

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação

DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR

PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

Belo Horizonte

2022

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação

PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade

Área de concentração: Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB 6 3167.

O48p Oliveira Júnior, Délio Mota de
Participação e representatividade adequada nos procedimentos
de litigiosidade repetitiva [manuscrito] / Délio Mota de Oliveira
Júnior.-- 2022.

445 f.: il.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 404-445.

1. Processo civil - Brasil - Teses. 2. Acesso à justiça.
3. Incidente de resolução de demandas repetitivas.
4. Representação (Direito processual) - Teses. I. Andrade, Érico.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.
III. Título.

CDU: 347.9(81)



ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR

Realizou-se, no dia 17 de agosto de 2022, às 14:30 horas, na Sala da Congregação, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA*, apresentada por DÉLIO MOTA DE OLIVEIRA JÚNIOR, número de registro 2018652766, graduado no curso de DIREITO/NOTURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof. Dr. Érico Andrade - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG), Profa. Dra. Juliana Cordeiro de Faria (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG), Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e Universidade Presbiteriana Mackenzie), Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior (Universidade Federal da Bahia - UFBA) e Profa. Dra. Susana Henriques da Costa (Universidade de São Paulo - USP).

A Comissão considerou a tese:

Aprovada, tendo obtido a nota 95. (NOVENTA E CINCO)

Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 2022.

Prof. Érico Andrade (Doutor) nota 95. (NOVENTA E CINCO)

Profa. Juliana Cordeiro de Faria (Doutora) nota 95. (NOVENTA E CINCO)

Prof. Edilson Vitorelli Diniz Lima (Doutor) nota 95. (NOVENTA E CINCO)

FREDIE SOUZA DIDIER
JUNIOR:88079201404

Assinado de forma digital por FREDIE
SOUZA DIDIER JUNIOR:88079201404
Dados: 2022.08.19 15:10:19 -03'00'

Prof. Fredie Souza Didier Junior (Doutor) nota 95. (NOVENTA E CINCO)

Profa. Susana Henriques da Costa (Doutora) nota 95. (NOVENTA E CINCO)

*Sou eu que vou seguir você
Do primeiro rabisco até o bê-a-bá
Em todos os desenhos
Coloridos vou estar
A casa, a montanha
Duas nuvens no céu
E um sol a sorrir no papel*

*Sou eu que vou ser seu colega
Seus problemas ajudar a resolver
Sofrer também nas provas bimestrais
Junto a você
Serei sempre seu confidente fiel
Se seu pranto molhar meu papel*

*Sou eu que vou ser seu amigo
Vou lhe dar abrigo
Se você quiser
Quando surgirem seus primeiros raios de
mulher
A vida se abrirá num feroz carrossel
E você vai rasgar meu papel*

*O que está escrito em mim
Comigo ficará guardado
Se lhe dá prazer
A vida segue sempre em frente
O que se há de fazer?
Só peço a você um favor, se puder
Não me esqueça num canto qualquer
(O Caderno - Toquinho / Mutinho)*

Aos meus pais, Angélica e Délio, e aos meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Angélica e Délio (*in memoriam*), pelo amor incondicional, pelo amparo necessário ao meu crescimento pessoal e pelos valores que guiam a minha caminhada

Aos meus irmãos, avós e todos mais familiares, pelo eterno apoio e contínua torcida.

Aos meus afilhados, Dudu, Manu e Isa, que me mostram o mais puro e genuíno amor e me ensinam a nunca perder a alegria.

Ao meu estimado orientador, Professor Érico Andrade, pelo valioso diálogo, que contribuiu para o desenvolvimento deste trabalho, por ter me despertado e instigado para grandes reflexões acerca do Direito Processual Civil, a partir do cuidado e da excelência da sua orientação.

Aos queridos Professores Fernando Gonzaga Jayme (eterno orientador), João Alberto de Almeida, Juliana Cordeiro de Faria, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Dierle Nunes, Renata Christiana Vieira Maia e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, pelo ensino constante, por me estimularem ao estudo e por contribuírem decisivamente para o crescimento da minha vida acadêmica.

Aos admirados Professores Fredie Souza Didier Junior, Susana Henriques da Costa, Juliana Cordeiro de Faria e Edilson Vitorelli Diniz Lima, por terem prontamente aceitado compor a minha banca de doutoramento, me dando a honra de ter o trabalho avaliado por eles, a oportunidade e a alegria da interlocução e da oitiva de suas contribuições.

Aos amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, especialmente Behlúa Ina Amaral Maffessoni, Guilherme Costa Leroy, Luciana Cristina de Jesus Silva, Tiago Augusto Leite Retes, Marcelo Veiga Franco, Thaís Costa Teixeira Viana, Alexandre Rodrigues de Sousa, Pedro Augusto Silveira Freitas, Victor Barbosa Dutra e Hilda Teixeira da Costa, pelas valorosas e constantes amizades, pelo profícuo debate e desenvolvimento de valiosos projetos.

Aos amigos dos programas de pós-graduação de outras universidades, que o processo civil e o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC me deram, especialmente Bruno de Sá Barcelos Cavaco, Felipe Barreto Marçal, Marcelo Mazzola, Marcela Kohlbach de Faria, Fernanda Medina Pantoja, Sofia Temer, Carolina Uzeda, Daine Gonçalves Ornellas, Francine Franskoviaki, Carlos Frederico

Bastos Pereira, Paulo Mendes de Oliveira, Alex Velmovitsky, Caio Victor Ribeiro dos Santos, Yves Lima, Henrique de Moraes Fleury da Rocha e Felipe Varela Mello, pela acolhida e alegria da convivência e da amizade nos diversos encontros acadêmicos e sociais.

