

**AÇÕES COLETIVAS E INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS
REPETITIVAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOLUÇÃO COLETIVA
DE CONFLITOS**

***CLASS ACTIONS AND INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS:
SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE COLLECTIVE RESOLUTION OF
CONFLICTS***

Artigo recebido em 10/08/2016

Revisado em 20/10/2016

Aceito para publicação em 23/10/2016

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Convidado no Instituto Max Planck de Luxemburgo (2016). Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro, da Associação Brasil-Alemanha de Juristas (DBJV) e da *International Association of Procedural Law* (IAPL). Ex-Promotor de Justiça. Desembargador Federal. Diretor de Cursos e Pesquisas da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF). Presidente da Comissão Permanente de Processo Civil da Associação de Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Membro do Conselho de Relações Internacionais da Revista de Processo (RePro), do Conselho de Redação da Revista de Processo Comparado (RPC), do Conselho Editorial do Centro de Estudos da Justiça Federal (CEJ) e do *Editorial Board* da *Civil Procedure Review*.

Larissa Clare Pochmann da Silva

Professora no curso de graduação e de pós-graduação lato sensu da Universidade Candido Mendes (UCAM). Professora Adjunta do Unifeso. Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e da Rede de Pesquisa Empírica (REED). Advogada.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a relação de complementariedade entre as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas para a solução coletiva de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015. Para isso, inicia tecendo algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos e, em seguida, analisa as hipóteses de cabimento de cada um dos institutos; a legitimidade; competência e questões procedimentais, concluindo que os institutos possuem um caráter complementar, para uma tutela mais adequada dos direitos individuais homogêneos.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Coletivas. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Complementariedade.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the relation of complementarity between the class actions and the incident of resolution of repetitive demands for the collective resolution of conflicts in the Brazilian legal system, from the advent of the new Code of Civil Procedure. To that end, it begins with some considerations about the collective resolution of conflicts and, then, it analyzes the suitability assumptions of each institute; legitimacy, competence and procedural issues, reaching the conclusion that the institutes have a complementary character for a more adequate protection of the homogeneous individual rights.

KEYWORDS: Class actions. Incident of resolution of repetitive demands. Complementarity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Solução Coletiva de Conflitos: Algumas Notas. 2. O Papel dos Instrumentos Processuais Coletivos. 3. Cabimento. 4. Natureza Jurídica. 5. Custas. 6. Legitimidade. 7. Competência. 8. Admissibilidade. 9. Cadastro de Processos. 10. Suspensão do Processo. 11. Contraditório e Instrução. 12. Julgamento e Recursos. 13. A Vinculação ao Julgamento. 14. Execução. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa, de forma comparativa, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR - e as ações coletivas enquanto mecanismos de solução coletiva de conflitos.

Para cumprir essa finalidade, inicia com algumas considerações sobre os mecanismos de solução coletiva de conflitos. Em seguida, destaca o papel dos instrumentos processuais coletivos, comparando as ações coletivas brasileiras e o novel instituto do IRDR. Após, mantendo a abordagem comparativa, dispõe sobre a natureza jurídica desses instrumentos; as custas; a legitimidade; a competência; a admissibilidade; o cadastro de processos; a suspensão do processo; o desenvolvimento do contraditório e a instrução nos dois mecanismos; o julgamento e os recursos; a vinculação ao julgamento e os efeitos da coisa julgada, bem como a execução.

Por fim, pretende-se destacar, em breve síntese conclusiva, o caráter complementar e de apoio desses institutos, ressaltando em que medida um bom funcionamento tanto das ações

coletivas como do IRDR poderá contribuir para a solução de conflitos coletivos envolvendo direitos individuais homogêneos no país.

1 A SOLUÇÃO COLETIVA DE CONFLITOS NO DIREITO NACIONAL E COMPARADO: ALGUMAS NOTAS

A solução coletiva de conflitos não é uma preocupação recente na história do direito processual e decorre de uma modificação no cenário das relações jurídicas, que não se restringem mais a relações estritamente individuais, entre Caio e Tício, ou entre Caio em face de Tício e de Mévio. O seu objeto inclui: (a) as ações coletivas, que se caracterizam pelas demandas nas quais um legitimado extraordinário poderia defender, em juízo, os interesses de toda uma coletividade, grupo ou pessoas, sem que todos os interessados tivessem de ingressar pessoalmente no Poder Judiciário; (b) os processos incidentes ou modelo, que seriam decididos a partir de casos individuais, mas com aplicação da decisão a todos os litigantes e (c) os meios de solução extrajudicial de conflitos coletivos.

A preocupação com o aperfeiçoamento do direito processual coletivo, mediante o fortalecimento das ações coletivas - aí incluindo tanto a implementação de ações coletivas em países onde não existiam, como seu aprimoramento nos países em que o instituto já era conhecido - , o surgimento dos processos incidentes ou modelo e a difusão da solução extrajudicial coletiva de conflitos estão atrelados a uma insuficiência do direito processual clássico, diante do novo cenário que se delineou como fruto da globalização e das inovações tecnológicas. O processo civil estritamente individualista necessitou de um redimensionamento de seus institutos, além de novas propostas para responder a denominada crise do Poder Judiciário¹, com o acúmulo de processos, em contrapartida a um número insuficiente de magistrados e de servidores²; com a demora na resolução de litígios, sendo que muitas situações idênticas acabam com soluções diversas; com o incremento do número de ilícitos e com o alto custo da máquina judiciária.

¹ Tais problemas são retratados por Ada Pellegrini Grinover como: “*a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental [...]*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo* In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 217).

² Segundo dados do CNJ durante o ano de 2012, eram 6.208 processos por magistrado na Justiça Estadual e 6.894 processos por magistrado na Justiça Federal. (Dados disponíveis em BRASIL. CNJ. *Lançamento do Relatório Justiça em Números 2013*. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/eventos/eventos-novos/lancamento-do-relatorio-justica-em-numeros-2013/apresentacoes>. Acesso em 23 jun. 2014).

