

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

10

JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

COORDENADORES

Fredie Didier Jr.

Leonardo Carneiro da Cunha



2017

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos

Andre Vasconcelos Roque

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ORIGEM DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL; 3. AVANÇOS E RETROCESSOS NA TUTELA COLETIVA; 4. OS PROCEDIMENTOS PARA RESOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS ENTRAM EM CENA; 5. CONCLUSÃO: QUAL O ESPAÇO DESTINADO A CADA UM?; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em 2016, consolidou no ordenamento jurídico brasileiro os procedimentos destinados à resolução de casos repetitivos, como uma das soluções concebidas pelo legislador para debelar a crise numérica de processos no Brasil.

Nesse sentido, não apenas se aprofundou a disciplina dos recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015), como se introduziu a figura do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR – arts. 976 a 987 do CPC/2015), o qual será instaurado perante os tribunais de justiça e tribunais regionais federais. Juntos, os recursos extraordinário e especial repetitivos e o IRDR são

compreendidos como um verdadeiro microsistema de julgamento de casos repetitivos. Não por acaso, o art. 928 do CPC/2015 estabelece que “casos repetitivos” é expressão que, no novo código processual, refere-se a ambas as figuras.

Os procedimentos para resolução de casos repetitivos frequentemente são associados às ações coletivas, visto que estas contemplam, como um de seus escopos, o processamento e a apreciação, em um só processo, de direitos classificados como individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor). Assim, à primeira vista, numerosas demandas envolvendo a cobrança indevida de valores nas contas de telefone ou problemas relacionados à emissão de passagens aéreas, apenas para ficar em alguns dos exemplos mais corriqueiros, seriam suscetíveis de tratamento por meio de ações coletivas e, paralelamente, mediante a utilização de algum dos institutos relacionados ao processamento de casos repetitivos, como o IRDR ou os recursos especiais repetitivos.

Tal associação entre ações coletivas e procedimentos para resolução de casos repetitivos não é nova no Brasil, podendo ser facilmente encontrada na doutrina e mesmo na tramitação legislativa do CPC/2015. Não se pode ignorar, por outro lado, que a partir do novo Código, ações coletivas e procedimentos relacionados à apreciação de casos repetitivos deverão conviver no ordenamento jurídico brasileiro, pois o CPC/2015 manteve a disciplina referente a instrumentos como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Embora haja evidentes casos de sobreposição, não se pode ignorar que a coincidência de espaços não é total.

Procura-se neste estudo, portanto, investigar qual o espaço a ser ocupado pelas ações coletivas e pelos procedimentos de resolução de casos repetitivos no Brasil.

2. ORIGEM DAS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no

processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo. Diferencia-se o instituto em questão do litisconsórcio, no qual todos os titulares do bem tutelado, em princípio, participam formalmente do processo. Como se percebe, este último instituto, inserido no processo civil individual, seria incapaz de tutelar de forma minimamente eficiente e adequada os interesses de milhares ou até mesmo milhões de pessoas em um só processo, sem comprometer seu bom andamento, sua razoável duração e o direito de defesa do demandado.

O direito brasileiro ocupa papel de destaque entre os países da *civil law* no âmbito das ações coletivas. Não é a oportunidade adequada para se apresentar um exame histórico detalhado da matéria no Brasil, mas não se poderia deixar de destacar três diplomas que foram essenciais para a consolidação da tutela coletiva no país: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Ao longo dos últimos trinta anos, não apenas foram aprovadas estas e outras leis importantes, como se despertou o interesse de substancial doutrina. O assunto desponta frequentemente em monografias, dissertações de mestrado, teses de doutoramento e artigos específicos.

Em linhas gerais, as ações coletivas brasileiras se desenvolveram a partir das *class actions* norte-americanas, mas por via indireta, principalmente através dos estudos da doutrina italiana na década de setenta do século passado. Embora já existisse no Brasil a Lei da Ação Popular desde a década anterior (Lei nº 4.717/1965), até aquele momento, a doutrina ainda não havia voltado as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua tutela em juízo.

Os estudos da doutrina italiana sobre o tema durante os anos setenta foram aqui recebidos por importantes processualistas. O desenvolvimento da problemática atinente à proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos foi marcado pelo pioneiro estudo do mestre José Carlos Barbosa Moreira, intitulado *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos*

chamados “interesses difusos” e publicado originalmente ao final da década de setenta. Em síntese, tal estudo estabeleceu uma tipologia dos interesses supraindividuais, refletindo na classificação legal adotada anos mais tarde pelo art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda no final da década de setenta do século XX, também se destacaram no estudo do tema os ilustres professores Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, que publicaram importantes trabalhos, em que buscavam desbravar os novos conceitos e questões envolvidas na tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. Os esforços da doutrina processualista, aliados à fase de democratização e de fortalecimento dos novos direitos por que passava o Brasil na década seguinte, criaram as condições ideais para o desenvolvimento da tutela coletiva.