À querida amiga Janini Loyslene Talini dos Santos, pela ajuda acadêmica e pela constante torcida.

Aos amigos do Escritório, especialmente, aos Professores Osmar Brina Corrêa Lima (*in memoriam*) e Sérgio Mourão Corrêa Lima, pelos incentivos, pelo contínuo aprendizado e crescimento profissional.

Aos valiosos amigos que me acompanham na convivência social, verdadeiros irmãos, pela alegre presença e pelo apoio.

Este estudo somente foi possível pela presença de cada um de vocês.

Muito obrigado.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo principal investigar os instrumentos e os mecanismos necessários para assegurar a participação e a representatividade adequada dos litigantes nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, de modo a garantir-lhes o direito social de acesso à justiça. O trabalho se propõe a resolver o problema da representatividade adequada dos litigantes nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos por meio da possibilidade de participação e controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo, a partir da noção de legitimidade *ad actum*, bem como da análise da sua contribuição argumentativa, da sua representatividade e do seu grau de interesse na controvérsia. Além disso, este estudo propõe a sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas que devem ser observadas e adotadas pelo Poder Judiciário e pelos operadores do Direito na busca por assegurar a representatividade adequada dos membros do grupo, que envolvem: (I) a escolha dos processos representativos da controvérsia; (II) a presunção relativa de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia; (III) a prolação de uma decisão de saneamento e organização do processo (certificação); (IV) a utilização do regimento interno dos tribunais como fonte complementar para disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, e regulamentar ferramentas de participação dos interessados; (V) a observância às regras de institutos participativos do Direito Administrativo, que podem influenciar e contribuir para o tratamento da litigiosidade repetitiva; (VI) a importância do uso da tecnologia e da internet para a ampliação da participação dos interessados; (VII) a possibilidade de utilização de audiência pública; (VIII) a possibilidade de intervenção de *amicus curie*; (IX) a intervenção e participação obrigatória do Ministério Público e da Defensoria Pública como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente.

Palavras-chave: Participação. Representatividade adequada. Litigiosidade repetitiva. Litigantes habituais e Litigantes eventuais.

ABSTRACT

This research aims to investigate the instruments and the mechanisms necessary to ensure the adequate participation and representativeness of litigants in repetitive litigation procedures to guarantee them the social right of access to justice. The work aims to solve the problem of the Adequacy of representation of litigants in the procedures of integrating the judgment microsystem the repetitive case through possibility of participation and control of the legitimacy of group members' intervention, from the notion of *ad actum legitimacy*, as well as the analysis of its argumentative contribution, its representativeness and its degree of interest in controversy. In addition, this study proposes the systematization of institutes, mechanisms and tools that must be observed and adopted by the Brazilian Courts and the by law operators in the intention to secure the Adequacy of representation of group members, so involving: (I) the choice of processes representative of the controversy; (II) the relative presumption of prevalence of the collective process as a representative process of the controversy; (III) the articulation of a sanitation decision and process organization (certification); (IV) the use of the internal regulations of the courts as a complementary source to discipline the sanitation and the organization of repetitive litigation procedures, and to regulate tools for the participation of interested parties; (V) compliance with the rules of participatory institutes of Administrative Law, which may influence and contribute to the treatment of repetitive litigation; (VI) the importance of the use of technology and the internet to expand the participation of interested parties; (VII) the possibility of using a public hearing; (VIII) the possibility of intervention by *amicus curie*; (IX) the intervention and mandatory participation of the Brazilian Government Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes as a tax office of the legal order and in the defense of the interests of the needy people and vulnerable people, respectively.

Keywords: Participation. Adequacy of representation. Repetitive litigation. Repeat players and One shot players.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1	Tabela 15 – Efetiva Repetição.....	158
FIGURA 2	Gráfico 80 – Participação de Interessados.....	188
FIGURA 3	Gráfico 82 – Natureza Jurídica dos Intervenientes.....	189
FIGURA 4	Gráfico 83 – Participação de Interessados.....	190
FIGURA 5	Listagem de Consultas Públicas – Consultas em Andamento.....	345
FIGURA 6	Listagem de Consultas Públicas – Consultas Finalizadas.....	346

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
------------------	----

PARTE I – LITIGIOSIDADE REPETITIVA

1. O “ACESSO À JUSTIÇA” E A LITIGIOSIDADE REPETITIVA.....	22
1.1. A evolução dos conceitos teóricos e dos discursos acerca da litigiosidade e do “acesso à justiça”	22
1.1.1. O “Projeto Florença de Acesso à Justiça”	24
1.1.2. A evolução do “acesso à justiça” no Brasil e o modelo do Estado Democrático de Direito.....	28
1.2. O congestionamento das instituições jurisdicionais e a litigiosidade repetitiva no Brasil.....	42
1.3. A atuação dos litigantes habituais e dos litigantes eventuais: estudo a partir da obra de Marc Galanter.....	53
1.4. O acesso à justiça como direito social e a necessidade de uma justiça redistributiva.....	66
2. A LITIGIOSIDADE REPETITIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	70
2.1. A relação jurídica coletiva (processo coletivo).....	70
2.2. A tipologia dos litígios coletivos.....	74
2.2.1. A tipologia prevista na legislação brasileira, a partir dos direitos coletivos.....	74
2.2.2. Os problemas decorrentes da tipologia prevista na legislação brasileira para a conceituação dos litígios coletivos.....	79