A nova realidade contemporânea estampa a concentração urbana, a globalização, a produção e o consumo em escala de massa, a padronização de contratos, a elaboração desenfreada de normas pelo Estado, acordos e convenções coletivas de trabalho, discussões relacionadas a funcionários, empregados públicos e aposentados, discussões relacionadas à constitucionalidade ou legalidade de tributos incidentes sobre milhares de pessoas jurídicas ou naturais, transportes de massa e meios físicos ou virtuais e meios físicos ou virtuais que difundem informações em proporções até então inimagináveis³. Tem-se, portanto, um cenário propício para danos em massa, que desafiam a ordem jurídica ao afetarem um grande número de indivíduos⁴.

Como consequência, além de aperfeiçoar as ações coletivas, alguns países desenvolveram os *test claims* ou processos modelo, nos quais se efetua a tramitação de um incidente ou de um processo individual ou de um grupo, com a previsão de que o pronunciamento judicial sobre a questão comum poderá ter repercussão ou efeito sobre os demais litígios que dependam da resolução da matéria decidida.

Também as formas extrajudiciais de solução de conflitos coletivos, como a mediação em se tratando de direitos coletivos ou individuais homogêneos dos consumidores, a arbitragem coletiva ou, no direito brasileiro, o termo de ajustamento de conduta, tiveram forte impulso diante deste novo panorama

Atualmente, diversos países possuem uma legislação coletiva⁵, mas apenas alguns países combinam o sistema de ações coletivas com o de *test claims* ou processos modelo, razão pela qual não se tem a pretensão de esgotar a abordagem dos países que adotam esses dois modelos como complementares.

No Brasil, a denominação ações coletivas compreende tanto a ação popular, como a ação civil pública, também o mandado de segurança coletivo e a ação de improbidade administrativa. A ação coletiva brasileira, que será tratada de forma mais detalhada nos próximos tópicos e referida neste trabalho, por uma delimitação temática, apenas a partir da ação civil pública, permite tanto uma proteção preventiva aos direitos difusos, coletivos e

³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução Coletiva de Conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa. *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 48.

⁴ NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007, p. viii.

⁵ Os países que possuem legislação sobre ações coletivas podem ser consultados em GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008; HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Filadélfia: SAGE, v. 622, March 2009 e KARLSGODT, Paul. *World Class Actions: a Guide To Group and Representative Action around the World*. Oxford: OUP, 2012.

individuais homogêneos, com a utilização da tutela preventiva, bem como da tutela repressiva, prevendo obrigações de fazer, não fazer e de ressarcimento do dano.

Porém, assim como nos demais países retratados, houve uma preocupação em desenvolver um mecanismo de solução coletiva de conflitos. Na exposição de motivos do projeto de lei que originou o novo Código de Processo Civil, foi feita alusão ao novel mecanismo que se pretendia criar, objetivando a celeridade, com base em duas premissas: (a) proporcionar que fossem decididas conjuntamente questões idênticas, de forma a evitar decisões contraditórias a respeito da mesma norma jurídica, evitando uma verdadeira loteria judiciária, em que questões idênticas pudessem ser decididas de forma distinta dependendo de sua distribuição e (b) atenuação da carga de trabalho do Poder Judiciário, já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderia ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros.

Inspirado no direito alemão, no instrumento do *Musterverfahren*, e em uma perspectiva de coletivização de demandas de massa, inseriu-se na nova legislação, para se somar a outros institutos já existentes no cenário processual brasileiro, como as ações coletivas e os recursos repetitivos, a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas. Embora distinto de sua inspiração, com a sanção do novo Código de Processo Civil no dia 16 de março de 2015 e sua publicação no dia seguinte, o incidente será, com a entrada em vigor da nova legislação, um novo instrumento processual coletivo.

Sua versão final aprovada sofreu algumas alterações durante a tramitação legislativa, mas introduz-se no ordenamento jurídico brasileiro a tentativa de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa⁶, para realizar a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos. Positivado em um capítulo próprio do Novo Código de Processo Civil, no Livro Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais, é esse mecanismo que passará a ser comparado com as ações coletivas no Brasil nos próximos itens.

2 O PAPEL DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS COLETIVOS

São elencadas cinco funções gerais: (a) acesso à Justiça; (b) economia processual e judicial; (c) preservação da igualdade e da isonomia; (d) equilíbrio entre as partes; (e) cumprimento do direito material. É de se notar que a economia processual e a preservação do

⁶ NAGAREDA, Richard A *Op. Cit.*, p. 3.

princípio da igualdade podem ser alcançadas, em regra, por qualquer uma das três espécies de meios de resolução coletiva de conflitos, seja pelas ações coletivas, pelos processos incidentes ou modelo, ou pelos meios extrajudiciais de solução de litígios.

As ações coletivas possuem um importante papel⁷ no acesso à Justiça. Os danos resultantes de lesões de massa são, frequentemente, de pequena monta se considerados separadamente, o que torna o ajuizamento de ações individuais desestimulante e, na prática, quase inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade do acesso à Justiça, já que estas representariam um valor aproximadamente igual ou superior ao próprio benefício pretendido. Porém, esses danos, se considerados globalmente, possuem relevância social e econômica, estimulando a repetição e a perpetuação de práticas ilegais e lesivas. O valor patrimonial que individualmente seria ínfimo, coletivamente passa a ser relevante⁸, permitindo as ações coletivas que esses danos não fiquem sem reparação⁹.

Por outro lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas teve seu advento na perspectiva de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, evitando que haja ofensa à isonomia, à prestação jurisdicional em um tempo razoável e à segurança jurídica nos julgamentos de questões comuns de direito, material ou processual, só funcionando quando as demandas já estão em tramitação no Poder Judiciário. Se a lesão for ínfima, não haverá incentivo, ao autor da ação, para buscar sua reparação no Poder Judiciário.

Na perspectiva da economia judicial e processual, a falta de solução adequada para os conflitos coletivos em sentido lato é responsável pelo excessivo e crescente número de processos em todas as instâncias do Poder Judiciário. É certo que o incremento dos recursos humanos é relevante, mas a solução não se esgota neste sentido. A inexistência ou a deficiência no sistema processual coletivo dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas versando sobre direitos individuais homogêneos, que poderiam chegar ao Poder Judiciário por meio de uma única ação coletiva. O aprimoramento do sistema das ações coletivas poderia assegurar uma importante economia processual e judicial. Nessa perspectiva, também o incidente de resolução de demandas repetitivas, que atenuará a carga de trabalho do Poder Judiciário, já que, com a fixação da tese jurídica pelo tribunal e sua aplicação pelo juiz natural, o tempo usado para decidir aqueles processos poderá, pelo

⁷ Sobre o papel das ações coletivas: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4.ed. São Paulo: RT, 2014, p.33-44.

