capacidade quanto à redução da litigiosidade repetitiva, por se entender que muitas de suas causas extrapolam os limites do processo e, nesse sentido, seria uma ilusão acreditar que o ajuizamento em massa se resolveria pelo rearranjo de técnicas processuais.

Além disso, a comparação entre a ação coletiva e o IRDR não pode se restringir ao campo teórico, pois muito dependerá da situação concreta em análise. Se já existe multiplicidade de ações individuais discutindo questão idêntica de direito, com decisões contraditórias, já está ocorrendo a quebra da isonomia e da segurança jurídica.

---

<sup>458</sup> Nesse sentido é o enunciado 615 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1036, especialmente do respectivo § 6º.” (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência).

<sup>459</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p.201-223, maio 2014, versão digital.

<sup>460</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações coletivas e incidente de solução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In: Processo Coletivo*. ZANETI JR., Hermes (Coord.). (Coleção Repercussões do Novo CPC). Salvador: Juspodvm, 2016, p. 566.

Logo, ainda que se vislumbre que, em *tese*, aquela matéria poderia ser melhor discutida por meio de uma ação coletiva, já terá passado o momento *ótimo* para sua propositura, porque não é razoável supor que os indivíduos aceitarão suspender seus feitos em curso para aguardar o magistrado (perante o qual se requer a instauração do incidente) determinar a providência prevista no art. 139, X do CPC de 2015, esperando que um dos legitimados extraordinários entenda aquele tema como apto a ser defendido por uma ação coletiva e, enfim a ajuíze <sup>461</sup>.

Nessa hipótese, exatamente por uma questão de adequação, já não é mais possível falar em preferência da ação coletiva porque ela não será mais útil à solução do conflito coletivo pensado em sua totalidade, isto é, tanto sob a ótica da gestão de processos quanto da integridade do direito objetivo, quanto da urgência daqueles que já ajuizaram suas respectivas ações individuais.

### **5.3 O alcance e a estabilidade da decisão: entre a coisa julgada *secundum eventum litis* e o precedente vinculante**

Seguindo na premissa de que a litigiosidade repetitiva é representada em grande parte pelos direitos e interesses individuais homogêneos fragmentados em múltiplos feitos individuais, é relevante estudar as semelhanças e diferenças quanto aos limites subjetivos e objetivos das tutelas coletiva e plurindividual e sua estabilidade.

Ambas as técnicas de tratamento da litigiosidade serial tencionam à pacificação social do conflito coletivo, contudo, enquanto a ação coletiva atinge esse objetivo pela formação da coisa julgada *erga omnes*, ao menos na hipótese de procedência dos pedidos – *secundum eventum litis* –, as técnicas de julgamento de casos repetitivos encerram a crise de certeza sobre o direito objetivo pela prolação de uma decisão qualificada pelo código como de observância obrigatória por todos os juízes e tribunais – o precedente vinculante (art.927, III, CPC de 2015).

---

<sup>461</sup> Eduardo Talamini sugere que a preocupação do legislador é “com possíveis direitos coletivos ou difusos – subjacentes aos direitos individuais homogêneos – que não seriam propriamente tutelados pelo IRDR.” (TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. *In: Processo Coletivo*. (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodvm, 2016, p. 129).

O art.927 dialoga diretamente com o art.926 do CPC de 2015, que estabelece como dever dos tribunais a uniformização de sua jurisprudência, além de mantê-la estável, íntegra e coerente. Assim, pode-se afirmar que o legislador deseja que, a partir do momento em que essa decisão colegiada solucionando casos repetitivos for proferida, deverá permanecer no ordenamento jurídico por um período razoável, leia-se, enquanto permanecerem válidos os fundamentos determinantes da tese jurídica definida.

Em consequência, somente é aceitável a mudança de entendimento em situações excepcionalíssimas e justificadas por relevantes alterações sociais, políticas, culturais, econômicas, legislativas, enfim. Isso significa que a técnica de julgamento de casos repetitivos é voltada para o proferimento de uma decisão dotada de *estabilidade*.

Como referido no item 4.3.2, o instituto processual da coisa julgada existe por uma questão pragmática: garantir estabilidade à tutela jurisdicional prestada pelo Estado, dizendo às partes que em dado momento o conflito será encerrado, talvez não na experiência vivida, mas institucionalmente, ou seja, perante o Estado o conflito terá uma resposta que terá a garantia de ser perene, salvo nas situações excepcionadas pelo próprio Direito (ação rescisória, revisão criminal) <sup>462</sup>.

Logo, *estabilidade é um traço comum a ambas as técnicas*, cujo conceito se envereda para a segurança jurídica e para a proteção da confiança.

Conforme esclarece J.J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica está relacionada com os elementos objetivos da ordem jurídica: garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Já a proteção da confiança correlaciona-se com os componentes subjetivos da segurança, em especial, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos quanto aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos – legislativo, executivo e judicial. Ambos demandam dos atos de poder: “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos” <sup>463</sup>.

A diferença básica entre a estabilidade conferida pela coisa julgada *secundum eventum litis* e aquela almejada pela fixação da tese jurídica é que a primeira recai sobre uma situação concreta ocorrida no *passado*, enquanto a segunda, não obstante dar a direção para os juízes

---

<sup>462</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio, 2016, p. 275.

<sup>463</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, 2003, p. 257.

da causa decidirem os conflitos de massa em curso, visa a nortear a aplicação do direito objetivo para o *futuro*, ou seja, ambiciona as potenciais situações individuais de crise que nem sequer aconteceram.

Em relação ao efeito vinculante em uma e outra técnica, enquanto na ação coletiva a coisa julgada tonará indiscutível apenas o dispositivo da decisão de mérito transitada em julgado, nas técnicas de julgamento por amostragem de recursos excepcionais e no IRDR o efeito vinculante recairá tanto sobre a tese jurídica enunciada quanto sobre seus fundamentos determinantes, razão pela qual se entende não haver necessidade de identidade absoluta entre as causas para a aplicação de um precedente, sendo bastante para sua incidência que possam compartilhar dos mesmos fundamentos determinantes <sup>464</sup>.

A coisa julgada incidirá em um único processo coletivo que tratará de solucionar todas as questões homogêneas dos substituídos, desde de que favorável ao grupo – *secundum eventum litis*, mas não atingirá os titulares de ações individuais que não requereram a suspensão de seus processos. A tese jurídica fixada em IRDR e Recursos Repetitivos será aplicada a todos os feitos pendentes (individuais e coletivos) e futuros, salvo na hipótese de distinção ou de superação. Contudo, a coisa julgada será formada paulatinamente em cada processo e sua eficácia subjetiva dependerá se as ações pendentes são individuais ou coletivas <sup>465</sup>.

Quanto ao modo de desconstituição da decisão transitada em julgado na ação coletiva, em tese, as possibilidades são as seguintes: I - a propositura de *ação rescisória* se presente uma ou mais das situações previstas no 966 do CPC de 2015; II – na hipótese de condenação em obrigação de fazer, não fazer ou pagar quantia certa, pela apresentação de *impugnação ao cumprimento de sentença em razão da inexigibilidade do título executivo judicial*, fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional ou constitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação tida pela Corte como incompatível com a CRFB, com eficácia rescisória na mesma relação jurídica processual se a decisão paradigma do Supremo for *anterior* ao trânsito em julgado da decisão coletiva exequenda (art. 525, § 14 ou art. 535, § 7º); III – a propositura de *ação rescisória* por inconstitucionalidade *superveniente*, ou seja, se a decisão paradigma do STF surgir após o trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525,

---

<sup>464</sup> Enunciado nº. 59 da I Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF).

<sup>465</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann, 2016, p. 565.

§ 15 ou art. 535, § 7º) e IV – por *querela nullitatis insanabilis*, diante de sentença inexistente<sup>466</sup>, seja por meio de ação declaratória de inexistência, seja via petição simples.

O ponto em comum em todas as hipóteses é que a coisa julgada material só pode ser desconstituída ou declarada inexistente diante de um *defeito*, por assim dizer, seja por encerrar decisão inconstitucional, seja por se estar diante de prova nova<sup>467</sup>, seja por violar manifestamente a norma, seja por ausência de citação etc.

Sendo o caso de ação rescisória<sup>468</sup>, possuem a legitimidade para seu ajuizamento, nos termos do art. 967 do CPC de 2015: quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular (*inter vivos* ou *causa mortis*); o terceiro juridicamente interessado - aquele que poderia, no feito subjacente, ter ingressado no processo como assistente (simples ou litisconsorcial - art.119 e ss do CPC de 2015) ou que poderia ter participado do processo original como litisconsórcio facultativo; o Ministério Público, nas causas em que deveria ter tido sua participação (art.178 do CPC de 2015) ou se a decisão objeto de rescisão decorrer de

---

<sup>466</sup> Em nosso entendimento, sentença inexistente é aquela proferida em ação na qual estejam ausentes os pressupostos processuais de existência: citação; procedimento, jurisdição e capacidade postulatória. Todos os demais possíveis defeitos gerarão, em consequência, sentenças “nulas” e que se não forem impugnadas a tempo e modo oportunos se convalidarão, serão eficazes e produzirão efeitos no mundo fenomênico. Fernando da Fonseca Gajardoni, discorrendo sobre a *querela nullitatis*, resume algumas posições doutrinárias: para Tereza Arruda Alvim Wambier, seriam as sentenças proferidas em processos inexistentes ou em virtude de não possuírem elementos (intrínsecos ou extrínsecos) essenciais à sua constituição. Poderiam ser veiculados a qualquer tempo, podendo ser reconhecidos de ofício pelo juiz em qualquer outro procedimento, p.ex.: sentenças com ausência de decisório; proferidas em processos instaurados por meio de uma ação faltando uma de suas condições; proferidas em feito em que tenha faltado pressuposto processual de existência – citação, petição inicial, jurisdição e capacidade postulatória; sentenças em que teria havido citação nula aliada à revelia; sentença em que não tenha sido citado um litisconsórcio necessário unitário; sentença que não contenha a assinatura do juiz ou que não esteja escrita. Para Roque Komatsu a sentença inexistente não precisa ser rescindida, pois não se convalida com *a res judicata*, p.ex., o processo em que tenha havido falta de procuração do advogado e inexistência de citação no processo. Para Vicente Greco Filho a sentença inexistente seria aquela proferida por quem não é magistrado ou proferida em feito em que não houve citação. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br.pesqfdrp.portal.professores.fernando.pdf.sentencas.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

<sup>467</sup> Em relação à ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, a ausência de prova não impede a improcedência do pedido e a formação de coisa julgada coletiva *erga omnes*, vinculando os demais entes intermediários para a propositura de outra ação coletiva tendo o mesmo objeto. Nesse sentido, ALVIM, Arruda, 2017, p. 1053.