2.2.3. A tipologia a partir dos litígios coletivos: a proposta de Edilson Vitorelli.....	85
2.3. Direitos individuais homogêneos: defesa de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos?.....	91
2.4. Fundamentos para o agrupamento dos direitos individuais homogêneos para tutela conjunta.....	99
2.4.1. A facilitação do acesso à justiça.....	100
2.4.2. Homogeneidade da tutela: segurança jurídica e isonomia.....	102
2.4.3. Eficiência da prestação jurisdicional.....	104
2.5. A necessária distinção entre os direitos individuais homogêneos e as questões repetitivas e o critério da preponderância de elementos homogêneos.....	107
2.6. Dificuldades e resistências para o uso da tutela coletiva para o tratamento da litigiosidade repetitiva.....	113
3. OS MECANISMOS DE GESTÃO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	124
3.1. Breve histórico das recentes reformas processuais para o tratamento da litigiosidade repetitiva.....	124
3.2. O microsistema de julgamento de casos repetitivos: análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos.....	128
3.2.1. Natureza jurídica: causa-piloto (julgamento por amostragem) ou procedimento-modelo (técnica processual objetiva).....	133
3.2.2. Pressupostos de admissibilidade.....	154
3.2.2.1. Pressupostos de admissibilidade do IRDR.....	154
3.2.2.1.1. Efetiva repetição de processos.....	155
3.2.2.1.2. Questão unicamente de direito.....	158
3.2.2.1.3. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.....	162

3.2.2.1.4. <i>Inexistência de afetação da questão de direito repetitiva no âmbito dos tribunais superiores.....</i>	165
3.2.2.1.5. <i>Necessidade de existência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal.....</i>	166
3.2.2.2. <i>Pressupostos de admissibilidade dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos.....</i>	171
3.2.3. <i>Contraditório e participação dos litigantes e interessados.....</i>	173
3.2.3.1. <i>O contraditório como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual.....</i>	175
3.2.3.2. <i>O contraditório no microssistema de julgamento de casos repetitivos e a escolha dos processos representativos da controvérsia</i>	183
3.3. O ato concertado entre juízes cooperantes (artigo 69, §2º, do Código de Processo Civil).....	191
3.3.1. <i>Breves apontamentos sobre o princípio da eficiência e a gestão processual no direito brasileiro.....</i>	191
3.3.2. <i>Os atos concertados.....</i>	194
3.3.3. <i>A centralização de processos repetitivos por atos concertados</i>	195
3.4. O dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva (artigo 139, inciso IX, do Código de Processo Civil).....	200

**PARTE II – PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA
NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA**

4. A PARTICIPAÇÃO E A PLURALIDADE DE LITIGANTES NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA.....	203
4.1. Processo multipolar: a importância da identificação dos subgrupos dos membros do grupo, diante da diversidade de interesse.....	203

4.2. A participação dos membros de grupo no microssistema de julgamento de casos repetitivos: as partes, os “litigantes sobrestados” e os “ausentes”	214
4.2.1. A natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”: o interesse jurídico na formação da tese jurídica favorável	217
4.2.2. O controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo: legitimidade ad actum a partir da análise da contribuição argumentativa, da representatividade e do grau de interesse na controvérsia	230
4.2.3. Recorribilidade no microssistema de julgamento de casos repetitivos	243
4.2.3.1. Recorribilidade no âmbito do IRDR.....	243
4.2.3.1.1. Legitimidade e interesse recursal.....	246
4.2.3.1.2. O cabimento de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR, com o propósito de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no território nacional.....	253
4.2.3.2. Recorribilidade no âmbito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos.....	259
4.3. O financiamento dos litigantes por terceiros (third-party funding): a participação do sujeito oculto como mecanismo possível de reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e os eventuais....	263
5. A BUSCA PELA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA	270
5.1. A representatividade adequada como função garantidora do devido processo legal, no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva....	270
5.2. O problema da representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva	279

5.3. Proposta de representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva: sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas, atrelado à participação e ao controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo.....	287
5.4. A importância da adequada escolha dos processos representativos da controvérsia.....	288
5.4.1. A presunção de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia.....	303
5.5. A necessidade da decisão de saneamento e organização do processo (certificação).....	308
5.5.1. A fase da class certification na ação coletiva do direito norte-americano.....	308
5.5.2. A decisão de saneamento e organização do processo (certificação) nos procedimentos de litigiosidade repetitiva do direito brasileiro.....	315
5.6. A importância do regimento interno dos tribunais como fonte complementar para disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos de litigiosidade repetitiva e regulamentar ferramentas de participação dos interessados.....	327
5.7. A influência e contribuição dos procedimentos do Direito Administrativo de ampliação da participação dos interessados.....	332
5.7.1. Participação popular na Administração Pública.....	332
5.7.2. Institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos.....	338
5.7.2.1. Audiência pública administrativa.....	339
5.7.2.2. Consulta pública.....	342
5.7.2.3. Orçamento participativo.....	347
5.7.3. Considerações acerca da influência e contribuição dos institutos participativos do Direito Administrativo nos procedimentos do microssistema de julgamento de casos repetitivos.....	350

5.8. A importância do uso da tecnologia e da internet para a ampliação da participação dos interessados.....	351
5.9. O papel da audiência pública.....	356
5.10. O papel do <i>amicus curie</i>.....	365
5.11. O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública.....	377
5.11.1. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas.....	377
5.11.2. A atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas.....	382
5.11.3. A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos procedimentos de litigiosidade repetitiva.....	387
5.11.3.1. <i>A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para suscitar o IRDR.....</i>	387
5.11.3.2. <i>A intervenção e participação obrigatória do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente.....</i>	391
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	395
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	404

INTRODUÇÃO

O tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil pode ocorrer pelas ações coletivas que tutelam os direitos individuais homogêneos e pelos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR e o rito do Recurso Especial e/ou Extraordinário repetitivo), que visam à fixação de uma tese jurídica para a aplicação uniforme aos casos semelhantes.