⁸ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 9, n. 29, jul.-dez. 2006, p. 54

⁹ DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam, LANGLAIS, Éric. *Economie des actions collectives*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2008, p. 20-21.

menos em tese, ser mais eficazmente aproveitado em outras demandas. Ademais, se a tese em destaque for improcedente, já cientes do resultado, dificilmente continuarão ingressando demandas no Poder Judiciário para discutir a mesma questão. Ainda, se a tese for de procedência, em vez de aguardar o ajuizamento de novas ações individuais, com base no artigo 139, X, do novo Código de Processo Civil, pode o juízo oficial aos legitimados coletivos, para que verifiquem a pertinência do ajuizamento da demanda coletiva, de forma que, sem a necessidade de ingressarem mais demandas futuramente no Poder Judiciário, a ação coletiva já seja capaz de beneficiar a todos por meio de um único processo.

Quanto à preservação da igualdade e da isonomia, é preciso afirmar, ainda, que essa multiplicação de causas idênticas pode gerar decisões contraditórias, e, às vezes, até mesmo antagônicas. Demandantes com situações idênticas do ponto de vista do direito material podem acabar recebendo respostas jurisdicionais diferenciadas, decorrente apenas da relação processual. O direito processual acaba por assumir, nessas situações, um papel determinante, e não meramente instrumental, o que gera desigualdade e grande insegurança jurídica. As ações coletivas podem contribuir para a atenuação desse problema, com a resolução da questão em um único processo.

O incidente de resolução de demandas repetitivas priorizará a segurança jurídica, já que, em princípio, a tese jurídica definida deverá ser aplicada pelos juízes naturais aos processos que foram suspensos, até como uma forma de prestigiar o julgamento do incidente, mantendo íntegra e coerente a jurisprudência. A tese fixada deve possuir uma linearidade argumentativa de forma que seja reconhecida como um modelo decisório, capaz de gerar estabilidade decisória, segurança jurídica, previsibilidade e proteção da confiança¹⁰. Não obstante, para assegurar que esse entendimento tente se expandir a todo o território nacional, a nova legislação dispõe que não será cabível o incidente se já houver tese fixada em âmbito de recursos repetitivos, uma vez que, nesse caso, haveria tese firmada para todo o território nacional. Da mesma forma, prevê também que, se houver recurso para os tribunais superiores, com a apreciação do mérito sobre a tese jurídica, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (artigo 987, §2º), ampliando-se, nessa perspectiva, a isonomia para todo o território nacional.

¹⁰ Sobre o tema: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 124.

Em relação ao equilíbrio entre as partes, o causador da lesão, em tese, possui mais recursos materiais e humanos, estará mais bem preparado para o embate do que os que buscam amparo no Poder Judiciário, ocasionando o desequilíbrio na relação processual. Esse desequilíbrio pode ser agravado pela falta de formação e informação jurídica. O legitimado coletivo terá uma posição mais equilibrada no litígio, e sua representatividade adequada será presumida por disposição legal ou aferida no caso concreto, dependendo do modelo adotado.

No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, em princípio, esse equilíbrio deveria ser aferido no caso concreto, já que o autor de cada demanda individual submetida ao incidente poderá estar em uma situação de desequilíbrio em face do legitimado. Também não há nenhuma disposição que indique a escolha do processo modelo no incidente, ele poderá ser suscitado em qualquer demanda individual ou coletiva. Esse possível desequilíbrio que pode existir, porém, pode ser minimizado através da participação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (artigo 983 NCPC) e, inclusive, com a possibilidade de realização de audiências públicas antes do julgamento do incidente (artigo 983, §1º do NCPC). Essa previsão de ampla participação poderá corrigir o aparente desequilíbrio processual ou, pelo menos, minimizá-lo, de forma que a realizar o contraditório como garantia de influência e a não surpresa¹¹.

Por fim, considerando que, tanto na esfera pública, como na privada, as relações de massa expandem-se continuamente, os causadores das lesões acabam beneficiados, pois, além de geralmente terem mais recursos para despender no litígio, acabam se beneficiando das lesões perpetradas em relação aos poucos que buscam sua reparação no Poder Judiciário. Nessa perspectiva, se poucas pessoas buscam a satisfação do direito, as condenações impostas poderão ser insuficientes para coibir o ato ilícito.

O papel das ações coletivas vai além de assegurar a reparação dos danos para todos os lesados, ou, pelo menos de uma quantidade significativa de vítimas, pretendendo fazer cessar o dano e alterar a postura nociva à sociedade. Permite, ainda, um ganho pela correção na postura das empresas, que, considerando os impactos de uma condenação em um processo coletivo em seu balanço, de terem de indenizar essa quantidade significativa de vítimas, acabarão compelidas a uma correção na sua atuação, de forma que passe a respeitar as normas de direito material¹².

¹¹ *Ibid.*, p. 118.

¹² COHEN, Dany. *Droit et Économe Du Procés Civil*. Paris: L.G.D.J., 2010, p. VII.

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas não será capaz de afirmar esse papel, uma vez que, embora não possua custas (artigo 976, §5º do NCPD) e mesmo que seja fixada uma tese de procedência, será necessário, se não forem beneficiários da justiça gratuita, que os autores individuais dispendam dinheiro, além do tempo, para irem ao Poder Judiciário obterem a reparação de seu dano, o que acaba ocasionando que muitos acabem não buscando tal reparação, deixando o perpetrador da lesão em alguma vantagem e as normas jurídicas de pouca valia¹³.

3 CABIMENTO

A ação civil pública brasileira permite tanto uma proteção preventiva aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com a utilização da tutela preventiva, bem como da tutela repressiva, prevendo obrigações de fazer, não fazer e de ressarcimento do dano. É, portanto, um instrumento para a tutela de direitos essencialmente (difusos ou coletivos) ou acidentalmente coletivos (individuais homogêneos)¹⁴.

A Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 dispõe, nos incisos do seu artigo 1º, em um rol exemplificativo, sobre matérias que podem ser veiculadas pela via do processo coletivo, quais sejam: meio ambiente; consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer outro interesse difuso ou coletivo; infração da ordem econômica; ordem urbanística; honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e patrimônio público e social.