<sup>468</sup> Na ação rescisória envolvendo a coisa julgada coletiva não se pretende impor nenhuma conduta à sociedade, mas apenas evitar o resultado de um processo anterior, que se pretende desconstituir. “Assim, o legitimado coletivo figura nesses processos em defesa do título executivo, não em defesa dos direitos materiais dos ausentes”, daí não ser a ação rescisória de decisão coletiva transitada em julgado exemplo de ação coletiva passiva, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, consoante entendimento de VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, ano 43, p. 297-335, abr. 2018, p. 308.

simulação ou de conluio e, finalmente, aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção <sup>469</sup>.

Quanto à revisão da tese jurídica estabelecida no julgamento de casos repetitivos, a premissa lógica, sob o ideário de estabilidade, integridade e coerência (art.926, CPC de 2015), é que tenha havido uma mudança substancial no substrato fático e normativo determinantes para a fixação da tese discutida <sup>470</sup>.

O Código não disciplina um procedimento próprio para a revisão e superação da tese. Sofia Temer entende que deve ser instaurado um *incidente-revisor* e que “todas as garantias estabelecidas para definição da tese devem ser seguidas para que haja novo juízo sobre sua permanência, notadamente os que dizem respeito à publicidade e participação dos envolvidos”, ainda que a provocação se dê pelo próprio órgão judicial prolator <sup>471</sup>. (TEMER, 2017, p. 271).

Conforme anteriormente posto, no IRDR, nos termos do art.987 do CPC de 2015, a revisão da tese é de competência do mesmo tribunal estadual ou regional, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art.977, III). Nos recursos extraordinários e especiais repetitivos, a legitimidade para revisar a tese é ainda mais estreita, somente dos próprios ministros integrantes dos tribunais superiores e do MPF no caso do STJ (RISTJ art.256-T, II).

As partes ficaram excluídas da possibilidade de provocar a revisão da tese certamente porque se imaginou que a controvérsia jurídica não teria um fim se fosse dada a todos o direito de pedir uma nova reapreciação do tema pelo Poder Judiciário. No entanto, entendemos ser uma falha do Código não prever que a provocação da revisão possa ser feita também pelos *amici curiae* que tenham sido admitidos no caso repetitivo originário, na medida em que ocupam a relevantíssima função de ampliar o contraditório e compensar as restrições à participação pessoal dos litigantes detentores dos demais processos suspensos.

---

<sup>469</sup> No âmbito da Lei nº. 12.529.2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) é obrigatória a intimação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica: “Art. 118 Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

<sup>470</sup> Enunciado nº. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

<sup>471</sup> TEMER, Sofia, 2017, p. 271.

## **5.4 Análise do manejo da tutela coletiva e plurindividual sob a ótica das possibilidades estratégicas dos litigantes e do Poder Judiciário:**

### 5.4.1 Do autor

Dentro da perspectiva dos frequentes autores das ações coletivas, se da resolução da questão de direito homogênea controversa decorrer a possibilidade de se exigir prestações positivas ou negativas *imediatas* do réu, sem dúvida, a ação coletiva é o meio processual mais interessante, até por poder ser proposta em caráter preventivo, o que não ocorre com as técnicas de tutela plurindividual.

O mesmo peso político de pressão que há na ação coletiva, durante a fase de conhecimento, existe na fase de execução e liquidação do julgado coletivo. Até por representarem instituições fortemente organizadas – Ministério Público, Defensoria Pública, grandes Associações e Sindicatos –, em tese, os entes intermediários possuem melhores condições técnicas de exigir o cumprimento da sentença coletiva contra grandes corporações, públicas e privadas, do que o indivíduo isolado.

E se o objeto da ação envolver a prestação de serviços públicos concedidos, permitidos ou autorizados, seria possível demandar em face da concessionária, permissionária ou autorizatória, bem como da própria agência reguladora e/ou do ente federado respectivo, em litisconsórcio passivo? O STJ já disse que não no REsp 1.068.944/PB, julgado pelo rito dos recursos repetitivos (art.543-C do CPC de 1973) em 22/10/2008. Segundo o raciocínio dos ministros, para que alguém possa ser litisconsorte é necessário que possa ser parte e para que tenha legitimidade de ser parte deve figurar como titular da relação de direito material – salvo na hipótese da lei autorizar a legitimidade extraordinária.

Na hipótese de prestação de serviços concedidos, em sentido amplo, a relação de direito material entre a concessionária e os usuários do serviço é diversa da relação de direito material existente entre a concessionária e o poder concedente, daí que uma ação coletiva movida em prol dos usuários em razão de uma má prestação no serviço, p.ex., não afeta diretamente a agência reguladora, em consequência, a sentença nem lhe beneficia nem lhe prejudica. No máximo, seria possível o seu ingresso como assistente simples, jamais como assistente litisconsorcial, logo, o Tribunal afastou a existência de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo entre as concessionárias e as agências reguladoras.

Deve-se ressaltar, contudo, que entre os fundamentos determinantes do acórdão estava o fato de não haver na petição inicial pedido algum em relação à agência reguladora, ou seja, nenhuma pretensão fora deduzida contra ela. A tese do autor coletivo pelo litisconsórcio necessário decorreria do poder normativo ou regulador do serviço exercido pela agência reguladora, o que foi afastado pelo STJ <sup>472</sup>.

Logo, partindo das conclusões do julgado, é possível afirmar que se houver na ação coletiva pedidos contra a concessionária por uma má prestação do serviço e contra o concedente (agência ou ente federado) por um ineficiente desempenho do poder normativo e fiscalizatório desse serviço, em tese, seria possível a inclusão de ambos no polo passivo, em litisconsórcio necessário simples, por envolver relações jurídicas de direito material plúrimas e cindíveis, porém conexas entre si (art. 113, II e 114 do CPC de 2015). Na hipótese de procedência dos pedidos, o ente público estaria logicamente vinculado à coisa julgada coletiva e essa, sem dúvida, é uma enorme vantagem para os substituídos.

De outra banda, o CPC de 2015, nos art. 985, § 2º e 1040, IV, dispõe que se a solução de casos repetitivos versarem sobre questão de direito relacionada à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, a tese jurídica fixada será comunicada “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”. Nesse caso, o ente público estaria vinculado ao precedente formado?

O tema é controverso. Por disposição constitucional, a administração pública direta e indireta, em todas as esferas da federação, está obrigada a observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º) e os enunciados de súmula vinculante (art. 103-A).

---

<sup>472</sup> REsp 1.068.944/PB, julgado em 22.10.2008. “[...] Não merece guarida, à toda evidência, a tese sustentada pela recorrente, segundo a qual a condição litisconsorte necessária decorre da competência (= poder) normativa ou reguladora dos serviços de telefonia e, especialmente, da estrutura tarifária correspondente. Para que essa afirmação pudesse ser verdadeira seria indispensável afirmar que o exercício do poder normativo ou controlador ou de polícia ou de concedente de serviços públicos, pelos entes estatais, transforma tais entes em partes em todas as relações de direito material estabelecidas pelos destinatários das normas por eles editadas, ou pelas entidades por eles fiscalizadas ou pelas empresas titulares de concessões ou autorizações por eles expedidas. Pensar assim significaria dizer, absurdamente, que as entidades estatais seriam partes nas relações jurídicas de direito material estabelecidas, por exemplo, entre concessionárias de serviços concedidos (v.g., energia elétrica) e seus usuários, entre instituições financeiras e seus clientes, entre instituições seguradoras e seus segurados, e assim por diante. O poder normativo ou regulador ou de polícia não determina, nem pode determinar, tal espécie de vinculação jurídica, razão pela qual não se pode imaginar possível a presença daqueles entes estatais como litisconsortes (sequer facultativos, quanto mais necessários) em demandas sobre tais relações jurídicas.”

Eduardo Cambi e Adriano Aranhã<sup>473</sup> defendem a vinculação da administração pública aos precedentes judiciais, não obstante a ausência de referência expressa no art. 927 do CPC de 2015. Consideram não haver uma afronta à separação de poderes, uma vez que este princípio (eles chamam de técnica) não seria um fim em si mesmo, mas um meio de se limitar o arbítrio no exercício do poder e conferir proteção aos direitos fundamentais. Em consequência, não poderia servir de argumento para justificar a violação de princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como os da segurança jurídica, igualdade e liberdade, atentando, em última análise, à eficácia dos direitos fundamentais.

Para os autores, a vinculação da administração pública aos precedentes judiciais seria uma exigência lógica do sistema jurídico brasileiro e mostraria respeito ao princípio fundamental da boa administração pública. Além disso, o não acatamento das decisões proferidas nos termos do art.927 do CPC de 2015 ofenderia o princípio constitucional da eficiência (art.37, *caput* da CRFB). Como solução, propõem que a administração pública, por meio de seus “órgãos diretivos competentes, analise, reconheça e determine a aplicação do precedente judicial vinculante no exercício das atividades administrativas”, tal qual já ocorre nas hipóteses de edição de súmulas administrativas<sup>474</sup>.

A vinculação da administração pública aos precedentes não deveria ocorrer somente no âmbito dos processos judiciais, ou seja, como norte para a atuação da advocacia pública, mas também como critério para a atuação cotidiana do administrador público em sua relação com o administrado<sup>475</sup>.

Embora não se aprofundem, é possível supor que os precedentes a que se referem sejam aqueles contidos no art.927, incisos III (IRDR e Recursos Repetitivos) e IV (Súmulas do STF e do STJ), pois as hipóteses contidas nos incisos I e II já estão na CRFB, enquanto o disposto no inciso V (orientação do plenário ou do órgão especial) é claramente voltado aos integrantes do Poder Judiciário.