Na mesma época, o Ministério Público começou também a chamar para si novas responsabilidades, como a proteção ambiental e do patrimônio público, indo além da tradicional persecução penal e da defesa dos incapazes. Não por acaso, na Constituição da República de 1988, o *Parquet* ostenta renovadas atribuições – empoderamento do Ministério Público –, como se depreende de seu art. 129, no qual constam, entre outras funções institucionais, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III), sem prejuízo de “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (inciso IX).

3. AVANÇOS E RETROCESSOS NA TUTELA COLETIVA

Como já visto acima, o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil foi marcado por três grandes momentos: a aprovação da Lei da Ação Civil Pública em 1985, a promulgação da Constituição da República de 1988, e o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

A legislação brasileira atual em termos de ações coletivas, que se encontra estruturada basicamente na Lei de Ação Civil Pública e no

Código de Defesa do Consumidor, revela extraordinários méritos. Em primeiro lugar, o art. 81 do Código consumerista estabelece uma definição legal do que constituem os interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, evitando controvérsias que ainda não foram bem resolvidas até hoje em outros países. Além disso, inovando em relação à doutrina italiana clássica, estruturou a categoria dos chamados direitos e interesses individuais homogêneos, em certa medida inspirada nas *class actions* americanas de categoria (b)(3), permitindo assim que direitos individuais de origem comum pudessem ser coletivamente tutelados em um único processo, com o objetivo de promover o acesso à justiça, a economia processual e uniformidade das decisões.

Direitos difusos e coletivos *stricto sensu* caracterizam-se pela marca da indivisibilidade, de tal modo que a tutela para um integrante da coletividade afetada produzirá efeitos para todo o grupo. Não há, a título de exemplo de um direito difuso, como assegurar o equilíbrio ambiental sem que isso diga respeito a toda a comunidade em determinado local. Da mesma forma, no caso de direitos coletivos *stricto sensu*, é impossível que se pleiteie certa qualidade do ensino em determinado estabelecimento sem que isso traga reflexo para todos os demais alunos ali matriculados.

Como já é de conhecimento geral, direitos difusos e coletivos equiparam-se em termos de indivisibilidade, distanciando-se apenas nas relações internas do grupo. Nos primeiros, os membros estão ligados por meras circunstâncias fáticas, como residirem em determinado local afetado pela atividade poluidora, o que contribui para uma menor estabilidade desse grupo, formado por um número indeterminável de pessoas. Com relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, o vínculo que une o grupo é uma relação jurídica base anterior ao fato gerador da ação coletiva, o que torna determinados ou, ao menos, determináveis seus membros. Essa relação jurídica, em tese, pode se dar de cada membro da classe com a parte contrária (exemplo: alunos matriculados na instituição de ensino demandada) ou internamente ao grupo (exemplo: integrantes de uma classe profissional lesada por atos de terceiros).

Aqui, o objeto de tutela não é passível de fracionamento em processos individuais. Mesmo que se venha a admitir que uma demanda dessa natureza seja ajuizada por um indivíduo – seja no âmbito de uma ação popular (art. 1º, *caput*, Lei nº 4.717/1965), seja em situações excepcionais em que não há legitimado coletivo disponível ou mesmo nos casos em que nem se percebeu que a questão poderia contemplar tratamento coletivo (ações pseudoindividuais), como é comum em discussões sobre direito de vizinhança – ainda assim haverá reflexos evidentes para todo o grupo.

Por outro lado, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, definidos, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, como os decorrentes de origem comum (art. 81, parágrafo único, III), a situação é bem diferente. Em sua essência, esses direitos são tipicamente individuais e poderiam ser objeto de tutela igualmente individual. Contudo, por razões de política legislativa, o ordenamento jurídico permite que esse conjunto de direitos ontologicamente singulares, por envolverem questões de fato ou de direito comuns, sejam agregados em um só processo, proporcionando:

(i) acesso à justiça (já que poderia não valer a pena a tutela individual em hipóteses de pretensões pulverizadas, que não passam de alguns poucos reais);

(ii) economia processual (vez que a tutela seria prestada a inúmeras pessoas de uma só vez, evitando o desperdício de tempo e recursos e racionalizando a jurisdição);

(iii) isonomia (na medida em que todos terão uma decisão uniforme para suas pretensões individuais, promovendo segurança jurídica), e;

(iv) paridade de armas (pois a agregação de pretensões estimula a participação de profissionais capacitados em defesa do grupo).