No âmbito dos procedimentos adotados para a tutela da litigiosidade repetitiva, mostra-se inviável a participação de todos membros do grupo e demais sujeitos interessados no processamento e no julgamento do processo coletivo do IRDR ou do recurso (extraordinário ou especial) repetitivo, por meio de manifestação direta.

Desse modo, no microssistema da tutela coletiva e no microssistema de julgamento de casos repetitivos, a concepção da garantia constitucional do contraditório efetivo e substancial deve ser repensada e reestruturada diante da impossibilidade de assegurar a participação pessoal de todos os membros do grupo, nos moldes em que ocorre no processo individual.

O microssistema de tutela coletiva e o microssistema de julgamento de casos repetitivos partem da reformulação do instituto da legitimidade para a causa para criar a ficção de que os membros do grupo podem e devem ser representados adequadamente em juízo por meio de um ou alguns determinados litigantes.

Em relação às demandas coletivas, o ordenamento jurídico brasileiro atribui a determinados entes públicos e privados a legitimidade extraordinária para ajuizar demandas coletivas na defesa dos interesses de membros de um grupo por substituição processual (artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública). Esses entes detêm a prerrogativa processual de conduzir um processo que terá repercussão de massa; ou seja, em razão da autorização legislativa, presume-se que esses legitimados extraordinários têm representatividade adequada para tutelar os interesses da coletividade, no âmbito das ações coletivas.

Por outro lado, nos institutos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos), o controle da representatividade ocorre, principalmente, com base na seleção de processos representativos da controvérsia, de modo que as suas partes tornam os sujeitos condutores (líderes) do

procedimento. O órgão julgador fixará a tese jurídica (*ratio decidendi*) a partir da resolução dos casos escolhidos como representativos da controvérsia, que servirá de parâmetro para ser aplicada aos demais processos pendentes e futuros que envolvam a mesma questão de direito.

Contudo, em relação aos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, o ordenamento jurídico brasileiro não previu, de forma detalhada e expressa, como deve ocorrer a participação e a representatividade adequada dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo que não são partes dos processos representativos da controvérsia).

No ordenamento jurídico brasileiro, não há sequer previsão expressa da necessidade de o órgão julgador analisar e certificar a representatividade adequada dos litigantes por meio da análise dos sujeitos condutores (líderes), que figuram como partes nos processos escolhidos como representativos da controvérsia.

A lei processual brasileira é omissa acerca do mecanismo necessário para a aferição da capacidade técnica dos sujeitos condutores (líderes) dos procedimentos de litigiosidade repetitiva e de seus advogados, de modo a se apurar a sua real condição de representante dos membros do grupo. Também não há qualquer previsão expressa de oportunidade de impugnação da representação pelos membros do grupo (“litigantes sobrestados” e “ausentes”), por meio de requerimento de substituição dos sujeitos condutores (líderes) e/ou dos seus advogados.

O problema da representatividade adequada na litigiosidade repetitiva é ainda mais acentuado, diante da possibilidade da existência de multiplicidade e diversidade de interesses dos subgrupos envolvidos no litígio.

A possibilidade de intervenção dos membros do grupo é fundamental para a redução do *déficit* de contraditório durante o procedimento de fixação da tese jurídica e de formação do precedente judicial. É necessário garantir a adequada participação democrática dos litigantes interessados no trâmite do IRDR e do rito do Recurso Especial e/ou Extraordinário repetitivo, sem que essa intervenção implique em tumulto processual e violação à garantia constitucional da duração razoável do processo.

Assegurar a participação em contraditório e a representatividade adequada dos membros do grupo implica em legitimar ainda mais o modelo brasileiro de precedentes normativos formalmente vinculantes.

Este trabalho se propõe a repensar e investigar os instrumentos e mecanismos necessários a assegurar a participação e a representatividade adequada dos litigantes nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, de modo a lhes garantir o direito social de acesso à justiça.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira parte, composta pelos três primeiros capítulos, houve o estudo da litigiosidade repetitiva no Brasil para averiguar a sua evolução, a sua atual situação e os mecanismos para a sua gestão. Na segunda parte, composta pelo quarto e pelo quinto capítulo, o trabalho visa a investigar e propor a sistematização de meios para assegurar a participação e representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva. A contribuição original da tese está desenvolvida, justamente, na segunda parte do trabalho.

O primeiro capítulo dedica-se: ao estudo da evolução dos conceitos teóricos e dos discursos acerca da litigiosidade e do “acesso à justiça”; a análise do congestionamento das instituições jurisdicionais e a litigiosidade repetitiva no Brasil; a atuação dos litigantes habituais e dos litigantes eventuais, com ênfase nas significativas disparidade das suas capacidades estratégicas decorrentes de diferenças econômicas, processuais e estruturais que, em regra, favorecem os litigantes habituais; e ao estudo do “acesso à justiça” como direito social e a necessidade de uma justiça redistributiva.

No segundo capítulo, analisa-se a litigiosidade repetitiva e os direitos individuais homogêneos. O foco desse capítulo foi o estudo das características da relação jurídica coletiva e do tratamento da litigiosidade repetitiva decorrente de direitos individuais homogêneos com base no microssistema de proteção coletiva dos direitos. Ao final, investigou-se as dificuldades e resistências para o uso da tutela coletiva para o tratamento da litigiosidade repetitiva.

No terceiro capítulo, são estudados os mecanismos de gestão da litigiosidade repetitiva no Brasil idealizados pelo Código de Processo Civil de 2015. Analisa-se o microssistema de julgamento de casos repetitivos, a partir das principais características do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, relativas ao estudo da participação e da representatividade adequada dos litigantes. Abordou-se, ainda, o ato concertado entre juízes cooperantes (artigo 69, §2º, do CPC) e o dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva

(artigo 139, inciso IX, do CPC) como instrumentos para a gestão da litigiosidade repetitiva.