Já o parágrafo único do mesmo dispositivo traz algumas matérias que estariam vedadas em sede de ação civil pública, sendo elas pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS - ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. A intenção do legislador foi vedar matérias que pudessem não se revestir de um caráter coletivo. A vedação à veiculação de questões relacionadas ao FGTS, inclusive, já foi objeto de análise pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da Quarta Região que, por maioria, admitiu a veiculação de pretensão sobre FGTS em sede de ação civil pública, ao analisar questão suscitada no processo 5026052-42.2013.4.04.0000. Ressalte-se, inclusive,

¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução Coletiva de Conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa. *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 49-50.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197

que a veiculação, em sede de ação civil pública, de matéria vedada pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85 é admitida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde que a pretensão não seja veiculada como individualizável¹⁵.

Por outro lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – é um mecanismo delineado com o objetivo de julgar uma questão de direito – material ou processual – comum, na tentativa de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa¹⁶ e de afastar o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Nessa perspectiva, a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas é restrita à fixação de uma tese jurídica para a questão comum de direito, que será aplicada às demandas, individuais ou coletivas.

Apenas a título de exemplo, já que não há qualquer referência, no novo Código de Processo Civil, a matérias veiculadas no IRDR, poderiam ser submetidas ao incidente ações tributárias, ações previdenciárias, ações relativas a servidores públicos, ações pertinentes à correção monetária de poupança mantidas por instituição financeira, ações destinadas à correção monetária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS -, e ações que abarcam a prestação de serviços públicos pelas respectivas concessionária.

Destaque-se, ainda, que, embora muito criticada essa diferença, a questão deve ser unicamente de direito, não se admitindo a identidade fática, ao contrário do que ocorre no direito estrangeiro e que o incidente não será cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (artigo 976, §4º).

4 NATUREZA JURÍDICA

A ação coletiva é um processo autônomo, que servirá para a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas é um incidente que será suscitado no curso de um processo individual ou coletivo, restrito à fixação de uma tese jurídica para a questão comum de direito, que será aplicada, pelo juiz natural, às demandas, individuais ou coletivas, na área de jurisdição do tribunal em que a tese foi fixada.

¹⁵ Nesse sentido: STF. RE n.º 576155/DF. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. DJ: 24/11/2010

¹⁶ NAGAREDA, Richard A. *Mass Tort Litigation in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University: 2007, p. 3.

5 CUSTAS

As custas processuais abrangem tanto despesas processuais como despesas extraprocessuais, desde que necessárias à tramitação do processo. É o pagamento para o custeio das atividades desenvolvidas pelos próprios órgãos do Poder Judiciário, seus auxiliares e delegatários, incluindo-se nesse conceito, além das custas de distribuição e do preparo do recurso, o porte de remessa e retorno dos autos à instância superior, as despesas de postagem de carta citatória ou intimatória, as despesas com certidões, autenticações e registros feitos pelos cartórios judiciais¹⁷.

Nas ações coletivas, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, o que viabiliza a propositura das demandas coletivas. A disposição prossegue afirmando que a exceção é o caso de má-fé da associação, quando somente haverá condenação no caso de comprovada má-fé.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, como uma forma de evitar que haja ofensa à isonomia, à prestação jurisdicional em um tempo razoável e à segurança jurídica nos julgamentos de questões comuns de direito, material ou processual é previsto pela lei como isento de custas, nos termos do artigo 976, §5º do NCPC. As custas se restringirão às do processo principal, não havendo custas pelo incidente suscitado.

6 LEGITIMIDADE

Nas ações coletivas, há uma legitimação pluralista¹⁸, com a atribuição de legitimidade à Defensoria Pública, ao Ministério Público, às associações, às fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista; às autarquias, à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. O Brasil só admite que o indivíduo seja legitimado para a ação popular e, nesse caso, deve estar no conceito de cidadão, que, como já analisado, é todo indivíduo com alistamento eleitoral, provado mediante título de eleitor ou certidão eleitoral.

¹⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. Custas, Despesas, Honorários e Danos Processuais na Nova Lei da Ação Civil Pública. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos*. Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 474.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: Instrumento de Tutela para o Bem Comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 198

Destacando a atuação de apenas alguns dos legitimados, o Ministério Público, que atua, na esfera da tutela coletiva, especialmente na defesa do consumidor, do meio ambiente, das crianças, adolescentes e idosos. Tem legitimidade para o inquérito civil, para firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC), e sua participação é obrigatória na ação civil pública, na condição de *custos legis*, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/85 e art. 92 da Lei nº 8.078/90. Pode atuar, ainda, como o próprio autor. Sua legitimidade, porém, muito antes da previsão incluída no art. 5º da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 11.448/2007, já tinha previsão no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 80, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei Complementar nº 40, de 13 de dezembro de 1981. O questionamento em torno de sua atuação surge nas demandas que versam sobre direitos individuais homogêneos. A Constituição da República só prevê a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos difusos e coletivos, mas, em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, houve a previsão expressa na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, que não são essencialmente coletivos, mas que admitem um tratamento coletivo em virtude de danos de origem comum.

Predomina, na atualidade, a verificação se, na hipótese, os interesses individuais homogêneos, tratados coletivamente, revestem, ou não, a imprescindível magnitude capaz de caracterizar um genuíno interesse social, de forma a legitimar o Ministério Público para a propositura da ação¹⁹.

A atribuição de legitimidade à Defensoria Pública pela lei apenas permitiu que esta pudesse atuar, na esfera coletiva, mas, não lhe permitiu instaurar inquérito civil, providência esta privativa do Ministério Público, por ser instrumento investigatório, nem, em princípio, por uma interpretação literal, firmar termo de compromisso de ajustamento de conduta, eis que o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 se refere a órgãos públicos.

É certo que a Carta de 1988, ao tratar da Defensoria Pública, no art. 134, faz menção expressa à função da Defensoria para a defesa dos necessitados. Nesse aspecto, prevalece que não se poderia atribuir à Defensoria Pública legitimidade tão ampla quanto ao Ministério Público, ficando a legitimidade da Defensoria Pública, de acordo com sua finalidade institucional, para a tutela de direitos de um grupo de pessoas, classe ou categoria que a procura e invoca a condição de hipossuficiente²⁰.

¹⁹ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 193.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 145-147.