Ainda que se possa eventualmente questionar se o direito pátrio andou bem ou não em estabelecer uma categorização apriorística de direitos que podem ser tutelados em processos coletivos, não há dúvidas de que a solução prevista representou uma louvável tentativa de superação das controvérsias doutrinárias então existentes.

Além de romper, ainda que em parte, com o dogma do processo individualista, preocupado apenas em resolver conflitos atomizados, não molecularizados, a legislação brasileira ainda revela outros méritos. Algumas disposições do CDC a esse respeito são dignas de elogios.

Um exemplo é o regime da coisa julgada, em que não se aderiu à sistemática *pro et contra* (com a formação de coisa julgada material *erga omnes* independentemente do resultado), nem à alternativa do modelo *secundum eventum litis* (em que somente haverá formação de coisa julgada material em caso de vitória do grupo). O legislador brasileiro procurou contornar os inconvenientes dos dois modelos clássicos, ao estabelecer um regime peculiar, no qual a coisa julgada opera com eficácias diferentes nos planos coletivo e individual. No plano coletivo, a coisa julgada se apresenta *pro et contra*, impedindo que sejam repropostas ações coletivas idênticas por qualquer dos legitimados, independentemente do resultado da demanda. Entretanto, a extensão de seus efeitos à esfera jurídica dos membros da coletividade terá eficácia *secundum eventum litis*, somente para beneficiar o grupo (art. 103 do CDC). Embora talvez seja a hora de repensar o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras, não se pode deixar de reconhecer que a solução apresentada é bem interessante.

Apesar dos méritos da legislação sobre ações coletivas no Brasil, há ainda muito a se fazer. A experiência brasileira na matéria se amadureceu razoavelmente, mas também revelou sérias deficiências de nosso sistema. Uma das dificuldades observadas tem sido o tempo de tramitação das ações civis públicas. Embora se trate de questão comum a todo o processo civil, que ainda não recebeu o equacionamento devido em muitos outros países, sendo ilusão imaginar que a morosidade da justiça seria um problema exclusivamente nacional, não se pode ignorar que o problema assume feições ainda mais graves e patológicas no âmbito das ações coletivas brasileiras.

Além disso, embora seja verdade que a legislação brasileira teria rompido, pelo menos em parte, com o dogma de um processo eminentemente individualista, não se pode deixar de considerar que nenhuma ruptura ocorre sem resistência. Inicialmente, alguns juristas e juízes apontaram obstáculos aparentemente insuperáveis nas ações

coletivas ou consideraram que estava sendo instituído um injusto privilégio contra o réu, especialmente em relação ao regime da coisa julgada. Nada obstante, o fortalecimento dos novos direitos e o processo de redemocratização no Brasil ao final da década de oitenta do século XX criaram um ambiente propício para que pouco a pouco fosse superada a resistência dos mais conservadores.

Muito mais grave do que a resistência de alguns juristas e juízes foi constatar que a legislação processual, construída sobre alicerces individualistas, precisava ser conformada à nova realidade. Embora o Código de Defesa do Consumidor disciplinasse vários aspectos das ações coletivas, diversos institutos permanecem regulados somente no Código de Processo Civil. Coube à doutrina e à jurisprudência a árdua tarefa de revisitar os institutos do processo civil individual e adaptá-los gradativamente para a realidade das ações coletivas, nem sempre com resultados animadores. Evidência disso são os problemas observados na prática quanto à litispendência, conexão, continência e prevenção, institutos ainda não disciplinados de forma satisfatória nas demandas coletivas. Não é incomum, por exemplo, que várias ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, sejam processadas em diferentes juízos, ocasionando decisões contraditórias, harmonizadas apenas nas instâncias superiores.

A própria legislação sobre processos coletivos apresenta sérias deficiências em alguns aspectos. No Brasil, em sede de direitos e interesses individuais homogêneos, a lei se satisfaz com a publicação de um edital no Diário Oficial, convocando os interessados a intervir como litisconsortes na ação coletiva, se quiserem. Segundo o art. 94 do CDC, outros meios de comunicação são possíveis, mas apenas a publicação do edital é obrigatória. A deficiência da forma de comunicação se afigura evidente: a presunção de conhecimento a todos pela simples publicação no Diário Oficial transmuda-se em verdadeira ficção jurídica. Com exceção dos casos de repercussão na mídia, é provável que os interessados nunca tomem ciência da ação civil pública e jamais se habilitem para liquidar individualmente a condenação genérica, em caso de procedência do pedido (art. 97 do CDC).