Iniciando a segunda parte do trabalho, no quarto capítulo, aborda-se a participação e a pluralidade de litigantes nos procedimentos de litigiosidade repetitiva. O estudo averigua a multipolaridade na relação processual, que ocorre nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos diante da pluralidade de sujeitos interessados e da possibilidade de existirem variadas formas de resolução da questão controvertida, que podem acarretar em zonas de interesses diversas. Busca-se definir a natureza jurídica e como deve ocorrer a participação dos membros de grupo no microssistema de julgamento de casos repetitivos. Defende-se a ideia do controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo a partir da noção de legitimidade *ad actum*, com base na análise da sua contribuição argumentativa, da sua representatividade e do seu grau de interesse na controvérsia.

No quarto capítulo, estuda-se também a recorribilidade dos litigantes no microssistema de julgamento de casos repetitivos e a possibilidade do financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*) com a participação do sujeito oculto como mecanismo possível de reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e os eventuais.

No quinto capítulo, investiga-se os meios necessários para assegurar a representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva. O estudo propõe a sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas, que devem ser observados e adotados pelo Poder Judiciário e pelos operadores do direito, na busca por assegurar a representatividade adequada dos membros do grupo, que envolvem: (I) a escolha dos processos representativos da controvérsia; (II) a presunção relativa de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia; (III) a prolação de uma decisão de saneamento e organização do processo (certificação); (IV) a utilização do regimento interno dos tribunais como fonte complementar para disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos de litigiosidade repetitiva e regulamentar ferramentas de participação dos interessados; (V) a observância às regras de institutos participativos do Direito Administrativo, que podem influenciar e contribuir para o tratamento da litigiosidade repetitiva; (VI) a importância do uso da tecnologia e da internet para a ampliação da participação dos

interessados; (VII) a possibilidade de utilização de audiência pública; (VIII) a possibilidade de intervenção de *amicus curie*; (IX) a intervenção e participação obrigatória do Ministério Público e da Defensoria Pública, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente.

A adoção desses institutos, mecanismos e ferramentas pelo Poder Judiciário e pelos operadores do direito deve estar atrelada à participação e ao controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo, abordada no quarto capítulo.

O presente trabalho pretendeu-se desenvolver uma nova proposta de participação e de representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, visando a contribuir e avançar no estudo de tema tão complexo.

PARTE I – LITIGIOSIDADE REPETITIVA

1. O “ACESSO À JUSTIÇA” E A LITIGIOSIDADE REPETITIVA

1.1. A evolução dos conceitos teóricos e dos discursos acerca da litigiosidade e do “acesso à justiça”

A litigiosidade é fenômeno social, político, cultural e jurídico decorrente dos conflitos de interesses instaurados no âmbito da convivência humana em sociedade. No campo do direito processual, o estudo da litigiosidade visa a analisar e sistematizar regras e formas institucionais de solução de conflitos¹.

Na visão clássica da teoria do direito processual, a litigiosidade era interpretada como uma “patologia social”, a ser solucionada pelo Estado, por meio do exercício da jurisdição. Nesse sentido, Francesco Carnelutti, ao abordar o estudo do direito processual civil, identificava o litígio como “negação de civilidade”^{2 3}.

Ocorre que esse ideal de sociedade harmônica, livre de conflitos de interesses entre seus indivíduos é irreal⁴. Desse modo, na visão contemporânea do direito

-
- 1 SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2018, p. 22.
 - 2 Francesco Carnelutti ensina que “o processo civil se distingue, em uma rápida olhada, do processo penal, por um caráter negativo: não existe um delito, sendo o delito negação de civilidade, a fim de nos entendermos, poderíamos chamar ao processo penal de um processo incivil; e ao processo civil, por sua vez, o chamaríamos civil porque se realiza *inter cives*, quer dizer, entre homens dotado de civilidade”. Prosseguindo, o autor afirma que “a lide é uma situação perigosa para a ordem social. A lide não é ainda um delito, mas o contém como gérmen. Entre lide e delito, existe a mesma diferença que entre perigo e dano. Por isso, litigiosidade e delinquência são dois índices correlativos de incivilidade: quanto mais civil e civilizado é um povo, menos delitos se cometem e menos litígios surgem em seu seio.” (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. Tradução: Antônio Roberto Hildebrandi, 3ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2020, p. 23-24)
 - 3 Nas primeiras edições da obra “Teoria Geral do Processo”, os autores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco afirmavam que “conflitos de interesses, por si e em si mesmos, pertencem à *fisiologia* da vida social, pois constituem consequência natural da convivência e, na maioria das vezes, resolvem-se sem prejuízos para os valores humanos. Quando, no entanto, excepcionalmente, conduzem à violência e à desordem, passam ao campo da *patologia social*.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1975, p. 7)
 - 4 O sociólogo Georg Simmel aponta que “um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma ‘união’ pura (*Vereinigung*) não só é empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real. (...) A sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Mas essas discordâncias não são absolutamente meras deficiências

processual, a ideia da mera existência de litígio como “patologia social” encontra-se superada.

A existência de diversas relações sociais com potencialidade de lesão é decorrência do convívio em sociedade. Em termos sociológicos, os litígios são “construções sociais” advindas de um contexto de interações, em que os indivíduos e grupos revelam “percepções diferentes das situações de litígio e níveis de tolerância diferentes perante as injustiças”⁵. Em uma sociedade democrática, o aumento do número de litígios decorre, dentre outros fatores, da própria complexidade da convivência em sociedade⁶.