---

<sup>473</sup> “Em síntese, o raciocínio firmado é o seguinte: (i) o administrador público deve interpretar e dar sentido à lei para aplica-la no exercício das duas atribuições cotidianas; (ii) o sentido conferido pelo administrador público está sujeito à sindicabilidade judicial, o que poderá acarretar na sua correção; (iii) a decisão judicial deve observar o sentido que foi atribuído à lei.Constituição pelo precedente judicial; (iv) assim, é lógico e razoável que o administrador público vincule-se, no exercício da sua atividade administrativa, diretamente ao sentido conferido à lei.Constituição pelo precedente judicial”. (CAMBI, Eduardo; ARANÃO, Adriano. Vinculação da administração pública aos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 359-377, maio 2018, versão digital).

<sup>474</sup> Ibid..

<sup>475</sup> Ibid..

A grande dificuldade é que praticamente tudo na vida da administração pública passa pela disciplina constitucional, logo, ainda que haja precedente advindo de IRDR e de recurso especial repetitivo, caso o administrador público discorde do conteúdo do precedente, é esperado (e legítimo porque o direito prevê essa possibilidade) que ele leve a questão de direito resolvida em sede regional ou estadual ou no âmbito do STJ para ser decidida em última análise pelo Supremo Tribunal Federal - a menos que essa corte rechace a existência de repercussão geral.

Sofia Temer, de modo diverso, entende que o art. 985, § 2º do CPC de 2015 (IRDR) deve ser lido na acepção de conferir à decisão-paradigma uma eficácia persuasiva em relação à conduta da administração pública direta e indireta, mas não percebe um efeito vinculativo direto em si, como o existente perante os órgãos do Poder Judiciário:

O significado do art. 985, § 2º, é diverso, portanto, do significado do art. 927. Enquanto este prevê a eficácia vinculativa, aquele dispõe de uma eficácia que não é compreendida como diretamente obrigatória, e, por isso, não prevê uma subordinação. Uma das consequências dessa diferenciação é que não caberá reclamação contra ato da administração pública que não observar tese fixada no IRDR. A Administração Pública apenas ficará vinculada nos limites dos conflitos subjetivos de que seja partícipe. (TEMER, 2017, p. 229).

Concordamos que há substancial diferença entre a eficácia vinculante proferida no IRDR e nos Recursos Repetitivos e aquela advinda da edição de uma súmula vinculante ou de uma decisão de ADC ou ADI, afinal a própria Constituição diz isso ao estabelecer textualmente quais espécies de pronunciamentos do Poder Judiciário vincularão a atuação direta da Administração Pública - Poder Executivo.

Não obstante a importância do respeito aos precedentes por todos (particulares e Estado) para a coerência e integridade do ordenamento jurídico, entende-se que devido ao limite constitucional da separação de poderes da República (art. 2º, CRFB)<sup>476</sup> não parece

---

<sup>476</sup> CRFB: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Na República, a distinção de “poderes” consta desde a Constituição de 1891: “Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” J.J. Gomes Canotilho informa que o “padrão básico subjacente às articulações organizatórias dos estados constitucionais democráticos é o padrão da divisão de poderes.” Nesse sentido, “<<Dividir>> ou <<separar>> poderes é uma questão atinente ao exercício de competências dos órgãos de soberania e não um problema de divisão do poder unitário do Estado. Nesse contexto se deve compreender também as ideias de *freios e contrapesos*, *checks and balances*, *separação e interdependência*.” A articulação entre os poderes e funções se

constitucional defender como idêntica a vinculação da Administração Pública e a dos órgãos integrantes do próprio Poder Judiciário, fora das hipóteses excepcionadas pela própria Constituição.

#### 5.4.2 Do réu

Com a ampliação das técnicas de tutela plurindividual, é possível afirmar que o réu (a defesa) recupera um *status* perdido no processo coletivo brasileiro, pois a estabilidade discutida no tópico anterior é, na verdade, parcial na tutela coletiva, uma vez que só é válida plenamente para o autor coletivo vencedor, jamais para o réu vencedor.

Para este, “mesmo em caso de vitória total, jamais tem uma tutela estável e, portanto, plena”<sup>477</sup>, haja vista que não basta demonstrar a improcedência do pedido no feito coletivo; deverá repetir todo o trabalho processual nas milhares de ações pulverizadas sobre o mesmo tema. A ele só é dada a proteção da garantia da coisa julgada individual, a coisa julgada coletiva não lhe serve de nada, a não ser, talvez, de elemento argumentativo para uma tentativa de persuasão<sup>478</sup>.

Com o IRDR, o réu, sagrando-se vencedor em ação coletiva cuja questão homogênea seja estritamente de direito, pode requerer a instauração do incidente para replicar a tese

dá em vários níveis: “(1) *nível funcional* com a distinção das funções fundamentais do poder político: legislação, aplicação, execução de normas, jurisdição; (2) *nível institucional* centrado nos órgãos do poder: parlamento, governo, administração, tribunais; (3) *nível sócio-estrutural*, onde o poder surge associado a grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades.” Atualmente, “o nível sócio-estrutural é reduzido a ideia de **povo eleitor** ou **povo legitimador**, ainda que se tenha noção de que povo é uma “grandeza pluralística”, isto é, “como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes.” (CANOTILHO, J.J. Gomes, 2003, p.75; p. 579).

<sup>477</sup> “Cabe à sociedade brasileira definir que funções prioritárias pretende atribuir ao processo coletivo: se apenas a de assegurar o acesso à Justiça sob uma perspectiva estritamente unilateral (do autor da demanda e dos beneficiários individuais, pois o réu, mesmo em caso de vitória total, jamais tem uma tutela estável e, portanto, plena) e a de dissuadir a prática do ilícito – eis os papéis atuais desempenhados pela ação coletiva no Brasil; ou se, além disso, pretende-se que a tutela coletiva propicie também economia processual e, mais do que isso, a isonomia, a previsibilidade e a segurança jurídica.” (TALAMINI, Eduardo, 2016, p.123).

<sup>478</sup> Sobre o efeito persuasivo e contra as críticas ao modelo de extensão *secundum eventum litis in utilibus*, Camilo Zufelato escreve: “Cabe ressaltar que a parte vencedora da ação coletiva, que poderá ser ré em ação individual indenizatória, em termos pragmáticos terá uma vantagem inicial considerável em relação aos lesados individuais, pois terá a seu favor uma importantíssima decisão, a qual, ainda que não tenha força vinculante máxima da *auctoritas rei iudicatae*, vale dizer, senão desprovida do efeito de propiciar a extinção do processo individual nos termos do art. 267, V, do CPC, constitui um precedente judicial difícilimo de ser superado pelo autor individual a fim de comprovar o dever de indenizar do réu” (ZUFELATO, Camilo, 2011, p. 436).

vencedora em seu favor, buscando o efeito vinculante do precedente proferido pelo tribunal estadual ou regional a ser aplicado a todos os feitos individuais em curso e futuros. Ou seja, pode obter, por meio da tutela plurindividual, a extensão do resultado aos processos atomizados que a tutela coletiva lhe nega.

Por outro lado, deve estar preparado para uma possível ampliação do objeto litigioso, até mesmo de ofício e até a data do julgamento – o que não é possível nas ações coletivas. Com efeito, nos termos do art. 319 do CPC de 2015, somente o autor poderá aditar ou alterar o pedido, respeitadas as seguintes regras: até a citação, independentemente de consentimento do réu; até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, assegurando-lhe o contraditório e a possibilidade de requerer prova suplementar. A partir do princípio dispositivo que rege a postulação inicial da prestação jurisdicional ao Poder Judiciário (art. 2º, CPC de 2015), não é permitido que o juiz da causa amplie o objeto litigioso da ação coletiva (art. 141, CPC de 2015).

Conforme referido no item 5.6 (não obstante as preocupações com a garantia do devido processo legal e a observância da manutenção do contraditório participativo) os tribunais têm aceitado, ou melhor, proposto de ofício a ampliação do objeto do julgamento do IRDR <sup>479</sup>.

Entendemos que a questão da ampliação do objeto está relacionada ao fato das técnicas de julgamento de casos repetitivos serem espécies de processos objetivos e transcenderem aos interesses subjetivos dos titulares do direito material. Em consequência, surgirão para as partes envolvidas novas questões processuais. Esta é uma delas: avaliar o risco de se propor um incidente e de seu objeto ser ampliado ou modificado pelo tribunal julgador.

Em relação à Fazenda Pública, grande litigante habitual e frequentemente ré em ações massificadas, Fábio Victor da Fonte Monnerat aponta que a instauração dos incidentes de julgamentos de casos repetitivos já apresenta como vantagem a suspensão dos processos que tratem da mesma matéria (art. 982 do CPC de 2015). A suspensão por si mesma permitiria à

---

<sup>479</sup> Cita-se o incidente de nº. 5026813-68.2016.4.04.0000, instaurado perante o TRF da 4ª Região, atualmente sobrestado pela posterior afetação do tema em discussão pelo STJ, em recurso especial repetitivo. O IRDR se refere a direito previdenciário, foi suscitado por um segurado, autor de ação individual e, após a delimitação do objeto para decidir sobre “se o adicional de 25% previsto no art. 45 da 8.213.91, destinado à aposentadoria por invalidez, pode ser estendido aos demais tipos de aposentadoria, em face do princípio da isonomia”, houve a proposta, pelo relator, de ampliar a tese jurídica a ser decidida a outros benefícios previdenciários e assistenciais sequer aventados pela parte suscitante.

Advocacia Pública uma melhor gestão das demandas repetitivas e lhe possibilitaria concentrar seus esforços na uniformização apresentada na defesa de sua tese no IRDR ou no REER <sup>480</sup>.

Por isso, entende que uma atuação estratégica da Advocacia Pública seria provocar a instauração de incidentes de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC de 2015). Caso favorável, a formação do precedente vinculante amplifica a escala de improcedência dos pedidos (regional ou nacional) e diminui o trabalho dos órgãos de execução das Procuradorias, haja vista os “cortes procedimentais proporcionados pela pré-existência dos pronunciamentos”, referindo-se à improcedência liminar do pedido (art. 332, II do CPC de 2015) <sup>481</sup>.