Pior: como o sistema de vinculação na lei brasileira não adota como referência a ação coletiva, preferindo levar em consideração a conduta dos autores individuais em suas ações singulares, o problema se potencializa. Ao não adotar nem o sistema de inclusão (*opt-in*), nem o de exclusão (*opt-out*), o prazo de trinta dias previsto no art. 104 do CPC para que o autor requeira a suspensão de sua demanda individual passa a ser ilusório. Ainda que se entenda que a publicação do edital no Diário Oficial bastaria para dar início ao prazo previsto no dispositivo, provavelmente poucas pessoas terão conhecimento efetivo da demanda coletiva e menos indivíduos ainda suspenderiam seus processos. O resultado dessa equação é trágico: várias ações civis públicas e individuais sobre a mesma questão tramitam ao mesmo tempo em diversos juízos, comprometendo seriamente os objetivos da tutela coletiva.

Finalmente, não se pode desprezar a resistência do Poder Público às ações coletivas. Nesse sentido, o principal recuo sofrido nos últimos anos se deu quando o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública foi modificado, para dispor que a coisa julgada *erga omnes* ficaria restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.

O dispositivo merece severas críticas. Primeiro, porque fraciona o alcance das ações coletivas, estimulando a instauração de vários processos idênticos na hipótese de danos de âmbito regional ou nacional. Em um momento em que o processo civil está disposto a lançar mão de súmulas vinculantes – e, no novo CPC, de precedentes vinculantes (art. 927) – para lidar com o aumento da litigiosidade, tal medida parece na contramão da evolução do processo civil brasileiro. Além disso, a lei ignora que, quando o interesse for difuso ou coletivo *stricto sensu*, haverá indivisibilidade do objeto, não se admitindo por isso o fracionamento da tutela processual.

Por outro lado, a partir do momento em que foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada nas ações coletivas passou a ser regulada pelo art. 103 do CDC. O legislador da Lei nº 9.494/1997, além de motivado por intenções censuráveis de enfraquecer a tutela coletiva, foi incompetente: esqueceu-se de inserir a alteração no CDC. Além disso, esqueceu-se de alterar o art. 18 da Lei de Ação Popular,

fonte de inspiração do art. 16 original da Lei de Ação Civil Pública. Como, em certas hipóteses, a causa de pedir na ação popular e na ação civil pública poderá ser a mesma, a distinção de regimes jurídicos para as duas espécies de ações coletivas se mostra despropositada e ilógica, a reforçar a falta de técnica processual do legislador.

Por fim, a inovação inserida pela Lei 9.494/1997 cometeu um gravíssimo equívoco, ao confundir os conceitos de jurisdição e competência. Uma decisão judicial proferida em um determinado estado pode produzir efeitos em todo o território nacional. Por exemplo, uma decisão em São Paulo pode vincular bens e pessoas no estado do Rio de Janeiro, desde que cumpridas as formalidades estabelecidas na legislação processual, tais como a expedição e autuação de carta precatória. Isso porque todos os órgãos do Judiciário possuem jurisdição nacional, atributo este decorrente da própria soberania. Ao tolher a eficácia territorial de uma decisão judicial, o atual art. 16 da Lei 7.347/1985 afronta a jurisdição dos juízes e, em última medida, a própria soberania e independência do Judiciário. Os limites da coisa julgada não devem ser determinados pela competência do órgão jurisdicional, mas sim pelo objeto do processo, que poderá ultrapassar a área de competência territorial do juízo.

Durante muito tempo, apesar da posição da doutrina dominante contra o atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, a jurisprudência se mostrou vacilante. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido liminar na ADIN nº 1.576 ajuizada contra a MP nº 1.570/1997, que se transformou na Lei nº 9.494/1997, afastou a inconstitucionalidade do dispositivo. Segundo o entendimento capitaneado pelo relator Min. Marco Aurélio, mesmo na redação primitiva, o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública limitava a coisa julgada *erga omnes* à área de atuação do órgão jurisdicional. O voto do Min. Néelson Jobim, proferido em idêntico sentido, com a devida vênia, incorreu no mesmo equívoco cometido pelo legislador, ao asseverar que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada deveria estar restrita à competência territorial do juiz prolator porque, caso contrário, estariam sendo invertidos os critérios da competência e da territorialidade. Como se vê, o próprio Supremo Tribunal Federal confundiu os institutos da competência e dos limites

subjetivos da coisa julgada por ocasião do julgamento do pedido liminar. Nada obstante, o mérito não chegou a ser apreciado, pois a Medida Provisória objeto de impugnação na ADIN acabou convertida na Lei nº 9.494/1997 e a ação foi julgada prejudicada por falta de aditamento à petição inicial.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, houve posicionamentos distintos e conflitantes sobre a matéria ora versada. Embora a orientação dominante naquele tribunal acolhesse a limitação prevista pelo atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, não havia uma posição consolidada acerca do tema.