A possibilidade de o indivíduo ter livre acesso à prestação jurisdicional, por meio de métodos adequados de solução de conflitos, evidencia o desenvolvimento social e a emancipação política dessa comunidade⁷. Além disso, a litigiosidade permite a própria regulação jurídica da sociedade, por meio da reivindicação dos seus direitos pelos cidadãos^{8 9}.

sociológicas ou exemplos negativos. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas de forças sociais e positivas e apenas na medida em que aqueles fatores negativos não atrapalhem. Esta concepção comum é bem superficial: a sociedade, tal como a conhecemos, é o resultado de amas as categorias de interação [harmonia e desarmonia, associação e competição], que se manifestam desse modo como inteiramente positivas.” (SIMMEL, Georg. “A natureza sociológica do conflito”. In: Moraes Filho, Evaristo de (Org.). *Simmel*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1983, p. 124).

- 5 SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, n. 30, ano 11, fev. 1996, p. 50-56.
- 6 FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 24.
- 7 Nelson Nery Junior, ao abordar a evolução histórica do Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no direito brasileiro, aponta que “felizmente o período de exceção do estado de direito passou e o País voltou à normalidade institucional, com o advento da CF/1988, que não mais permite qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de ação”. (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 209)
- 8 Neste sentido: KAGAN, Robert. A. *Adversarial legalism: The American way of law*. Harvard University Press, 2003; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro*. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2018, p. 25.
- 9 “É por esta circunstância que enquanto o indivíduo vê na ação uma proteção de sua própria personalidade, a comunidade vê nela o cumprimento de um de seus objetivos mais elevados, ou seja, a realização efetiva das garantias de justiça, de paz, de segurança, ordem, liberdade, estabelecidas na Constituição” (tradução livre). No original: “Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de

O termo “acesso à justiça”¹⁰ tem sofrido grandes transformações no estudo do direito processual civil, na medida em que o direito do jurisdicionado ao amplo acesso à prestação jurisdicional adequada tem sido interpretado e utilizado em discursos legislativos e acadêmicos, em diferentes formas e sentidos.

1.1.1. O “Projeto Florença de Acesso à Justiça”

Com a eclosão da Revolução Industrial na segunda metade do século XVIII, surge a doutrina que acredita no direito como instrumento de transformação social e econômica¹¹. Posteriormente, no início do século XX, quando os direitos sociais passam a ser reivindicados como direitos fundamentais, fortalece a teoria do Estado de bem-estar social, na busca dos direitos fundamentais dos indivíduos¹².

Nesta época, constata-se que a adoção política e econômica do modelo liberal não era capaz de fornecer soluções aos problemas sociais decorrentes da desigualdade material e da pobreza, tornando-se insustentável a manutenção de um poder estatal inerte. Nesse sentido, observa-se a promulgação das Constituições ditas econômicas, como a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição Alemã de Weimar (1919), nas quais se revolucionou as obrigações do Estado junto à população, adquirindo aquele um papel prestacional¹³.

justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución.” (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1974., p. 58-9)

10 Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam que “a expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8).

11 “Hoje a constitucionalização do direito à ação, que se deu em um contexto (normativo) que coloca como princípio ideológico de referência a superação da igualdade no sentido formal, exige que nos esforcemos a eliminar as consequências causadas pela ruptura criada entre o direito substantivo e os direitos processuais.” (tradução livre). No original: “Oggi la costituzionalizzazione del diritto di azione, avvenuta in un contesto (normativo) che pone come principio ideologico di riferimento il superamento dell’ eguaglianza in senso formale, impone di adoperarsi per eliminare le conseguenze causate dalla cesura creatasi tra diritto sostanziale (singoli diritti sostanziali) e processo.” (PISANI, Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. – studi. Napoli: Jovene Editore, 2003, p.32-33)

12 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11ª ed. Brasília: UnB, 1999, p. 416-417.

13 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5ª ed.

A partir das bases de socialização processual do Estado de bem-estar social, o processo passa a ser visto como instrumento de transformação social e os poderes e o protagonismo dos juízes aumentam, na busca de instrumentos para garantir o acesso à Justiça.¹⁴

Os poderes e o papel dos juízes são ampliados, na medida em que a sua atuação passa a se preocupar e atender determinadas finalidades sociais, políticas e econômicas, que ultrapassam o escopo meramente jurídico. A atividade jurisdicional passa a ser visualizada passível de operar mudanças sócias, por meio do protagonismo dos juízes.

No paradigma do Estado de bem-estar social, o exercício da prestação jurisdicional se preocupa em equacionar as relações entre o processo civil e a justiça social, bem como entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade socioeconômica¹⁵.

O “Projeto Florença de Acesso à Justiça” ou “*access-to-justice movement*”, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth e publicado em 1978, é o grande exemplo de estudo com abordagem socializante¹⁶. A partir da pesquisa do “Projeto Florença” consolida-se o ideal do “acesso à justiça” como movimento de transformação do pensamento jurídico e de busca por reformas normativas e institucionais focadas na dimensão social¹⁷.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- 14 Dierle José Coelho Nunes ensina que Franz Klein, um dos inspiradores da socialização processual, “aceitua a prioridade da função social do processo (*sozialen Funktion des Prozesses* – KLEIN, 1958, p. 14) sobre as demais e, para tanto, estrutura um modelo técnico de procedimento oral em que se atribui um reforço dos poderes do juiz, que deverá participar mais intensamente da direção do processo e, especificamente, influir mais ativamente no acatamento de fatos”. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85).
- 15 NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.31.
- 16 A pesquisa empírica do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” foi reproduzida em uma obra de seis tomos, publicados entre 1978 e 1979. O Relatório Geral do Projeto Florença foi intitulado “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – A General Report*” e publicado em Milão no ano de 1978. O “Projeto Florença” contou com contribuições de vários juristas, sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos de todos os continentes. Apesar da ausência de dados relativos ao Brasil, em relação à América Latina, houve a participação de pesquisadores do Chile, da Colômbia, do México e do Uruguai. No Brasil, a obra foi traduzida em 1988 e intitulada “Acesso à Justiça”.
- 17 Mauro Cappelletti afirma que “o movimento pelo ‘acesso à justiça’ representou, nas últimas décadas, uma importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países [...], resposta à crise do direito e da justiça na nossa época, expressão fundamental, [...]”