Caso o precedente estabelecido seja contrário à tese defendida pelo ente público, caberia às Procuradorias emitir orientações normativas a seus membros para que se abstivessem de litigar em tema já pacificado. O precedente também seria uma espécie de “referência normativa”, não só para a atuação processual, como também para as futuras práticas administrativas dos órgãos assessorados e representados pela Advocacia Pública, visando prevenir a litigiosidade <sup>482</sup>.

Partindo das premissas de que quem possui o conhecimento sobre as políticas públicas e quem sofrerá as consequências no direito material são os entes da administração direta e indireta, entende-se que as instaurações dos incidentes de casos repetitivos devem ser previamente discutidas com a respectiva pessoa jurídica de direito público, assessorada ou representada pelas inúmeras Procuradorias.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de recurso da parte vencedora no IRDR visando à extensão <sup>483</sup> da tese para todo o território nacional. Ou recurso de quem tenha processo cuja questão de direito seja idêntica, mas tenha sido ajuizado em outro estado ou região fora do âmbito territorial do IRDR, buscando aproveitar o efeito vinculante da tese

---

<sup>480</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Atuação estratégica da advocacia pública nos procedimentos de formação de pronunciamentos vinculantes. *Publicações da Escola da AGU: Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 79-94, out./dez. 2017, versão digital.

<sup>481</sup> Ibid..

<sup>482</sup> Ibid..

<sup>483</sup> TEMER, Sofia, 2017, p. 264.

favorável fixada <sup>484</sup>. Nesse caso, parte-se de outro conceito de interesse<sup>485</sup> e legitimidade<sup>486</sup> recursal, desvinculado da ideia de sucumbência ou de melhora da situação processual.

Júlia Lipiani, ao propor a reconstrução do conceito de interesse recursal, sugere como exemplo, o interesse do vencedor de uma ação em recorrer “para fazer valer um fundamento (de ação ou de defesa) que tenha suscitado e que tenha sido rejeitado ou não apreciado.” Embora não pretenda a alteração da conclusão do dispositivo, eventual acolhimento do “fundamento pretendido altera a *ratio decidendi* do precedente, e, portanto, a maneira como os casos futuros que se assemelhem serão decididos, o que pode ser mais vantajoso para o referido vencedor”. (LIPIANI, 2014).

Em matéria de litigância repetitiva, a autora cita a situação processual dos litigantes habituais, normalmente réus nas ações de massa. Esses litigantes sabem que enfrentam ações semelhantes, baseadas em idênticos fundamentos e têm ciência de que responderão por novas ações equivalentes no futuro, às quais será aplicado o precedente oriundo do julgamento do caso-paradigma.

Assim, podem ter interesse em incluir determinado fundamento<sup>487</sup> como *ratio decidendi* para a improcedência do pedido e a fixação da tese jurídica, *a priori* excluído do tribunal, mas que servirá como defesa em casos futuros parecidos, porém não idênticos. O inverso vale para as partes vencidas, pois, além do interesse recursal advindo da sucumbência,

---

<sup>484</sup> André Vasconcelos Roque, todavia, lembra da dificuldade em compatibilizar tal intento com as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais previstas pela Constituição: “[...] como o recorrente, nesse caso não impugna nada do acórdão proferido pelo tribunal de segundo grau porque concorda com a tese jurídica, não há dialeticidade possível e, a rigor, sequer se teria um recurso, mas um inusitado pedido de ampliação da abrangência do IRDR sem previsão legal e muito menos constitucional, travestido com o rótulo de recurso extraordinário ou especial.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al., 2017, p. 891).

<sup>485</sup> No que toca ao interesse recursal, seriam os critérios da sucumbência formal e material. A primeira ligada unicamente à comparação formal entre o que foi pedido e o que foi concedido pela sentença e a segunda desvinculada do prejuízo sofrido com a decisão proferida, mas ligada à perspectiva futura de se obter, com aquele recurso, algum proveito prático mais favorável. Conforme esclarece JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.133-137.

<sup>486</sup> Art. 996 do CPC de 2015: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual.” Exceção é o art. 138, § 3º do CPC de 2015 que dispõe “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

<sup>487</sup> Sobre a regra da impossibilidade de recorrer dos fundamentos da decisão: “se as razões de decidir não transitam em julgado, a parte poderá rediscuti-las em qualquer outro processo, não acarretando, portanto, qualquer interesse prático o fato de o juiz apesar de acolher o requerimento da parte, fazê-lo com outro argumento”. (JORGE, Flávio Cheim, p. 138).

podem, de modo subsidiário, recorrer da fundamentação, buscando que o tribunal adote razões menos gravosas, de modo a não fechar totalmente a possibilidade de discutir em ações futuras, pretensões semelhantes, mas não idênticas<sup>488</sup>.

Um caso concreto ilustra o problema posto. No início dos anos 2000, o INSS respondia a múltiplas ações individuais que requeriam a concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão. Essa prestação, juntamente com o salário-família, está prevista na CRFB, art. 201, IV, contudo, por força de alteração introduzida pela EC nº. 20/1998, está restrita aos dependentes dos segurados de *baixa-renda*.

Tais ações individuais pretendiam que a renda a ser considerada para análise do benefício fosse a do dependente e não do segurado, bem como fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 116<sup>489</sup> do Decreto nº. 3048/1999. O INSS, por sua vez, defendia que a renda a ser avaliada era a do segurado e por meio da análise do salário de contribuição - conceito legal previsto no art. 28 da Lei nº. 8.212/1991 -, além da constitucionalidade do artigo 116 atacado.

Após anos de discussões e milhares de processos sobre o tema, em 2009, o STF ao julgar o RE nº. 587.365<sup>490</sup>, pelo rito dos recursos extraordinários repetitivos (art. 543-B, CPC de 1973), fixou a seguinte tese jurídica: “Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição Federal, a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a

---

<sup>488</sup> LIPIANI, Júlia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 45-72, maio/ago. 2014, Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

<sup>489</sup> Decreto nº. 3048. “Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).” Esse valor tem sido anualmente atualizado por meio de portarias ministeriais e atualmente é de R\$ 1.319,18.

<sup>490</sup> RE nº. 587.365. EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20.1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I – Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II – Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20.1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários. III – Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048.1999 não padece do vício da inconstitucionalidade. IV - Recurso extraordinário conhecido e provido. Data do julgamento em 25.03.2009.

concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes”. Tal tese era a defendida pelo ente público, logo, ele se sagrou vencedor.

A questão mais específica sobre o que seria exatamente a renda, se o salário-de-contribuição ou ausência absoluta dela fez parte dos debates entre os ministros para se concluir de quem seria a baixa renda, mas não ficou claro se teria sido ou não um dos fundamentos determinantes do acórdão para a solução da controvérsia.

Após 2009, milhares de ações individuais continuaram sendo ajuizadas, agora com a seguinte questão de direito. Se o segurado estiver desempregado no momento da prisão, qual o critério para aferição da baixa-renda para a concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão, a ausência de renda ou o último salário-de-contribuição?

O STJ, por meio do julgamento do Recurso Repetitivo nº. 1.485.417/MS, em 2017, fixou a tese de que para a concessão do auxílio-reclusão, “o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição”. Nesse caso, a tese aprovada é oposta à do INSS, que continuava a defender o critério do salário de contribuição e não a ausência de renda.

Esse exemplo prático demonstra a hipótese de interesse recursal na reforma da fundamentação posta pelo tribunal como determinante para a prolação do resultado e, em consequência, da edição de uma tese que norteará os casos presentes e futuros. Isto porque o ente público teria total interesse em recorrer da decisão colegiada, visando a tornar indubitável que para qualquer fim e qualquer situação, caso se tratasse da análise do que seria a baixa renda para a concessão dessa espécie de benefício previdenciário, seria válido o critério do salário-de-contribuição.

Demonstra também a importância da inclusão, pelo tribunal competente, da argumentação mais abrangente possível sobre a questão de direito homogênea - seja para acolher, seja para refutar determinado entendimento jurídico, tendo em vista o risco de se perpetuarem os conflitos sociais, sob a forma de novas ações judiciais propostas nas brechas de fundamentações pouco claras ou muito concisas.

Independentemente desse interesse recursal, entendemos que, com a adoção do sistema de precedentes pelo legislador brasileiro, a grande questão é como convencer os tribunais superiores a se habituarem em escrever os acórdãos-paradigmas estruturando o raciocínio jurídico desenvolvido de uma forma mais técnica, lógica e objetiva, de modo que

fique bastante claro no acórdão o que foi *obiter dictum* e o que foi *ratio decidendi* para os julgadores.

A regra de que não é possível recorrer dos fundamentos da decisão é consequência lógica da opção do legislador brasileiro em estabelecer que somente o dispositivo da sentença fica acobertado pela coisa julgada e se coaduna com o processo de índole subjetiva. Contudo, é insuficiente para o processo objetivo que visa a estabelecer uma forma de gestão da litigância repetitiva pela formação de precedentes judiciais vinculantes, na medida em que a tese jurídica será revelada pelo conjunto dos fundamentos determinantes mais o enunciado publicado pelo tribunal.

Na hipótese de ser aceita pela jurisprudência essa modalidade de recurso excepcional (extraordinário e/ou especial), para a expansão dos efeitos da decisão do incidente isolado ou para inclusão de outros fundamentos, todos os autores e réus de ações individuais devem estar preparados para que os tribunais superiores confirmem ou afastem a tese, ou seja, poderá haver *reformatio in pejus*, ou essa categoria também é inadequada para o julgamento de processo objetivo? Não é o propósito da dissertação aprofundar tais indagações, mas elas surgirão como decorrência das estratégias processuais que naturalmente serão buscadas pelos litigantes.

#### 5.4.3 Do Poder Judiciário

Embora a doutrina<sup>491</sup> tema o uso estratégico do IRDR pela advocacia e pelos litigantes habituais para, p.ex., provocar a suspensão dos processos repetitivos e postergar o adimplemento de obrigações, pensamos que as técnicas de tutela plurindividual favoreçam primordialmente o serviço judiciário, em mais de um sentido.