No ano de 2011, a Corte Especial do STJ, ao apreciar os Recursos Especiais nº 1.243.887 e 1.247.150, julgados no regime do art. 543-C do CPC, reconheceu, ainda que em *obiter dictum*, que não apenas o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública embaralha institutos processuais diversos, como também que tal norma deveria ser revisitada à luz do art. 93 do CDC. Assim, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os seus beneficiários, independentemente da limitação atinente à competência territorial do órgão prolator. Consequentemente, caberia ao consumidor escolher o juízo mais conveniente para deflagrar a fase de liquidação e de execução individual da sentença genérica de condenação (seu domicílio, o domicílio do réu, o foro dos bens sujeitos à eventual expropriação ou o da sentença).

O *overruling* veio no ano seguinte, em precedente da Terceira Turma, relatado pela Min. Nancy Andrighi. Decidiu-se expressamente no caso que “a distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador”.

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem vacilado a respeito da limitação estabelecida no atual art. 16 da Lei da Ação Civil Pública – ora a afastando, ora a reconhecendo, ora a limitando aos direitos individuais homogêneos, que são divisíveis e, portanto, admitem fracionamento.

Assim, entre erros e acertos, o mérito obtido pelas ações coletivas no Brasil se revela notável, porém, limitado em certa medida. Muitos direitos e interesses de natureza difusa e coletiva *stricto sensu*, que não tinham até a década de oitenta do século XX nenhum instituto processual capaz de proporcionar uma tutela adequada, finalmente puderam ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário, com destaque para a proteção do meio-ambiente. Políticas públicas de diversa natureza puderam ser discutidas através de processos coletivos, incluindo a regulação de serviços públicos como telefonia, gás e petróleo, energia elétrica, entre outros. Consolidou-se o regime de proteção e defesa do consumidor. Ademais, não se pode olvidar do desenvolvimento de ampla doutrina especializada sobre o tema. Dado o período relativamente curto em que as ações coletivas foram consagradas de forma mais consistente na legislação nacional, os méritos não são poucos, nem podem ser ignorados.

No entanto, embora não sejam poucos os méritos, eles são em certa medida limitados. De forma geral, os processos coletivos no Brasil falharam em sua promessa de proporcionar uniformidade de decisões, celeridade e economia processual. Apesar do ajuizamento de várias ações coletivas, nenhuma foi capaz de conter a verdadeira enxurrada de demandas individuais envolvendo as mais diversas questões. Apenas para ficar nos exemplos mais atuais, não custa lembrar a imensa quantidade de ações envolvendo os expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança, os pedidos de revisão de aposentadorias e as demandas questionando a cobrança de assinatura nas contas de telefone, entre muitas outras hipóteses.

Nem todos os vícios podem ser atribuídos a deficiências na legislação. Contudo, a revisitação e o correto equacionamento de alguns aspectos da tutela coletiva poderiam facilitar bastante o seu aperfeiçoamento. Como se concluiu em um estudo empírico sobre as ações

coletivas, a principal causa do ajuizamento de demandas coletivas de idêntico objeto, ao lado de outros processos individuais versando sobre a mesma questão, foi a ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas, bem como de uma orientação jurisprudencial mais precisa. Isto se dá especialmente em relação aos institutos da conexão, litispendência, prevenção e, em certa medida, a competência, sobretudo após a modificação promovida no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública em 1997. Apenas para se ter uma ideia, em uma das ações civis públicas em matéria de assinatura telefônica, os autos foram remetidos de um juízo para outro nada menos que quatro vezes. Dois processos foram remetidos três vezes e mais três casos foram enviados de um órgão judicial para outro em pelo menos duas oportunidades. Todo esse tumulto para se decidir uma questão de mérito relativamente simples, na medida em que a jurisprudência dominante tem entendido pela legalidade da assinatura.

Por esses motivos, sem deixar de lado as inúmeras conquistas acumuladas, parece que chegou a hora de repensar o modelo brasileiro de processos coletivos.

4. OS PROCEDIMENTOS PARA RESOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS ENTRAM EM CENA

Desde 2001, com o pedido de uniformização da interpretação da lei federal nos Juizados Especiais Federais (art. 14, §§ 5º a 9º da Lei 10.259/2001) e a inserção da ampliação da suspensão de liminares em casos repetitivos (art. 4º, § 8º da Lei 8.437/1992, acrescentado pela MP 2.180-35/2001), foram sendo implementados, no ordenamento jurídico brasileiro, institutos destinados à resolução de casos repetitivos por amostragem. Como já apontado, no CPC/2015, os dois principais exemplos desses procedimentos são os recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015) e o IRDR (arts. 976 a 987 do CPC/2015).