A ideia central do “Projeto Florença” é de que a justiça social pressupõe acesso efetivo ao Poder Judiciário. Desse modo, o “acesso à justiça” torna-se o mais básico dos direitos humanos, devendo ser o ponto central da moderna processualística. Assim, Mauro Cappelletti e Bryant Garth defendem uma reforma ampla, por meio de mecanismos e instituições que possibilitassem ao cidadão a real efetivação dos seus direitos¹⁸.

No “Projeto Florença”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificam três grandes obstáculos ao movimento de “acesso à justiça, que precisavam ser superados pela moderna ciência jurídica, para que os indivíduos, principalmente os de classe econômica mais carente, pudessem ter os seus direitos garantidos.

O primeiro obstáculo do movimento de “acesso à justiça” decorre do alto custo dos meios de resolução de conflitos, relativos aos honorários advocatícios, às custas judiciais e às regras de sucumbências. O segundo obstáculo deriva da “possibilidade das partes”, referindo-se ao desconhecimento dos direitos, às razões psicológicas (procedimentos complicados, formalismo, ambientes intimidantes) e à ausência de paridade de armas entre os litigantes habituais e ocasionais¹⁹. O terceiro obstáculo refere-se à “problemas especiais dos interesses difusos”²⁰, diante da ausência de

daquilo que se pode definir a 'dimensão social' da justiça no mundo contemporâneo”. (tradução livre). No original: *“Il movimento per l'«accesso alla giustizia» ha rappresentato, negli ultimi decenni, una importante, forse la più importante, espressione de una radicale trasformazione del pensiero giuridico e delle riforme normative e istituzionali in un numero crescente di Paesi. [...], risposta alla crisi del diritto e della giustizia nella nostra época espressione fondamentale [...] di quella che può definirsi la «dimensione sociale» della giustizia nel mondo contemporaneo.”* (CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, pp.71-72)

- 18 “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13).
- 19 Conforme apontam Lynn LoPucki e Walter Weyrauch, no livro “Teoria da Estratégia Legal”, não é possível prever o resultado de uma lide judicial somente pelos fatos e pela lei, da mesma maneira como não é possível prever o resultado de um jogo de xadrez somente pela posição das peças e pelas regras do jogo, pois em ambos os casos é relevante saber contra quem se está jogando: LoPUCKI, Lynn M.; WEYRAUCH, Walter O. “A Theory of Legal Strategy”. *Duke Law Journal*. Vol. 49, n. 6, 2000, p. 1472.
- 20 Consoante destacaram os autores, à época, “negar a dinâmica do direito de ação no caso dos interesses coletivos e difusos - como os tribunais de muitos países, em grande medida, ainda fazem, incluindo a Suprema Corte dos Estados Unidos em sua recente cruzada contra o litígio de interesse público - pode ser a consequência lógica e rigorosa de um conceito que atribui o direito de ação apenas ao ‘titular’ do direito material em causa. Tal negação, no entanto, representa uma ofensa aos valores e exigências mais vitais de nossa época, pois a proteção de direitos difusos

instrumentos jurídicos adequados para a sua resolução, tendo em vista que a demanda individual se mostrava absolutamente inadequada²¹.

A partir da identificação desses três grandes obstáculos ao movimento de “acesso à justiça”, em um segundo momento da pesquisa, Mauro Cappelletti e Bryant Garth propõem estratégias de resolução desses problemas, denominadas “ondas renovatórias”.

A primeira onda renovatória implica na concessão de “assistência judiciária para os pobres”, de modo a propiciar serviços jurídicos aos indivíduos de classe econômica carente²². A segunda onda renovatória consiste na “representação dos interesses difusos”, a ser promovida por meio de “ações governamentais” manejadas pelo Ministério Público, pela fiscalização e controle de agências públicas regulamentadoras, além da atuação de advogados públicos ou privados na defesa do interesse público²³. A terceira onda renovatória visa promover a “um novo enfoque de

tornou-se de crucial importância para o progresso, talvez até para a sobrevivência da humanidade.” (tradução livre). No original: “To deny the justiciability of collective and diffuse interests - as courts in many countries, to a large extent, still do, including the United States Supreme Court in its recent crusade against public interest litigation - may well be the logical and rigorous consequence of a concept that attributes the right of action only to the "holder" of the substantive right in issue. Such a denial, however represents an offense to the most vital values and exigencies of our epoch, since the protection of diffuse rights has become of crucial importance for the progress, perhaps even the survival, of humankind”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*. Vol. III, Emerging issues and perspectives. The Florence access-to-justice project. 1 vol. ,XXXV-603 , p. 522).

- 21 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-29.
- 22 “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-32)
- 23 “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. (...) Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’. (...) A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. (...) A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-51).

acesso à justiça”, inclusive com as ondas anteriores, mas avançando na processualística, centrando sua atenção no conjunto geral das instituições e mecanismos, bem como das pessoas e dos procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas²⁴.

Portanto, o “Projeto Florença” tem importante impacto nas discussões jurídicas acerca das reformas e adequações institucionais, sob o aspecto econômico, social e cultural, necessárias a garantir o efetivo “acesso à justiça”.