Por outro lado, são legitimados para suscitar o incidente o magistrado, de ofício, as partes, a Defensoria Pública e o Ministério Público, sendo que o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, tendo em vista a redação não condicionante, requerer a instauração do incidente mesmo que não sejam parte, desde que compatível com suas funções institucionais²¹. O Ministério Público, quando não efetuar o pedido de instauração, intervirá no incidente e, ainda, assumirá sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Destaque-se, porém, que, embora o IRDR fixe uma tese jurídica a ser aplicada aos processos, poderia o legislador aprimorar o sistema para assegurar que o legitimado seja um representante adequado dos interessados, preocupando-se que a tese seja fixada mediante a intervenção dos interessados, mas uma participação adequada do suscitante. O controle ora sugerido existe no modelo alemão, que serviu de inspiração para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas no Brasil²², através da aferição da representatividade adequada pelo Tribunal Regional Superior (*OLG*).

7 COMPETÊNCIA

Sem prejuízo das normas dispostas na Carta Magna, a competência para as ações coletivas foi prevista no artigo 2º da Lei nº 7.347/85 e no artigo 93 da Lei nº 8.078/90. O primeiro dispositivo pretendeu fixar que a competência territorial, na espécie, seria inderrogável. O segundo não contém menção expressa à incompetência absoluta, mantendo-se a indicação do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, com fulcro no inciso I. Todavia, se de âmbito nacional ou regional, a competência será do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. A harmonização dos dispositivos seria possível a partir da manutenção do caráter absoluto da incompetência, previsto no artigo 2º, alterando-se tão somente a fixação da regra pertinente às causas decorrentes de dano de âmbito nacional ou regional, que estariam entregues ao foro da Capital ou do Distrito Federal²³. Nesse último caso, parece mais adequado que não haveria exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional,

²¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 300.

²² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 598.

²³ *Ibid.*, p. 242.

sendo a previsão da Capital do Estado ou do Distrito Federal como territorial concorrente, devendo ser analisadas em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal²⁴.

Em relação ao IRDR, embora não haja norma expressa esclarecendo e como o juízo de admissibilidade será do tribunal de segundo grau, pode-se depreender que o pedido de instauração deverá ser protocolado diretamente no tribunal, sendo instruído com os documentos necessários para indicar a necessidade e o cabimento do incidente. A competência funcional para o julgamento do incidente, nos termos do artigo 978 do novo diploma, será do órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Será, contudo, necessariamente do plenário ou do órgão especial, quando se tratar de arguição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 97 da Constituição da República.

8 ADMISSIBILIDADE

No Brasil, ao contrário de países como os Estados Unidos e o Canadá²⁵, não há certificação para que uma ação seja admitida como coletiva. A ação coletiva tem como característica a substituição processual, na medida em que não pertence, ao substituto, com exclusividade, o bem tutelado. A pretensão deduzida está vinculada a uma coletividade, classe ou grupo de indivíduos²⁶.

As causas de inadmissibilidade da demanda são o indeferimento da petição inicial, a improcedência liminar do pedido e a extinção do processo sem resolução do mérito ou com resolução do mérito, como ocorre com as demandas individuais. Apenas se verifica se foram preenchidos os requisitos formais da petição inicial e se, *in status assertionis*, estão presentes as condições para o regular exercício do direito de ação e os pressupostos processuais para que a demanda coletiva seja admitida.

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas será inicialmente registrado e distribuído para um relator. Em seguida, encontram-se previstas, basicamente, quatro fases: (a) a admissibilidade pelo órgão colegiado; (b) a suspensão dos processos pendentes; (c) realização do contraditório com eventual instrução e (d) o julgamento do mérito.

²⁴ Nesse sentido: STJ. CC 17.533. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Segunda Seção. DJU: 30/10/2000.

²⁵ Sobre o tema: SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: GZ, 2013, p. 47 e 50-51.

²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 32.

O relator, após a admissão do incidente pelo órgão colegiado (artigo 981), suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região, conforme se tratar de tribunal de justiça ou de tribunal regional. Poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramite processo no qual se discuta o objeto do incidente, que as prestará em 15 (quinze) dias, requisição esta que deve ser excepcional, pois o incidente já deverá vir instruído, sendo tal requisição apenas quando houver a falta de algum dado relevante para o prosseguimento. Em seguida, o Ministério Público será intimado para se manifestar no prazo de quinze dias.

No juízo de admissibilidade, o tribunal irá considerar a existência de controvérsia que esteja ensejando a multiplicação dos processos fundada em idêntica questão de direito e capaz de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, bem como a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

No caso de rejeição do incidente, o curso do processo será retomado, mas não há impedimento de que, uma vez satisfeitos os requisitos, o incidente seja novamente suscitado (artigo 976, §3º do NCPC). Admitido o incidente, abre o contraditório, com eventual instrução, antes do julgamento do mérito.

9 CADASTRO DE PROCESSOS

É certo que, devido ao tempo que a ação civil pública possui previsão no ordenamento jurídico do país, existe uma grande quantidade de ações civis públicas já julgadas e muitas outras em tramitação, o que poderia fornecer um vasto material para estudo do direito processual coletivo. Contudo, uma das grandes dificuldades do processo coletivo no Brasil hoje é a dificuldade de encontrar dados precisos e em nível nacional sobre o processo coletivo, até mesmo porque o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com disposição na Resolução nº 2, de 21 de junho de 2011, previsto para entrar em vigor no segundo semestre de 2012, até o momento não foi implantado²⁷.

Não se desconhece que, em 13 de março de 2013, foi implementado o Portal de Direitos Coletivos pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O endereço eletrônico²⁸ permite a pesquisa de dados relativos a inquéritos civis e Termos de Ajustamento de Conduta,

²⁷ A referida resolução previa que este cadastro deveria estar em vigor até 31 de dezembro de 2011, o que não ocorreu, e pode ser encontrada em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/14836:resolucao-conjunta-n-2-de-21-de-junho-de-2011&catid=567:resolucoes-conjuntas/> Acesso em 23 abr. 2014.

²⁸ O endereço eletrônico é <http://www.cnmp.mp.br/direitoscoletivos/>. Acesso em 15 out. 2014.

nos últimos meses aperfeiçoado para constar a atuação do Ministério Público em todos os ramos e estados da federação. Apesar do grande avanço a sua implementação, o referido cadastro, com mais de um ano em funcionamento, a alimentação extemporânea pode gerar informações que não estejam de acordo com a real tramitação quanto ao momento da consulta, podendo ter, ainda, seu endereço eletrônico aperfeiçoado para facilitar a consulta.