Seu funcionamento pode ser sintetizado da seguinte forma: a partir de um conjunto de causas repetitivas, selecionam-se casos

representativos da controvérsia – de preferência, aqueles cujas manifestações contenham maior variação de argumentos e cujas decisões contemplem maior número de fundamentos (art. 1.036, § 6º do CPC/2015) –, ficando os demais sobrestados. A matéria é encaminhada para uma instância superior ou um colegiado mais amplo para apreciar a admissibilidade do procedimento e, caso este seja positivo, participação dos interessados e o julgamento, com definição da tese jurídica aplicável. Estabelecida a tese comum, ela deverá ser aplicada não só aos casos representativos, mas também aos demais processos suspensos, promovendo isonomia, segurança jurídica e economia processual.

Em relação aos recursos especial e extraordinário repetitivos, não há dúvidas: trata-se de procedimento de “causa-piloto”, de sorte que, uma vez definida a tese jurídica, o próprio órgão que a estabeleceu também julgará os casos representativos de forma individualizada. Em etapa posterior, a *ratio decidendi* desse julgamento será então replicada para os demais casos que permaneceram sobrestados. Não por acaso, como clara evidência da adoção do sistema de causa-piloto nos recursos especial e extraordinário repetitivos, somente podem ser escolhidos como casos representativos os processos que já se encontrem na fase de recurso especial ou extraordinário, na forma do art. 1.036, §§ 1º e 5º do CPC/2015.

Quanto ao IRDR, contudo, há divergência na doutrina, se também se trata de um modelo de “causa-piloto” ou, inversamente, se consiste em espécie de “causa-modelo”, em que o órgão jurisdicional limita-se a definir a tese jurídica a ser seguida para os casos repetitivos, sem julgar o caso concreto. Há, aqui, cisão cognitiva, pois o órgão que aprecia o procedimento destinado à resolução dos casos repetitivos aprecia somente as questões comuns, sem ingressar na análise do caso concreto.

Embora a disciplina do IRDR, como um todo, sinalize no sentido de tratar-se de “causa-modelo” – concentram-se suas regras na definição da tese jurídica, além de o art. 977, I do CPC/2015 permitir que o pedido de instauração do IRDR seja encaminhado por ofício expedido pelo juiz (ou seja, sem que necessariamente aquele processo esteja tramitando no tribunal) –, o art. 978, parágrafo único parece

sinalizar em sentido oposto, prevendo que o órgão colegiado competente para definir a tese jurídica “julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Avaliando a disciplina do IRDR no CPC/2015 e após uma reflexão mais detida sobre os argumentos expostos em doutrina – ultrapassada, portanto, a perplexidade inicial que enfrentou o autor do presente estudo –, parece mais adequado tratá-lo como “causa-modelo”. Afirma-se isto não por conta da possibilidade de prosseguimento do incidente mesmo após a desistência ou abandono da causa a partir da qual foi instaurado (art. 976, § 1º, CPC/2015), pois regra semelhante vigora para os recursos especial ou extraordinário repetitivos (art. 998, parágrafo único do CPC/2015). No entanto, não se pode ignorar que: (i) o IRDR resolve apenas questões de direito (art. 976, I, CPC/2015), ficando a análise de fatos e provas sob a competência do juízo de aplicação (art. 985, I, CPC/2015); (ii) o recurso interposto contra o julgamento do IRDR tem repercussão geral presumida e efeito suspensivo sem qualquer ressalva (art. 987, § 1º do CPC/2015), o que só parece fazer sentido se este se limitar à definição da tese jurídica geral; (iii) a matéria suscetível de tratamento no IRDR pode consistir em simples questão incidental nos processos repetitivos – como, por exemplo, se o prazo previsto no art. 523, *caput* do CPC/2015 (para pagamento espontâneo da condenação) deve ser contado em dias úteis ou corridos; e (iv) a legitimidade da defensoria e do Ministério Público para requerer a instauração do incidente (art. 977, III do CPC/2015) parece reforçar que se trata de um sistema de “causa-modelo”, pois tais entes não necessariamente serão partes das causas que originarem o IRDR.

Nessa perspectiva, o art. 978, parágrafo único do CPC/2015 consiste apenas em regra de prevenção do órgão que apreciou o IRDR para o julgamento da causa nos processos dos quais se originou o incidente, sem que se exija a unidade de cognição e julgamento do incidente com a causa a partir da qual foi instaurado.

As técnicas de resolução de casos repetitivos tem ganhado muito mais prestígio nas últimas reformas processuais que as ações coletivas por razões pragmáticas. Existe a esperança de que tais institutos

possam ajudar a conter a massa de processos que assola o Judiciário, ao passo que semelhante papel, por razões não muito bem definidas, não costuma ser atribuído às ações coletivas. E, em um sistema judiciário já trabalhando muito além de sua capacidade máxima, com significativas consequências na qualidade das decisões judiciais, lamentavelmente, preocupações em torno do acesso à justiça não entram na pauta do dia.