De início, possibilita uma atuação processual de protagonismo judicial até então inexistente no processo civil. Sabe-se que há a defesa de um processo coletivo voltado à solução de conflitos de interesse público, no qual se exigiria uma postura muito mais ativa do

---

<sup>491</sup> NUNES, Dierle et. al. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: *Panorama atual do novo CPC 2*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.) Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 122.

juiz da causa, contudo, ainda assim, quem determina quando, em face de quem e qual o objeto da demanda coletiva são os legitimados ativos e não o Poder Judiciário<sup>492</sup>.

Na tutela plurindividual, ao contrário, como se trata de processo de feição fortemente objetiva, além de o Judiciário ter a atribuição de afetar a matéria unicamente de direito material ou processual que considera atender aos requisitos legais para se disparar o rito dos recursos repetitivos, no IRDR, mesmo quando não seja o proponente do incidente, possui o poder de ampliar seu objeto até a data do julgamento – atendido, espera-se, o devido processo legal participativo.

Essa ampliação do objeto também pode ocorrer no recurso especial e extraordinário repetitivo e, inclusive, na análise da repercussão geral, ou seja, o objeto de julgamento da tese jurídica submetida ao sistema de repetitivos e à repercussão geral pode ser mais ampla do que aquilo inicialmente pretendido pelos recorrentes, exatamente pela dessubjetivação das técnicas.

Como manifestação do princípio dispositivo, enquanto é possível pensar na desistência<sup>493</sup> da ação coletiva pelo ente intermediário – ainda que com as cautelas que tal ato requer –, no caso da tutela plurindividual, a desistência do recurso especial ou extraordinário interposto ou do IRDR instaurado é irrelevante para a tramitação do incidente ou do julgamento do recurso repetitivo e o Poder Judiciário pacificará a questão de direito controvertida ainda que contra a vontade de quem, inicialmente, suscitou o incidente ou interpôs o recurso afetado como paradigma. Essa é uma grande vantagem estratégica para a gestão de processos.

---

<sup>492</sup> Sobre esse processo coletivo e um papel mais ativo do julgador, ver SALLES, Carlos Alberto. O processo para solução de conflitos de interesse público. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 222: “[...] pode-se afirmar que o Judiciário conheceu uma expansão de suas atribuições, passando a resolver questões de âmbito público, no cumprimento (de) um papel antes relacionado a outros centros decisórios existentes na sociedade. Mais do que isso, a atividade jurisdicional passou a ser, em certas circunstâncias, a única instância de decisão social capaz de dar uma resposta condizente aos objetivos sociais que, por características estruturais, não obtém um adequado tratamento pelo mercado ou pelo processo político”.

<sup>493</sup> Desistência da ação coletiva não implica disposição do direito material. Pela possibilidade de desistência, inclusive pelo Ministério Público cita-se Ricardo de Barros Leonel: “O princípio da obrigatoriedade significa que, identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o *Parquet* furtar-se ao ajuizamento da ação. Não implica, todavia: o aforamento da demanda em toda e qualquer hipótese; a inviabilidade de desistência da ação proposta; ou que esteja a Instituição sempre obrigada a assumir a ação aforada por outro legitimado que venha a abandoná-la ou dela desistir. Daí a possibilidade de desistência da ação pelo Ministério Público, desde que de forma fundamentada.” (LEONEL, Ricardo de Barros, 2017, p. 458).

Embora o CPC de 2015 tenha feito uma opção por um modelo de tutela plurindividual repressivo, na acepção de ser exigida a multiplicidade de feitos idênticos em curso para a afetação do recurso repetitivo ou instauração do IRDR, é certo que não existe um número mínimo fixado pela lei para se dizer se está ou não diante de efetiva repetição da mesma questão predominantemente de direito.

Se por uma ótica esse conceito jurídico indeterminado é necessário para que haja, caso a caso, a correta aferição de quanto o número de ações propostas representa no conjunto dos potenciais titulares interessados, de outra banda, permite pela subjetividade da análise, o uso preventivo das técnicas de coletivização de julgamentos individuais.

A crítica que se põe ao uso preventivo do IRDR, mas que pode ser projetada para os recursos repetitivos é que, primeiro, é *contra legem* e, segundo, para a formação da tese jurídica é importante a análise da questão sob todos os pontos de vista e isso inclui o maior número possível de argumentos que somente são obtidos com um certo tempo, pelo amadurecimento dos entendimentos jurídicos e demonstrações práticas das possíveis consequências, o que só acontece quando existe um número razoável de ações propostas e decisões contraditórias, demonstrando a necessidade de uma padronização sobre o tema <sup>494</sup>.

Isso ocasionaria o uso meramente utilitário<sup>495</sup> do processo, como técnica de gerenciamento dos problemas quantitativos dos tribunais e não mais como instrumento de definição e realização do direito<sup>496</sup>, pela materialização dos ideais de justiça e paz social. Ou seja, há sério risco de uma inversão de valores no processo, que deixaria de servir aos jurisdicionados para servir ao aparato burocrático-judiciário - uma demonstração do uso deletério do processo civil.

Além disso, é inegável a concentração de poder nos tribunais, que poderão impor a sua visão de mundo sobre o direito controvertido antes mesmo das partes se darem conta de que possuem, hipoteticamente, uma questão jurídica apta a gerar insegurança jurídica e iniquidade se não for resolvida pelo processo objetivo da tutela plurindividual. Essa situação é mais

---

<sup>494</sup> NUNES, Dierle et. al., 2017, p. 133. Os autores noticiam o uso do IRDR com a finalidade somente de gestão de casos, em caráter preventivo, p.ex., no incidente TJ/RJ, Órgão Especial, IRDR nº. 00232059720168190000, Rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, j. 16.05.2016.

<sup>495</sup> Ibid., p. 134.

<sup>496</sup> LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. *In Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Adroaldo Furtado Fabricio et. al. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251; 257.

complicada no recurso extraordinário isolado e a aparente vinculação de seus efeitos no CPC de 2015, dada pela Lei nº. 13.256/2016, já que nessa hipótese legal é despicienda a multiplicidade de demandas idênticas.

## CONCLUSÃO

A litigiosidade repetitiva é um fenômeno complexo cujas causas necessitam ser permanentemente estudadas para que se possa compreender a dinâmica entre as razões de sua produção, a concepção ideológica das técnicas processuais eleitas para o seu enfrentamento, em determinado contexto histórico, e as eventuais limitações do processo.

Disputas que atingem de forma idêntica a diversos sujeitos e que são passíveis de serem traduzidas em conflitos jurídicos existem desde sempre, todavia, a litigiosidade repetitiva, que se tornou um problema para a administração da prestação jurisdicional, em diversas partes do mundo, é decorrência do advento da sociedade de massas ou de consumo.

A expansão do consumo massificado se deu bem antes da globalização, pela crescente aspiração por produtos e serviços públicos e privados, decorrentes de uma gama de direitos sociais e econômicos ampliados no pós-segunda guerra mundial nos países desenvolvidos, que viveram o florescimento do Estado de Bem-Estar Social e, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988 e a formalização tardia desses direitos. Contudo, ao mesmo tempo em que novos direitos são garantidos, surge a percepção de que os Estados são incapazes de implantarem e manterem tais comodidades na vida das populações.

Em consequência, a busca por soluções de conflitos que se repetiam, cada vez em maior escala e não encontravam resposta no mercado ou no Estado-administração, terminou redirecionada ao Poder Judiciário que, por sua vez, não se mostrou capaz de atender à demanda por prestação jurisdicional de forma satisfatória. Isso em virtude da rápida constatação de que a aspiração por soluções de conflitos na sociedade contemporânea tende a se expandir e de que não há recursos humanos e econômicos que bastem.

Por outro lado, casos que não eram idênticos, por apresentarem particularidades próprias, competiam pelo mesmo acesso à prestação jurisdicional. Nesse momento, a litigância serial passa a ser um problema para a gestão dos recursos dos tribunais e para os usuários do serviço público judicial em geral.

O processo civil brasileiro tem lançado mão, basicamente, de duas técnicas para lidar com demandas homogêneas: o processo coletivo e a de coletivização de julgamentos de casos repetitivos. Contudo, a primeira grande limitação do processo talvez decorra das características da própria sociedade de massas: inexistência de união entre os sujeitos de direito pela consciência de interesse comum, fluidez de interesses, falta de mobilização entre

seus membros, recuo da ideia de cidadania frente à ideia de individualização, além da própria dificuldade em se estabelecer um conceito de sociedade (que abarca grupos com objetivos antagônicos), cuja compreensão confunde-se muitas vezes com a ideia de opinião pública, refletindo, na verdade, as influências dos meios de comunicação de massa (mídia).

Ou seja, a ideia de unidade na solução judicial almejada pelas técnicas processuais que trabalham com algum nível de coletivização choca-se com a constatação de que as sociedades para as quais servirão são cada vez mais plúrimas, com interesses diversos, antagônicos muitas vezes e extremamente fragmentados. Assim, por mais que haja uniformização na resposta judicial, as vicissitudes da vida sempre criarão distinções, autênticas ou artificiais, legítimas ou reprováveis, fomentando novas controvérsias jurídicas que retornarão ao Estado-juiz na forma de mais ações judiciais.

Em consequência dessa fluidez, não existe uma única definição de litigiosidade repetitiva. De início, pode-se compreendê-la como um fenômeno de múltiplas facetas, podendo envolver fatos ou se restringir a uma controvérsia estritamente de direito, relacionada à interpretação ou aplicação de normas jurídicas e sempre em larga escala, inviabilizando o uso das tradicionais técnicas do processo civil de ampliação subjetiva da lide (litisconsórcio, intervenção de terceiros), ou de reunião dos processos para julgamento conjunto (conexão ou continência).

Para a presente dissertação, optou-se pela separação entre tutela individual, coletiva e plurindividual, por ser mais útil à análise do tratamento da litigância de massa pelo processo coletivo e pelas técnicas de agregação de demandas individuais. Contudo, antes de se estudar os instrumentos processuais de resolução, entendemos necessário a análise de algumas possíveis causas da litigiosidade repetitiva.