O novo Código de Processo Civil prevê que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, além da necessidade de inclusão em um banco de dados eletrônico dos tribunais sobre a questão de direito submetida ao incidente, o que deve ser imediatamente comunicado ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para inclusão no cadastro. Ainda, após julgamento do incidente, os fundamentos determinantes do julgamento e os dispositivos normativos relacionados serão remetidos ao cadastro, por meio de registro eletrônico ao Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de que haja solidez, clareza e profundidade para fins de respeito à tese fixada e até mesmo, se for o caso, possibilitar esclarecer se deve ocorrer o seu distanciamento ou não, seja a partir do *distinguishing* ou do *overruling*.

É inegável a relevância do cadastro de processos para as demandas repetitivas. O banco de registro do incidente de Resolução de demandas repetitivas permitirá a identificação dos processos submetidos ao incidente de resolução de demandas repetitivas e das teses fixadas, mas, com sua implementação, espera-se que se efetive, também, o cadastro de processos coletivos.

10 SUSPENSÃO DO PROCESSO

Em relação à suspensão do processo em virtude da tramitação de uma ação coletiva, quando subsistem ações individuais, merece destaque o julgamento do REsp 1110549/RS, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 28 de outubro de 2009, que determinou, mesmo sem previsão legal expressa nesse sentido, que, ajuizada a ação coletiva, suspendem-se automaticamente as ações individuais, para se evitarem decisões contraditórias, posicionamento este que foi considerado como precedente e reproduzido por outros julgamentos no Superior Tribunal de Justiça, como o RESP 1353081, de relatoria do Ministro Mauro Campbell, julgado em 23 de agosto de 2013, o AEARESP 207660, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 19 de dezembro de 2012 e o AGA 1057643, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, julgado em 26 de abril de 2010.

De acordo com o texto legal, previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, quando é ajuizada uma ação coletiva, devem ser comunicados os autores individuais para, se desejarem, suspenderem suas ações individuais, e, dependendo do resultado, serem beneficiados pela ação coletiva ou prosseguirem individualmente.

A suspensão automática consagrada pelo STJ, em tese firmada em recurso repetitivo, torna dispensável a manifestação dos autores individuais para paralisar todas as ações individuais em curso. Como consequência, a desnecessidade de concordância com a ação coletiva, não apenas evita que haja ações individuais em curso paralelamente à ação coletiva, como, principalmente, previne decisões contraditórias.

Com o julgamento da ação coletiva, o autor individual passaria a se beneficiar do julgamento, já que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a disposição legislativa do art. 103, inciso III, do CDC é sobre o efeito *erga omnes* apenas para beneficiar vítimas e sucessores, ou prosseguiria com sua ação individual. Destaque-se, porém, que a improcedência de uma ação coletiva dificilmente será capaz de gerar procedência de uma ação individual sobre o mesmo tema.

Por outro lado, no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, essa suspensão possui previsão legal. A suspensão dos processos que versem sobre a questão de direito objeto do incidente é atribuição do relator após o juízo de admissibilidade pelo órgão colegiado.

A suspensão dos processos abrange os processos individuais e coletivos, em primeiro e segundo graus, na área de jurisdição do tribunal e, durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso. Ainda durante a suspensão, é possível que as partes de processo em que se discuta a mesma questão objeto do incidente, a Defensoria Pública ou o Ministério Público requeiram, aos tribunais competentes para conhecer do recurso especial ou extraordinário, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional, que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Essa suspensão cessará, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, se o julgamento do incidente ocorrer no prazo de até 1 (um) ano, com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*, previsão esta que zela pela prestação jurisdicional em um tempo razoável.

11 CONTRADITÓRIO E INSTRUÇÃO

Na ação coletiva, ocorrerá a atuação extraordinária do legitimado coletivo em prol da defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Os beneficiados pelo seu julgamento, pelo menos em se tratando de processo de conhecimento, não terão o seu *day in court*²⁹, ou, mais precisamente, a oportunidade de serem ouvidos e de se manifestarem individualmente, estando representados pelo legitimado coletivo. Por essa razão, ao contrário do Brasil, que, segundo entendimento majoritário, adotou uma presunção de *iuris et de iure* de representatividade adequada³⁰, muitos sistemas se preocupam com a aferição, no caso concreto, da representatividade adequada para a tutela coletiva.

Em se tratando de direitos individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor prevê, no artigo 94, que, após proposta a ação, será publicado o edital para eventuais interessados intervirem como litisconsortes, bem como será oportunizada aos autores individuais a suspensão de suas ações (artigo 104 do CDC), suspensão esta que, segundo a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça ocorreria de forma automática. A opção do legislador ter se valido da denominação litisconsorte parece, aliás, equivocada, se for considerado que o sistema brasileiro não positiva a legitimidade do indivíduo para a ação civil pública.

Destaque-se, porém, que, considerando os efeitos da coisa julgada na ação coletiva, regulada pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, a ação coletiva deve ser marcada pela ampla possibilidade de participação dos legitimados coletivos e com a realização de audiência pública sobre o tema controvertido.

Por outro lado, no incidente de resolução de demandas repetitivas terá o contraditório será aberto, em um prazo comum de quinze dias, no qual as partes e os demais interessados, aí considerados pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, poderão requerer a juntada de documentos e a realização de diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Em seguida, será concedido igual prazo de quinze dias, agora para a manifestação do Ministério Público. Será cabível, inclusive, nessa fase, a realização de audiência pública sobre o tema controvertido, de forma a ouvir depoimentos de pessoas com

²⁹ NAGAREDA, Richard A. *Mass Tort Litigation in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007, p. 7.

³⁰ Sobre o tema: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 113-116, DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201-202 e NERY JR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 247, nota 9.

experiência e conhecimento na matéria. Finda a realização do contraditório e eventual instrução, será solicitado dia para julgamento.