5. CONCLUSÃO: QUAL O ESPAÇO DESTINADO A CADA UM?

Evidentemente, muitas das vantagens proporcionadas pelos procedimentos de resolução de casos repetitivos são também perseguidas pelas ações coletivas. Assim, poderia a implementação de tais procedimentos preencher totalmente o espaço dos processos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro?

Ao contrário do que se poderia imaginar, o IRDR e a sistemática dos recursos repetitivos disciplinada no novo CPC não afastarão a necessidade de adequada tutela coletiva no Brasil. Isso porque os objetivos perseguidos pelas ações coletivas são mais amplos que os almejados pela resolução de casos repetitivos. Tais procedimentos têm por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia, celeridade e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos e insuscetíveis de fracionamento – ou seja, difusos e coletivos *stricto sensu*.

As ações coletivas, por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas, do ponto de vista individual, em um só processo, incrementam o acesso à justiça. Se um determinado réu proporciona danos individualmente ínfimos, mas que assumem significativa proporção global (pense-se, por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de sabão em pó), somente as ações coletivas funcionarão como instrumento idôneo de tutela. Além disso, muitas vezes os titulares dos direitos em discussão não possuem informação ou incentivos suficientes para litigar em juízo.

Nesse cenário, a utilização do IRDR ou de outros procedimentos destinados à resolução de casos repetitivos seria inócua, uma vez que sequer existiram demandas repetitivas que pudessem ensejar a sua instauração. O acesso à justiça para esses danos pulverizados somente poderá se dar por meio do processo coletivo.

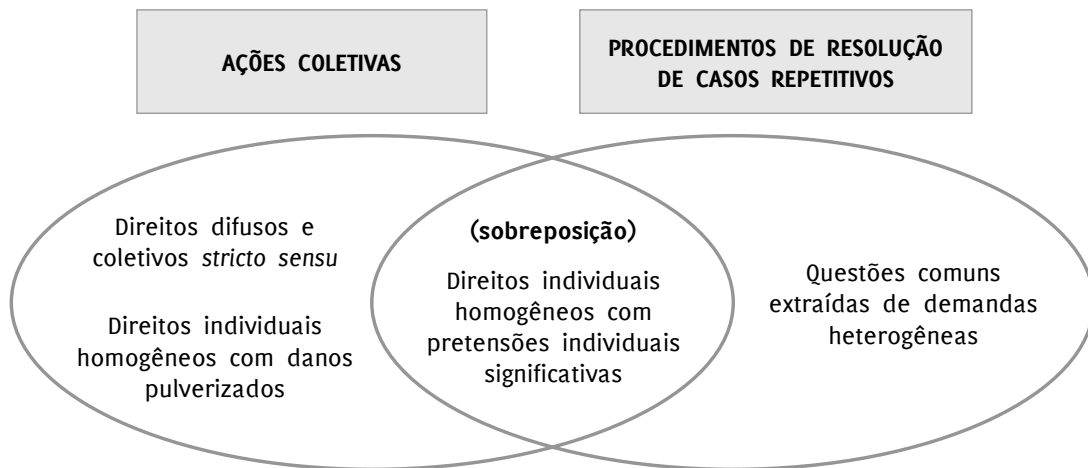
Não é por acaso, aliás, que o fortalecimento de procedimentos para a resolução de casos repetitivos no direito comparado se verificou sem prejuízo das ações coletivas. Na Alemanha, o procedimento-modelo (*Musterverfahren*) se desenvolveu sem o abandono das tradicionais ações coletivas propostas por associações (*Verbandsklagen*). Da mesma forma, na Inglaterra, as decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), que representam uma técnica de julgamento de casos-piloto, foram previstas sem que fossem abolidas as ações representativas (*representative actions*). Nos Estados Unidos, admite-se a utilização de procedimentos de casos-piloto, sem prejuízo das conhecidas *class actions*, ações coletivas em que o interesse de um grupo é representado em juízo por um de seus membros, considerado representante adequado da coletividade. Não há razão para se concluir de forma diferente no direito brasileiro.

Por outro lado, os procedimentos de resolução de casos repetitivos podem se referir a questões incidentais, como o prazo de prescrição relativo a determinado pleito dos consumidores ou mesmo a matérias estritamente processuais, como a forma de contagem de determinado prazo regulado no CPC ou os requisitos de admissibilidade para determinado recurso disciplinado na legislação processual, entre muitas outras situações possíveis. Vale dizer: tais procedimentos de resolução de casos repetitivos podem muito bem ser instaurados tendo por objeto apenas “questões comuns” ou situações jurídicas homogêneas extraídas de causas que, no mérito, são heterogêneas. O conceito de questões comuns ou situações jurídicas homogêneas, portanto, é significativamente mais amplo que o de direitos individuais homogêneos, suscetível de tratamento por meio de ação coletiva.