Concluimos que parte das judicializações extremadas pode ser causada por fatores intrínsecos ao próprio funcionamento do sistema judicial. Outra parte independe das instituições judiciárias, pois não estão sob ingerência do Poder Judiciário, dizendo respeito às condições socioeconômicas do país e práticas do mercado empresarial, aos marcos institucionais e a problemas com a regulação administrativa e com a própria legislação.

Em relação às causas externas, existe um consenso de que o grande detonador para a explosão do número de ações foi o advento da Constituição de 1988 e a expansão dos direitos sociais, econômicos, além da proteção dada ao consumidor (art.5º, XXXII).

Em relação às causas internas, foi identificado que as ações seriais são produzidas pela coexistência de três requisitos: *interesse, prejuízo e oportunidade*. Do interesse em obter uma dada vantagem, que pode ser econômica ou não, aliada ao sentimento da parte autora de ter sido lesada e amparando-se em oportunidades, consubstanciadas em brechas na legislação sobre a regulamentação de direitos ou em posições instáveis da jurisprudência sobre a mesma questão controvertida, nasceria o ambiente propício para o ajuizamento de ações judiciais. Esse mecanismo foi observado nas demandas envolvendo temas relativos ao direito previdenciário e ao direito do consumidor.

Além disso, a dispersão jurisprudencial é apontada como sério fator de estímulo à litigância, porque favorece comportamentos oportunistas das partes e uma sempre presente expectativa de ganho de causa, o que atrapalharia, também, a resolução do conflito por meios alternativos. Nesse sentido, a forma de tomada de decisão, sem a preocupação em uniformizar a interpretação e aplicação do direito, eleva o próprio Poder Judiciário a fomentador de litígios seriais.

Prosseguindo, perquirimos se as causas identificadas nas pesquisas seriam os fatores determinantes para as escolhas do legislador pelas técnicas processuais, ora com predominância da tutela coletiva, via ação civil pública, ora pendendo para a tutela plurindividual, com os instrumentos objetivos de padronização decisória.

Concluimos que apenas em parte. Para nós, as soluções processuais que têm sido propostas para o exagerado número de feitos ajuizados no Brasil não se aprofundam tanto quanto deveriam sobre as causas do problema. Na verdade, para se compreender as escolhas processuais atuais do legislador brasileiro quanto ao enfrentamento das demandas de massa, é necessária uma breve análise histórica a respeito da mudança de paradigma que a concepção do acesso à justiça sofreu ao longo do tempo.

Isto porque a primeira técnica para a defesa dos direitos individuais homogêneos (importante fonte de ações seriais), prevista pelo CDC, foi a ação civil pública. E a possibilidade jurídica de se buscar a defesa do direito de muitos pela propositura de uma única ação judicial, utilizando-se de mecanismo de representação, desenvolveu-se, em outros países, nas décadas de 1960 e 1970 do século passado, dentro das soluções propostas para ampliar o acesso à justiça. No Brasil, o processo coletivo, por substituição processual, surgiu no período compreendido entre os anos de 1980 e 1990, basicamente, com a LACP e o CDC.

A partir da constatação de que boa parte dos litigantes era constituída por organizações ou o Estado, que reiteradamente se apresentavam em juízo, constatou-se que em virtude do tamanho, da capacidade econômica e da maior frequência no trato do aparato judicial, tais litigantes (*repeat players* ou litigantes habituais) terminavam por ter um melhor desempenho na defesa de seus interesses, dentro e fora dos tribunais, ao contrário dos indivíduos que, em regra, envolviam-se apenas esporadicamente em conflitos jurídicos (*oneshotters* ou litigantes ocasionais).

Entre as sugestões para equalizar as posições jurídicas entre eles, estava a organização dos litigantes eventuais em grupos, via ação coletiva, em razão da possibilidade de, ao veicular suas pretensões em conjunto, alcançar as mesmas vantagens dos grandes litigantes em termos de poder de negociação, economia de escala, alteração de regras, diluição de riscos e dos custos envolvidos e atração dos melhores advogados.

Além disso, dava voz a comunidades socialmente vulneráveis e que compartilhavam de idênticos problemas, aumentava-lhes a capacidade de pressão política e viabilizava um meio processual de reparação econômica de prejuízos diminutos do ponto de vista individual, mas de elevado valor quando analisado globalmente. No cerne, a ação coletiva tinha como objetivo maior reduzir o peso das desigualdades econômicas e sociais dentro e fora do processo.

A justificativa fundamental para o manejo do processo coletivo era o efetivo acesso à justiça. Cabe lembrar de que o acesso à justiça nessa época era considerado como um direito social e que a ação coletiva era vista como um instrumento processual típico do Estado interventivo de Bem-Estar Social.

Em consequência, houve a necessidade de se desenvolver institutos processuais próprios ao direito coletivo e que se afastaram, portanto, do clássico processo civil de cariz individual, próprio do anterior Estado Liberal. Assim, surgiram novas formas de legitimação ativa, por representação (no Brasil, substituição processual), a representação adequada do grupo, novas soluções quanto à citação e ao direito de informação, o direito de ser ouvido, diferentes efeitos da coisa julgada em relação aos membros ausentes e uma postura mais ativa do julgador.

Ocorre que com a expansão da globalização, o declínio do modelo do Estado de Bem-Estar Social nos anos de 1980, 1990 e 2000, além de uma maior proeminência do mercado em relação à política, o modelo de acesso à justiça passará por uma mudança de perspectiva.

Essa mudança de enfoque do acesso à justiça alterou a forma como a litigância repetitiva passou a ser encarada pelo processo civil porque o próprio o papel do Poder Judiciário, como possível agente de transformação social, passou por uma sensível alteração.

A crítica agora é diversa; os institutos processuais forjados para o Estado Social não acompanhavam a contento as complexas transações ocorridas na economia de mercado globalizada. Nesse contexto, o acesso à justiça deixa de ser tratado como uma questão social para se apresentar como um item necessário para a garantia dos contratos, da proteção da propriedade privada e em como a eficiência das instituições jurídicas e políticas é essencial nesse novo papel de facilitadoras da expansão do mercado.

A premissa é que se o Poder Judiciário e o processo civil criarem um ambiente institucional previsível, passarão a contribuir com o desenvolvimento econômico dos países e, indiretamente, colaborarão com a melhoria das condições sociais da população. Isso em razão de que a incerteza e a imprevisibilidade do sistema judiciário na aplicação das regras, aos casos concretos, era identificado como um entreve importante para o investimento nos países periféricos do capitalismo.

Paulatinamente, forma-se um consenso pela importância da adoção do precedente judicial, da vinculação obrigatória de juízes e tribunais a tais decisões e sua relação com a independência judicial, considerada essencial para a garantia do adimplemento dos contratos e dos direitos de propriedade, tidos como elementos básicos para o aprimoramento dos mercados e diminuição da pobreza.

A ideia de diminuir a imprevisibilidade jurisprudencial para estimular investimentos termina por tocar no enfrentamento da litigiosidade repetitiva, haja vista que a excessiva dispersão jurisprudencial é apontada como uma das causas determinantes que incentivam uma espécie de loteria processual.

Como resultado, nota-se uma tendência do legislador em amplificar as técnicas de tutela plurindividual e incrementar as consequências do julgamento de casos repetitivos, via recurso extraordinário e especial repetitivo e pela previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas no CPC de 2015.

Como dito, a primeira estratégia da legislação brasileira para o enfrentamento de conflitos idênticos se deu com as ações coletivas na defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos. A característica marcante desses interesses é o fato de que, no plano do direito material, são direitos subjetivos individuais, mas que por uma questão de política

legislativa, no plano processual, recebem um tratamento coletivo: a chamada tutela coletiva de direitos, iniciada pelo CDC. As vantagens dessa tutela coletiva seriam, após a viabilização de um meio mais efetivo de acesso à justiça a determinados tipos de conflitos, a isonomia, razoável duração e economia processuais propiciadas pelo seu manejo. Sob a ótica da gestão de recursos pelo Poder Judiciário, representaria uma mais forma racional de trabalho em processos idênticos.

Embora se afirme que o Brasil tenha um dos arcabouços jurídicos mais sofisticados em matéria de processo coletivo no âmbito dos países do *civil law*, concluímos que seu estudo é muito interessante sob o ponto de vista normativo, em virtude das adaptações criativas que foram desenvolvidas a partir de modelos estrangeiros e dos institutos do processo civil individual para que se adequassem ao ideal de tutela coletiva pensada pelo legislador. Todavia, quando analisado na prática, revela tantas contradições que o torna pouco operativo, sob a ótica da efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo no tratamento da litigância de massa.

Isso porque todo o tratamento legislativo do processo coletivo relacionado à tutela coletiva de direitos individuais foi engendrado de forma a harmonizar o direito de ação, pelo exercício pessoal (art. 5º, XXXV, CRFB) com as vantagens da tutela coletiva. Se por um lado essa escolha prestigia a liberdade individual, por outro, mitiga o potencial interesse pelo manejo coletivo de demandas e sua real capacidade de promover acesso à justiça, isonomia entre as partes, duração razoável do processo e economia processual.

Entre os obstáculos do processo coletivo envolvendo os direitos individuais homogêneos, parcela significativa da litigância de massa, identificamos os seguintes: a ausência de controle da representatividade adequada; o regime jurídico da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*; a ausência de litispendência entre a ação coletiva e ação individual, ou previsão de suspensão da segunda durante o trâmite da primeira; as dificuldades para a liquidação, execução individual e inefetividade da execução coletiva; inexistência de estímulo a acordos coletivos; possibilidade de tramitação de ações individuais que envolvam demandas cuja solução, no plano do direito material, é impossível de ser fragmentada, porque embora pertença individualmente ao titular da ação, é parte interdependente de outras relações jurídicas que só podem ser modificadas considerando-se o todo.

Esses seriam os principais problemas no processo coletivo envolvendo a defesa dos direitos individuais homogêneos, uma das principais fontes de litigiosidade repetitiva.

Entendemos que a legislação criou um paradoxo em relação ao uso da ação coletiva para o tratamento da litigiosidade serial: ao mesmo tempo que pode ser, em muitos casos concretos, a única forma processual de acesso à justiça (p.ex. provas complexas, grupos sociais vulneráveis ou danos de bagatela), seu regime jurídico não propicia a solução dos conflitos de massa.