A crítica que tem se consolidado em relação ao contraditório no incidente de resolução de demandas repetitivas consiste na falta de critérios rígidos para sua admissão e a inexistência do controle da representatividade adequada do suscitante, ao contrário do que acontece no modelo alemão, em que se exige pelo menos 9 (nove) requerimentos no período de 6 (seis) meses para a instauração do incidente e há o controle da representatividade adequada pelo tribunal³¹. A eficácia vinculante de seu julgamento ocorre sem uma maior preocupação em relação ao desenvolvimento do contraditório perante as partes que tiverem seu processo suspenso para a aplicação da tese fixada no IRDR.

12 JULGAMENTO E RECURSOS

O julgamento da ação coletiva será proferido pelo órgão competente, que, sem prejuízo da observância das disposições da Carta Magna, será o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, ou, em se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, a competência será do foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal. Não há qualquer peculiaridade recursal em relação às previsões do Código de Processo Civil. Se o recurso for recebido sem efeito suspensivo, é admitido, inclusive, a execução individual provisória da sentença proferida em processo coletivo.

Em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, no dia do julgamento, após o relatório, será dada a palavra, sucessivamente, pelo prazo de trinta minutos, ao autor e ao réu do processo originário, em que o incidente foi suscitado, bem como ao Ministério Público, para sustentar suas razões. Em seguida, será concedido o mesmo prazo de trinta minutos para a manifestação de todos os demais interessados, que se inscreverem com dois dias de antecedência. Dependendo do número de interessados, esse prazo de trinta minutos poderá ser ampliado.

Por fim, será julgada a tese pelo tribunal, sendo que o conteúdo do acórdão abrangerá, segundo a norma, a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários. A tese fixada deve possuir uma

³¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.*, p. 603.

linearidade argumentativa de forma que seja reconhecida como um modelo decisório, capaz de gerar estabilidade decisória, segurança jurídica, previsibilidade e proteção da confiança³².

Julgado o incidente, caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, com efeito suspensivo *ope legis*, sendo que o recurso extraordinário terá repercussão geral presumida da questão constitucional eventualmente discutida.

A tese fixada será aplicada, pelo juiz natural, aos processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região, ou, ainda, em âmbito nacional, quando a tese for analisada por um tribunal superior. Do mesmo modo, deverá ser aplicado aos casos futuros que versem idêntica questão de direito. Se a tese jurídica fixada no incidente não for aplicada aos processos suspensos, será cabível a reclamação.

Se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação.

Todavia, há a previsão de superação da tese firmada e da distinção do caso concreto em relação à tese fixada. A superação da tese pode acontecer de ofício, pelo próprio tribunal que fixou a tese, ou a requerimento das partes³³, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Porém, de forma a assegurar a superação da tese de modo legítimo, a decisão deverá ser fundamentada, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, e precedida de oportunidade de participação, inclusive com a possibilidade de realização audiências públicas, oferecendo-se, em uma via de mão dupla, para a sua superação, iguais instrumentos que propiciaram a sua formação, de maneira a realizar o contraditório como garantia de influência e a não surpresa³⁴.

³² Sobre o tema: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. Cit.*, p. 124 e SCHAUER, Frederick. *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007001. Acesso em 14 abr. 2015.

³³ Não obstante o texto sancionado e publicado, na votação final ocorrida no Senado Federal, aprovou-se o Parecer Final nº 956, do Relator, Senador Vital do Rêgo, no qual o art. 974, renumerado depois para 977, continha apenas dois incisos, estando no segundo inciso a legitimidade das partes, do Ministério Público e da Defensoria Pública para o pedido de instauração do incidente. Por outro lado, no então art. 983, continha-se disposição, renumerada para o art. 986, indicando que a revisão da tese jurídica firmada far-se-á mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 974, inciso II. Portanto, a alteração, que se pretendia apenas de redação, acabou alterando o alcance da norma, que deverá ser lida e aplicada em conformidade com o texto efetivamente aprovado.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. Cit.*, p. 118.

Já a distinção do caso concreto em relação à tese fixada poderá ser legitimamente realizada pelo próprio juiz natural. Em um primeiro momento, bastaria, ao receber o comunicado de suspensão dos processos em virtude do IRDR, mediante requerimento de uma das partes e após ouvida a parte contrária, não suspender o processo, pela questão jurídica ali debatida ser distinta. Todavia, mesmo que o processo seja suspenso, em uma interpretação sistemática da novel legislação, especialmente da seção *Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença*, é factível que o órgão judicial profira a decisão interlocutória, sentença ou acórdão à luz do raciocínio de distinção supramencionado.

Para isso, com a verificação posterior de que o caso suspenso não se amoldaria à tese jurídica fixada, deveria, inicialmente, oportunizar o contraditório dinâmico às partes, com ampla oportunidade de participação, em uma nítida garantia à previsão de que, em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha facultado a manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício, evitando-se uma decisão surpresa. Isso porque, como as partes tiveram seu processo suspenso, havia uma nítida e legítima confiança de que a definição da tese jurídica seria aplicável ao caso concreto. Porém, ao ser promovido o contraditório, se verificado, após uma “radiografia argumentativa”, que o caso não se enquadra na tese jurídica fixada, poderá o magistrado, fundamentadamente, deixar de aplicar a tese jurídica e julgar a demanda.

13 A VINCULAÇÃO AO JULGAMENTO

Nas ações coletivas, a adoção de sistemas de vinculação ao julgamento pressupõe uma pretensão divisível a ser discutida em juízo, pois, se a pretensão for indivisível, naturalmente, não haverá discussão sobre *opt in* ou *opt out* ou qualquer sistema misto, sendo a vinculação necessária, já que não seria possível que fossem obtidas soluções distintas. Esses sistemas de vinculação não possuem base constitucional específica³⁵, decorrendo da previsão do devido processo legal na constituição de diversos países. A adoção de um ou outro modelo de vinculação é feita por disposição legal específica ou, nos países em que ela não existe, por determinação dos próprios tribunais ao admitirem uma ação como coletiva.

³⁵ BETSON, David; TIDMARSH, Jay. Optimal Class Size, Opt-Out Rights and “Indivisible” Remedies. *George Washington Law Review*. Washington: George Washington Law School, n. 542, vol. 79, fevereiro de 2011, p. 543.