Assim, se por um lado as ações coletivas possuem escopos mais amplos que o IRDR ou o procedimento de resolução de recursos repetitivos, por outro, o seu objeto (direitos individuais homogêneos,

ou seja, demandas isomórficas) é mais restrito que o das técnicas de resolução de casos repetitivos (questões comuns).

Graficamente, a esfera de abrangência das ações coletivas e dos procedimentos de resolução de casos repetitivos poderia ser assim representada:



Em definitivo, portanto, trata-se de institutos processuais que se complementam, ainda que exista uma área significativa de sobreposição entre eles.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

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

_____. *Direito processual coletivo brasileiro - Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ago. 2010, p. 87-107.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos” in *Temas de direito processual* (primeira série). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas in DIDIER JR., Fredie. *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 241-261.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados in FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.), *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública – Comentários por artigo*. 6 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CEBEPEJ. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais. Ações coletivas*. Brasília: Ideal, 2007.
- CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente in *Il Processo civile nello stato democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3.

- _____ ; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 4.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *A pressa e o projeto do novo CPC*. Migalhas, publicado em 9.7.2013 (acesso em 11.9.2016).
- GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos - Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. 2 ed. Ciudad de México: Porrúa, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*. 9 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. *A ação civil pública refém do autoritarismo in O processo - Estudos & Pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- _____. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos in Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- _____. *Ação civil pública. Defesa de interesses individuais homogêneos. Tutela coletiva e tutela individual in O Processo - Estudos & Pareceres*: Perfil, 2005.
- _____. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos in A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____ ; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos; 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública – Em defesa do meio-ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*. 6 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, Código Modelo e perspectivas*, *Revista de Processo*, v. 153, nov. 2007.
- _____; TEMER, Sofia. *Comentários ao art. 978 in STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*, *Revista do Advogado*, v. 33, dez. 1990.
- _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3.
- MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – uma proposta de interpretação de seu procedimento in FREIRE,*

- Alexandre et al. (Orgs.), *Novas tendências do processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos, *Revista de Processo*, n. 33, p. 7/25, jan./mar. 1984.
- ROQUE, Andre Vasconcelos, A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda à busca de uma solução. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 7, p. 237-263, jan./jul. 2011, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21125> (acesso em 11.9.2016).
- _____. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. *Limites territoriais da eficácia das decisões no processo coletivo*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br> (acesso em 11.9.2016).
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Franco Melo e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5 ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2001.
- VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976.
- WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense, *Revista de Processo*, n. 67, jul./set. 1992.
- _____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos

Antonio do Passo Cabral¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES; 2.1. O QUE SE ENTENDE POR “ESCOLHA” DA CAUSA-PILOTO E QUEM PODE SELECIONÁ-LA; 2.2. SELECIONAR UMA OU VÁRIAS CAUSAS?; 3. A IMPORTÂNCIA DA ESCOLHA DA CAUSA PARA O JULGAMENTO DE PROCESSOS REPETITIVOS: NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO; 4. DOIS VETORES PARA A SELEÇÃO DA CAUSA; 4.1. AMPLITUDE DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ORIGINÁRIO; 4.1.1. COMPLETEZ DA DISCUSSÃO (MAIOR QUANTIDADE DE ARGUMENTOS); 4.1.2. QUALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO; 4.1.3. DIVERSIDADE DOS ARGUMENTOS; 4.1.4. CONTRADITÓRIO EFETIVO (CONTRA-ARGUMENTAÇÃO E COMPLETEZ DA DECISÃO); 4.1.5. A INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES À COGNIÇÃO E À PROVA NO PROCESSO ORIGINÁRIO; 4.2. PLURALIDADE E REPRESENTATIVIDADE DOS SUJEITOS DO PROCESSO ORIGINÁRIO; 5. CONCLUSÃO; 6. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea trouxe a reboque a massificação dos conflitos de interesses e gerou, historicamente, uma preocupação do direito e do processo com a adaptação da técnica processual.² Nesse

1. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Professor visitante na Universidade de Passau (Alemanha). Procurador da República no Rio de Janeiro. Ex-Juiz Federal e ex-Defensor Público/RJ.
2. Sobre o tema, Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’”, in *Revista de Processo*, ano 36, n.196, jun, 2011, p.246 ss; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. “A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”, in *Revista Jurídica*, ano 58, n.387, jan, 2010, p.27 ss; LÉVY, Daniel de Andrade. “O incidente de resolução de demandas repetitivas