Em consequência, não cumpre adequadamente as funções de catalizador de acesso à justiça, de mecanismo de economia processual e de garante do tratamento isonômico e uniformizador das decisões judiciais. Tampouco traz, para o Poder Judiciário, qualquer vantagem no aspecto ligado à gestão processual.

E se é assim, por que parece ser tão difícil alterar as regras a respeito do processo coletivo? Como visto, apesar da falta de consenso doutrinário sobre quais mudanças seriam necessárias, houve tentativas de alteração da legislação, pela apresentação de anteprojetos de lei de códigos de processo coletivo, mas que não foram adiante.

Considerando que o processo não é ideologicamente neutro e que o Brasil está inserido no contexto global, passamos a investigar se não haveria um declínio mundial no uso das ações coletivas. Embora apresentasse vantagens para os indivíduos ausentes da demanda coletiva, a ideia de processo por representação também sofreu críticas. Contudo, enquanto vigiam no mundo as bases interventivas do Estado de Bem-Estar Social, era mais tranquila a aceitação da técnica na qual alguém se autoneameava representante de um grupo, ainda que sob o risco dos titulares do direito material nem sequer tomarem conhecimento da intenção do autointitulado representante.

Isso porque a ação coletiva era entendida como uma forma judicial efetiva de oposição aos valores individualistas que permeavam não só o processo civil, mas o sistema jurídico como um todo, daí que o maior ou menor prestígio do uso da ação coletiva em determinada época e contexto é muito influenciado pelas ideologias políticas e econômicas que preponderam no período. Seja na defesa de políticas públicas ou na defesa de reparação de danos em larga escala, vai se formando, paulatinamente, um ambiente crítico à técnica da tutela coletiva via representação.

É claro que o aparente declínio do interesse pela ação coletiva no mundo não se restringe ao advento e declínio do Estado Social. No entanto, a ideia é interessante para nós, brasileiros, haja vista que nosso modelo de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos foi fortemente influenciado pela experiência norte-americana.

E embora vivamos atualmente sob uma Constituição que visava a um Estado Social tardio em relação ao restante do mundo desenvolvido, o Brasil foi sofrendo as influências das concepções mais liberais de Estado do mesmo modo. Assim, mais cedo ou mais tarde, tais ideias e críticas atingiram também os institutos processuais e as formas de enfrentamento da litigância em série.

Conseqüentemente, começa a surgir forte crítica à chamada “ideologia coletivizante”, tida como base teórica do processo coletivo nacional. Então, se a questão é a teoria política por traz do processo coletivo, deixa de haver interesse em se aprimorar os institutos próprios da tutela coletiva, já que ela mesma parece um tanto equivocada na origem. Passa-se, ao revés, a se privilegiar mecanismos processuais que, em tese, preservam a autonomia individual do titular do direito subjetivo envolvido e, principalmente, sirvam à gestão processual pelos tribunais.

Estes novos mecanismos, conhecidos como técnicas de coletivização de julgamentos individuais ou por agregação de demandas individuais e, no projeto do CPC de 2015, chamados de técnicas de julgamentos de casos repetitivos, são representados pelos recursos repetitivos e pelo novo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Pelo que foi estudado, conclui-se que tais técnicas de projeção de efeitos coletivos decorrentes de processos de índole subjetiva partem de premissa totalmente distinta daquela por traz da teoria das ações coletivas. O objetivo destas técnicas é propiciar um meio processual de gestão da litigância serial voltado a servir, primeiramente, ao serviço judiciário. Evidente que termina por beneficiar o jurisdicionado na medida em que pretende dar resposta judicial idêntica a casos também idênticos. Contudo, a questão da padronização da solução jurídica atende a uma necessidade anterior, concernente à eficiência do Poder Judiciário, constantemente posta em xeque pela alta imprevisibilidade, decorrente de mudanças constantes e abruptas na jurisprudência, em especial, dos tribunais superiores.

O valor primordial agora não é o acesso à justiça, mas a segurança jurídica das relações travadas no cotidiano dos jurisdicionados. Sob o Estado Neoliberal, a lógica se altera; as instituições e os institutos jurídicos que contribuam para uma maior eficiência da economia, terminam por colaborar com a diminuição da pobreza, na medida em que garantem um ambiente jurídico propício a novos investimentos.

O CPC de 2015 não rompe com a tradição das ações coletivas (art.139, X), mas, seguindo essa tendência, amplia o sistema de julgamento por amostragem, iniciado em 2001,

por meio de duas frentes que passarão a ser indissociáveis: a primeira, pela ampliação das técnicas de julgamento de ações seriais e a segunda, pela projeção de efeito vinculante das decisões-padrão (tese jurídica) a todos os demais processos que encerrem a mesma demanda-modelo, como forma de acelerar a resolução de casos idênticos.

Em relação a tais técnicas, concluímos que será necessária uma mudança cultural na forma como os tribunais compreendem a participação das partes, do *amicus curiae* e da modulação dos efeitos das decisões proferidas em casos repetitivos. Isso porque o sistema está desenhado de modo a permitir um mínimo de insurgência das partes contra as decisões que suspendem os processos ou que aplicam a tese-jurídica formulada no processo-modelo.

De um lado, justifica-se que não é possível permitir que toda e qualquer tentativa de distinção suba aos tribunais superiores, sob pena de desvirtuamento da própria razão de ser da sistemática dos repetitivos. Por outro, parece-nos ser manifesta a possibilidade de decisões serem gestadas com alto grau de autoritarismo, invertendo a lógica da jurisdição estatal e fazendo com que sirva mais aos interesses de política administrativa do Poder Judiciário do que aos interesses dos jurisdicionados.

Quanto à modulação de efeitos dos julgamentos de casos repetitivos, por coerência com o preceito do art.926, deve ser vista como obrigatória e não facultativa, ao sabor da vontade do tribunal, quando o acórdão-paradigma rompa com o entendimento jurídico até então vigente ou quando, por fatores externos ao processo, cause uma grave ruptura na confiança e segurança jurídica dos jurisdicionados, incluindo o Estado. O julgamento quanto aos efeitos da modulação deve ser célere e, tratando-se de mudança da jurisprudência do próprio tribunal, deve se dar por qualquer meio, até mesmo de ofício, sem exigências de maiores formalidades, como haver pedido anterior das partes ou ter sido veiculado via embargos de declaração, haja vista que, mais do que proteger situações jurídicas particulares, visa manter a integridade do direito objetivo.

Entendemos também ser importante que a tese jurídica seja compreendida não como um mero enunciado a ser aplicado de forma quase automática pelo juiz da causa, mas sim como parcial revelação da *ratio decidendi* do entendimento dos tribunais superiores (recursos repetitivos) e dos tribunais estaduais e regionais (IRDR). Nessa acepção, para ser aplicada de forma justa aos processos pendentes e futuros, deve ser contextualizada com os fundamentos determinantes da decisão que solucionou a questão de direito controvertida.

Em consequência, deve haver uma evolução na forma como as cortes elaboram o acórdão-paradigma: a decisão deve ser estruturada de modo técnico, lógico e objetivo, utilizando-se de linguagem clara, que minimize equivocações. Para garantir maior legitimidade política e evitar contestações futuras, sob a forma de ações derivadas de caso repetitivo anterior, deve analisar todos os argumentos levados pelas partes (não só aqueles que, subjetivamente, os tribunais rotularem como relevantes), justificando os motivos de acolhimento e rejeição das posições defendidas por todos os lados, de modo que fique bastante claro na decisão-padrão o que foi *obiter dictum* e o que foi *ratio decidendi* para os julgadores. Ou seja, mais do que nunca a fundamentação do raciocínio jurídico passa a ser essencial nas decisões que solucionem recursos repetitivos e IRDR.

Por fim, concluímos que não existe superioridade *in abstracto* entre as técnicas do processo coletivo e dos mecanismos de tutela plurindividual, haja vista que partem de bases teóricas e objetivos bastante distintos. Embora possam se inter-relacionar em algumas espécies de conflitos, a legislação aponta a direção para as hipóteses de incidência de uma ou outra técnica. Assim, não se trataria de superioridade, mas de adequação sobre qual técnica seria mais apta, no caso concreto, para solucionar o conflito de massa. Além disso, o uso da tutela coletiva ou plurindividual passará pela estratégia das partes e do Poder Judiciário para atingir determinados objetivos.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 161-173, jan./2016, versão digital.
- ABI-CHAHINE, Paula Aparecida. As ações coletivas de direitos individuais homogêneos e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): análise comparativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 112, n. 424, p. 287-315, jul./dez. de 2016.
- ABREU, Dimitri Brandi de. *A previdência social como instrumento de intervenção do Estado Brasileiro na economia*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Doi:10.11606/T.2.2016.tde-26082016-141751. Acesso em: 07 mar. 2018.
- AFONSO, Fabiano. *Liquidação de sentença coletiva*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ALMEIDA, Gustavo Milaré. *Execução de interesses individuais homogêneos*. Coleção Atlas de Processo Civil. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2014.
- ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, versão digital. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto; PIERONI, Fabrizio de Lima; SERPA, Luciane. Estratégias do CPC/2015 para conter a litigiosidade repetitiva: expectativas e limites. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 267, ano 43, p. 265-291, fev. 2018.
- \_\_\_\_\_. Do direito de acesso ao direito, como atributo essencial do acesso à justiça. Reflexões sobre a situação brasileira e europeia. *Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 251-263.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao código de defesa do consumidor: direito processual*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARENDRT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 233-255, jan. 2017, versão digital.

BANCO MUNDIAL. *O Estado num mundo em transformação*. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial, 1997. Washington, D.C. Banco Mundial, 1997.

BANCO MUNDIAL. *Instituciones para los mercados. Informe sobre el desarrollo mundial de 2002*. Madri: Ediciones Mundi-Prensa, 2002.

BARBOSA, Claudia Maria (Coord.). Projeto: Causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a solução. Pesquisa: *Demandas repetitivas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução*. Relatório final. Contratada: Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Contratante: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Edital n. 01/2009, p.37. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucpr\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucpr_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4824/3615>>. Acesso em: 06 maio 2018.