No caso do Brasil, a vinculação ao julgamento foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso de o pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o tratamento será diverso, conforme esteja em jogo interesses essencialmente coletivos (interesses difusos ou coletivos em sentido estrito) ou individuais homogêneos. Em relação aos primeiros, o pedido julgado improcedente não será vinculativo, para todos os interessados e legitimados, apenas se o resultado desfavorável decorrer de falta ou insuficiência de provas.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeito *erga omnes*, o que merece ser criticado, por violar o princípio da isonomia. Ademais, a vinculação à coisa julgada no caso de procedência do pedido só se aplica aos interessados que não ajuizaram suas ações individuais ou que, ainda que estivessem com elas em curso, requereram a suspensão de suas ações individuais no prazo de trinta dias, conforme disposição da parte final do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Já no incidente de resolução de demandas repetitivas, a coisa julgada material se formará em cada processo em que a tese jurídica fixada no incidente for aplicada pelo juiz natural e sua eficácia subjetiva observará se a demanda pendente era individual ou coletiva. A tese jurídica será aplicada a cada processo pendente, individual ou coletivo. Ao contrário do modelo alemão do *Musterverfahren*, não se permite que os litigantes individuais exerçam o direito de *opt out* para não serem atingidos pela decisão, previsão esta que, no modelo alemão, foi incluída em 1º de outubro de 2012, com a nova redação da lei para a *KapMuG Musterverfahren* no mercado imobiliário, com a previsão de acordo e de *Austritt* (*opt out* ou exclusão). No sistema brasileiro, também não adota o sistema de *opt in*. A decisão afeta *pro et contra* todos os processos repetitivos em tramitação³⁶, sem uma “válvula de escape” ao litigante em relação ao julgamento padrão.

Porém, a vinculação à tese jurídica não é estabelecida como um dos efeitos da coisa julgada, mas sim como um dos efeitos do sistema vinculante dos precedentes previsto pelo novo diploma para o julgamento de casos repetitivos, aí compreendidos, de acordo com a previsão do artigo 928, tanto o julgamento firmado no âmbito do IRDR como no âmbito dos recursos repetitivos. Ressalva-se, porém, no sistema de precedentes estabelecido, a

³⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Op. Cit.*, p. 604.

possibilidade de superação da tese ou da distinção do caso concreto em relação à tese fixada³⁷.

14 EXECUÇÃO

Nas ações coletivas, a execução deverá observar a categoria de direitos em questão, já que a execução de direitos difusos e coletivos será realizada pelos legitimados coletivos. Por outro lado, a execução que verse sobre direitos individuais homogêneos, será objeto de cumprimento ou execução tanto coletiva quanto individualmente, embora, sob a lógica da economia, o modo coletivo possa representar uma maior economia processual.

Ainda em relação aos direitos individuais homogêneos, a Lei nº 8.078/90, no artigo 95, estabelece que, no caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade dos réus pelos danos causados. Contudo, esse dispositivo contém dois equívocos. O primeiro por fazer referência a uma sentença genérica apenas às obrigações de pagar quantia certa, sendo que há casos em que a identificação das vítimas ou determinação dos danos não é possível em um primeiro momento, justificando-se, assim, a prolação de uma sentença genérica. O segundo por supor um modelo monolítico, baseado sempre em uma sentença genérica, quando nem sempre haverá a ausência de determinação dos beneficiários da sentença e liquidez da condenação, como, por exemplo, os casos de sentenças declaratórias ou constitutivas.

Já o incidente de resolução de demandas repetitivas não possui disposição sobre execução, porque este instrumento apenas versa sobre a tese jurídica a ser fixada. A execução ocorrerá em cada processo individual ou coletivo em que a tese for aplicada, seguindo-se a sistemática da execução individual ou coletiva.

CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, será acrescida ao ordenamento jurídico brasileiro a previsão de um processo incidente para corroborar a solução

³⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: Algumas Considerações. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*: Precedentes. Salvador: Juspodivm, vol. 3, 2015, p. 567-589.

coletiva de conflitos, somando-se às ações coletivas e aos meios extrajudiciais de solução de conflitos coletivos.

Ter-se-á um, portanto, desejado sistema pluralista, porque, em primeiro lugar, nem sempre se está diante de uma ação coletiva, independente das razões para o seu não ajuizamento. Por outro lado, a realidade demonstra que nem sempre as ações coletivas ajuizadas foram capazes de conter uma grande quantidade de litígios, tendo em vista, por exemplo, a limitação do próprio pedido ou a legitimidade do autor. Do mesmo modo, a questão comum poderá advir não de direitos individuais homogêneos propriamente ditos, mas de pretensões variadas.

Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas possuem sistemática procedimental diversa, mas um caráter complementar e de apoio, precipuamente se relacionado à economia processual e ao princípio da igualdade. Enquanto as ações coletivas já são o ponto de partida para os casos repetitivos, o IRDR representa um ponto de chegada, constituindo-se como verdadeira regra decisória para demandas atomizadas.

Esses instrumentos apenas se somarão para uma solução adequada dos conflitos que versam sobre direitos individuais homogêneos, sem prejuízo de ainda serem fomentadas medidas para fortalecimento das ações coletivas, como a implementação do Cadastro de Ações Coletivas, a atuação do indivíduo enquanto legitimado e a unificação de um sistema de coisa julgada *secundum eventos litis e probationis*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 9, n. 29, jul.-dez. 2006. p. 49-68.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BETSON, David; TIDMARSH, Jay. Optimal Class Size, Opt-Out Rights and “Indivisible” Remedies. *George Washington Law Review*. Washington: George Washington Law School, n. 542, vol. 79, fevereiro de 2011, p. 542-576.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 32, n. 147, mai. 2007, p. 123-146.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

COHEN, Dany. *Droit et Économe Du Procés Civil*. Paris: L.G.D.J., 2010.

DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam, LANGLAIS, Éric. *Economie des actions collectives*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita. *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos*. Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2008.

HENSLER, Deborah R; HODGES, Christopher; TULIBACKA, Magdalena. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Filadélfia: SAGE, v. 622, March 2009.

KARLSGODT, Paul. *World Class Actions: a Guide To Group and Representative Action around the World*. Oxford: OUP, 2012.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: Instrumento de Tutela para o Bem Comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 190-211.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4.ed., 2014.

_____. Resolução Coletiva de Conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa. *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: RT, 2013, p. 47-70.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: Algumas Considerações. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: Juspodivm, vol. 3, 2015, p. 567-589.

_____; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 243, p. 283-331.

NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo - vol 4*. 9a. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.