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, versão digital.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual: garantias processuais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.1-39.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. *Anuário Estatístico da Previdência Social (AEPS) 2016*. Brasília: Ministério da Fazenda/Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, 2016, versão digital. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/01/AEPS-2016.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011, Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2018.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Sinopse Estatística da Educação Superior 2016*. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil: 2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=247311>>. Acesso em: 09 set. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. v. 2, tomo III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. A ação civil pública e o poder público. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba*, Araçatuba, v. 4, n. 1, p. 81-106, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/001.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p.201-223, maio 2014, versão digital.

\_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, maio 2007, versão digital.

\_\_\_\_\_. Os efeitos processuais da audiência pública. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 199-213, abr. / jun. 2006.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo; ARANÃO, Adriano. Vinculação da administração pública aos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 359-377, maio 2018, versão digital.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

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

CAPONI, Remo. Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemã e italiana. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 200, p. 235-269, out. 2011, versão digital.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Beatriz Castilho. *A influência exercida pelo amicus curiae nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos acórdãos das ações direta de inconstitucionalidade decididas majoritariamente*. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário). Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CRAMER, Ronaldo; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Os precedentes vinculantes no CPC/2015: a interpretação do art. 927. In: *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. DANTAS, Bruno et al. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.485-495.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.193, p.255-280, mar. 2011, versão digital.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Entrevista de Bruno Dantas sobre processos coletivos com comentário de Ada Pellegrini Grinover. Disponível em: <[http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop\\_cat=1\\_94&shop\\_detail=363](http://direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_94&shop_detail=363)>. Acesso em: 14 out. 2017.

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. World Bank *Technical Paper number 319*, The World Bank, Washington. D.C, 1996.

DAVID, RENÉ. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DEDECCA, Claudio Salvadori. *A redução da desigualdade e seus desafios*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3383/1/td\\_2031.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3383/1/td_2031.pdf)>. Acesso em 07 mar. 2018.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. TUCCI, José Rogério Cruz; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Mando Real (Coord.). São Paulo: Quartier Latin. 2013, p. 262-273.

\_\_\_\_\_; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo, e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: *Julgamento de casos repetitivos*. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo (Coord.). (Coleção Grandes temas do novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2017, p.227-250.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016, versão digital.

\_\_\_\_\_; ZENETI JR. Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. v. 4. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 2. Teoria geral das obrigações. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

FAGUNDES, M. Seabra. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, out. 1946. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9569>>. Acesso em: 10 set. 2018. Doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9569>

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da lei de ação civil pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos Difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. 2ª ed. rev. e atual. Coordenação da Tradução de Carlos Alberto de Salles. Curitiba: Juruá, 2017.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica.). São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

\_\_\_\_\_. Sentenças inexistentes e “querela nullitatis”. Disponível em: <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead*, The classic essay and new observations. New Orleans, Louisiana: Quid pro books, 2014 (originariamente publicado em 1974 por Law & Society Review, n. 1, v. 9), e-book Kindle.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan. / jun. 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out. / dez. 2002, versão digital.

\_\_\_\_\_. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.14, p. 52-66, abr. / jun. 1995, versão digital.

GRINOVER, Ada Pellegrini et.al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *et. al.* Conferência de Seoul 2014 Constituição e Processo – acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 250, p. 17-31, dez. 2015, versão digital.

\_\_\_\_\_. *O processo. II Série: estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et. al. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 251-258.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

LIPIANI, Júlia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 45-72, maio / ago. 2014, Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAIOR, Souto Jorge Luiz. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/1095-o-conflito-entre-o-novo-cpc-e-o-processo-do-trabalho?highlight=WyJvIGNvbWZsaXRvIGVudHJlI0=>>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Da jurisdição coletiva à tutela judicial plurindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 237, p. 307-334, nov. 2014, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 20-47, dez. 2000, versão digital.

\_\_\_\_\_. Interesses difusos: Conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 55, p. 165-179, jul. / set. 1989, versão digital.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p.399-419, 2015, versão digital.

MARTOS, Frederico Thales de Araújo; MARTOS, José Antonio de Farias. *A influência do banco mundial na reforma do poder judiciário e no acesso à justiça no Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e00996d70a49ff8>> Acesso em: 28 fev. 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_; SILVA, Larissa Clare Pochmann. Ações coletivas e incidente de solução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. In: *Processo Coletivo*. ZANETI JR., Hermes (Coord.). (Coleção Repercussões do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2016, p.535-566.

\_\_\_\_\_. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_; OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. Cumprimento de sentenças coletivas: da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 222, p. 41-64, ago. 2013, versão digital.

MENDES, Conrado Hubner; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; ARANTES, Rogério Bastos. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. 2. ed. da série “Justiça pesquisa” Relatório Analítico Propositivo. Sociedade Brasileira de Direito Público. Jul. 2017. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESQUITA, José Ignácio Botelho. A coisa julgada no código do consumidor. In: *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 80-82, dez. 1990, versão digital.

\_\_\_\_\_. *et. al.* A repercussão geral e os recursos repetitivos. *Economia, Direito e Política*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 220, p. 13-31, jun. 2013, versão digital.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, p. 83-97, jul. / dez. 2015, versão digital.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Atuação estratégica da advocacia pública nos procedimentos de formação de pronunciamentos vinculantes. *Publicações da Escola da AGU*:

Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas, Brasília, v. 9, n. 4, p. 79-94, out. / dez. 2017, versão digital.

\_\_\_\_\_. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. *Doutrinas essenciais de processo civil*, São Paulo, v. 6, p. 707-722, out.2011, versão digital. (Originalmente em Revista dos Tribunais, RT 441/14, jul. 1972).

\_\_\_\_\_. Ainda e sempre a coisa julgada. *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 6, p. 679-692, out. 2011, versão digital. (Originalmente em Revista dos Tribunais – RT 416/9, jun. 1970).

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, p. 187-200, jan. / mar. 1991, versão digital.

\_\_\_\_\_. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual civil – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, p. 7-19, out. / dez. 1982, versão digital.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: *Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle *et al.* O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: *Panorama atual do novo CPC 2*. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.) Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.121-145.

\_\_\_\_\_. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática. In: *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.245-276.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direitos individuais homogêneos*: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*: universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça*: projeto Florença e Banco Mundial. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em:

<[http://up.mackenzie.br/fileadmin/user\\_upload/\\_imported/fileadmin/PUBLIC/UP\\_MACKENZIE/servicos\\_educacionais/stricto\\_sensu/Direito\\_Politico\\_Economico/Julia\\_Pinto\\_Ferreira\\_Porto.pdf](http://up.mackenzie.br/fileadmin/user_upload/_imported/fileadmin/PUBLIC/UP_MACKENZIE/servicos_educacionais/stricto_sensu/Direito_Politico_Economico/Julia_Pinto_Ferreira_Porto.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2018.

PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito brasileiro*: Brasil e Estados Unidos. (Série Processo coletivo, comparado e internacional). GIDI, Antonio (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: *Processo Coletivo*. (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 623-640.

\_\_\_\_\_. Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 325-333, jul. / ago. 2004, versão digital.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 19-40, maio 2018, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Class actions*: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013.

ROSSI, Júlio César. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo CPC*: das inadequações às inconstitucionalidades. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_. *Precedente à brasileira*: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: visão da sociedade. *Justitia*. São Paulo, n. 65 (198), jan. / jun.2008.

SALLES, Carlos Alberto. O processo para solução de conflitos de interesse público. In: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2017, p.193-227.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CHAVES, Luciano Athayde. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: uma análise expansiva do art. 927, § 3º, do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p.437-478, set. 2016, versão digital.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan. / mar. 1985, versão digital.

SANTOS, Silas Silva. Improcedência liminar no novo código de processo civil: contraditório prévio para o autor? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 187-199, nov. 2015, versão digital.

SANTOS FILHO, Hermílio Pereira; TIMM, Luciano Benetti (Coord.) *Demandas judiciais e morosidade da justiça civil* - Diagnósticos sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. Relatório final, 2011. Contratada: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Contratante: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Edital 01/2009, p.188. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. (Coleção Professor Arruda Alvim). São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. (Coleção Atlas de Processo Civil). CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Larissa Clare Pochmann. *A legitimidade do indivíduo nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, p. 79-108, out. 2005, versão digital.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. *A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre ricos no Brasil, 1926-2013*. 2017. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

Disponível em:

<[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22005/1/2016\\_PedroHerculanoGuimar%C3%A3esFerreiradeSouza.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22005/1/2016_PedroHerculanoGuimar%C3%A3esFerreiradeSouza.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: *Processo Coletivo*. (Coleção Repercussões do Novo CPC). ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p.109-131.

\_\_\_\_\_. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 337-358, mar. 2015, versão digital.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. (Coleção Eduardo Espínola). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the area of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. Ed. por Gunther Teubner. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1987.

THEODORO JR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2ª ed. rev. e atual. (Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada). v. 6. DIDIER JR., Fredie (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016, p.417-445.

\_\_\_\_\_. et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz. Contra o processo autoritário. *Revista de Processo*, v. 242, p. 49-67, abr. 2015, versão digital.

\_\_\_\_\_. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 143, p. 42-63, jan. 2007, versão digital.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Coleção Direito Civil. v. 2, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan. 2016, versão digital.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VITORELLI, Edilson. Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, ano 43, p.297-335, abr. 2018.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Durham, v.11, p. 369-379, 2001, versão digital. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/10>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da sentença civil: individual e coletiva*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 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, versão digital.

WATANABE, Kazuo. In GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 11ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 139, p. 28-35, set. 2006, versão digital.

ZANETI JR., Hermes. O “novo” mandado de segurança coletivo. (Série Processo coletivo, comparado e internacional). GIDI, Antonio (Coord.). Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUFELATO, Camilo. O STJ, os limites territoriais da coisa julgada na ação civil pública e o foro competente para o ajuizamento das respectivas ações indenizatórias individuais: o restabelecimento do que nunca poderia ter sido alterado, ou ainda, juízes vs. legislador. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 283, fev. 2012, versão digital.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada coletiva*. (Coleção direito e processo). BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.