1.1.2. A evolução do “acesso à justiça” no Brasil e o modelo do Estado Democrático de Direito

No Brasil, os temas relacionados “acesso à justiça” começaram a ser abordados com maior ênfase em meados da década de 1970 e, no âmbito do direito processual, principalmente a partir dos anos de 1980, com a publicação da versão brasileira do relatório “*Access to Justice: a world survey*”, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com base nas discussões e conclusões da pesquisa empírica do “Projeto Florença”²⁵.

Contudo, a discussão acerca da temática do “acesso à justiça” no Brasil não tem origem e identidade metódica com os estudos do “Projeto Florença”. O despertar da doutrina jurídica brasileira no tema do “acesso à justiça” decorre do processo político-social de redemocratização, bem como da preocupação com a desigualdade social e com a exclusão da grande maioria da população aos direitos sociais mais básicos, como moradia e saúde²⁶.

24 “O novo enfoque de acesso à Justiça [...] tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos de “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68).

25 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 10.

26 Neste sentido: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996, p. 390; FALCÃO, Joaquim. “Acesso à Justiça: diagnóstico e tratamento”. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). *Justiça: promessa e*

As discussões em território brasileiro, refletindo os diferentes momentos da cultura jurídica nacional e internacional²⁷, abordavam a materialização de direitos básicos diante das profundas desigualdades sociais enfrentadas pelo Brasil. A crise do Estado de bem-estar social não era o foco central dos estudiosos brasileiros, como ocorreu na Europa²⁸.

Destaca-se, contudo, que, apesar da ênfase do “acesso à justiça” no Brasil ter sido em relação aos movimentos sociais, algumas pautas do “Projeto Florença” coincidem com preocupações da agenda de reformas legislativas do sistema processual brasileiro ocorridas nas décadas de 1970 e 1980, como a questão da tutela dos direitos coletivos²⁹.

A identificação dos setores marginalizados ganha relevância para a promoção de técnicas e mudanças legislativas que buscassem a realização do “acesso à justiça”

realidade: acesso à justiça em países iberoamericanos. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1996, p.273-274; PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009, p. 45-54.

- 27 “Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde”(JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. Revista Estudos Históricos. vol. 9, n. 18, 1996, p. 390).
- 28 “Foi no período do *welfare state* que o acesso à justiça ganhou conotação diferenciada, passando a ser visto como um requisito fundamental para a concretização dos demais direitos fundamentais. Essa nova ótica teve origem na compreensão de que pouco adiantaria reconhecer novos direitos, sejam eles individuais ou coletivos, se seus titulares não dispusessem de mecanismos para garantir seu efetivo cumprimento” (CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Autocomposição judicial: o meio mais rápido e barato para a macdonaldização das decisões? Análise segundo o CPC que ama muito tudo isso*. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (Org.). *Novas tendências: diálogos entre direito material e processo - estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 421).
- 29 Maria Cecília de Araújo Asperti pondera que “sobre a tutela coletiva, uma análise da exposição de motivos dos projetos de lei que culminaram na promulgação da Lei nº 7.347/1985 também demonstra o intuito de viabilizar a tutela de interesses que “correspondem a um grupo, uma comunidade ou à sociedade”. No entanto, mais do que uma preocupação com a ampliação do acesso, o tema mais candente nesse debate legislativo seria o da legitimação para propositura da ação civil pública, tendo prevalecido o modelo de legitimação híbrida, porém essencialmente institucional. (...) Há, sem dúvida, uma série de interesses políticos distintos envolvidos nessas alterações legislativas que vão muito além das preocupações associadas com o tema “acesso à justiça”. Contudo, ao menos no discurso que legitimou essas mudanças, é presente a ideia de que seria necessário trazer para a justiça oficial os usuários e as demandas por direitos outrora marginalizados”. (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 17-16).

também por meio da utilização do sistema de resolução de conflitos e do oferecimento de resposta institucional às demandas por parte de diferentes extratos sociais, sob uma ótica inclusiva³⁰.

Nesse contexto, no Brasil, a partir da década de 1960 e, com maior dimensão, principalmente após a Constituição da República de 1988, diante da garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da previsão de uma série de políticas públicas de inclusão, o processo civil começa a ser dimensionado não apenas para resolver conflitos individuais e privados; surge a visão do processo como instrumento de garantia fundamental dos direitos humanos e do interesse público^{31 32}.

A Constituição da República de 1988 foi decisiva para a ampliação de acesso à justiça no Brasil, na medida em que estabeleceu a constitucionalização de direitos civis, políticos e sociais³³, em um contexto de estabilidade democrática, juntamente

-
- 30 GROSS, Luciana Cunha, et al. Acesso à Justiça e Desigualdades: uma entrevista com a professora Rebecca Sandefur. *Revista de Direito Getúlio Vargas*. Vol.16, n. 2, São Paulo: Oct. 2020. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83268/79072>>.
- 31 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco;. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*. v. 224, p. 122-152, 2013; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 199, set. 2011, pp. 41-82, esp. p. 45.
- 32 Luís Roberto Barroso afirma que, no Brasil, "a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana - em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto - e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial." (BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Coord: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Editora JusPodivm. 2013, p. 231-232).
- 33 Susana Henriques da Costa aponta que, "uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais se tornam estrutura básica do Estado e da sociedade. Transformam-se, portanto, em elementos limitadores da ação estatal que, para ser legítima, deve refletir e se harmonizar com os valores jurídicos e políticos, constitucionalmente reconhecidos". (COSTA, Susana Henriques da. "Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial". In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 346-347)

com o fortalecimento do Ministério Público e a institucionalização da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais³⁴.

Ocorre que a constitucionalização de extenso conjunto de direitos, sem o aparato de políticas públicas e sociais consolidadas, inviabiliza a sua real implementação e efetivação pelo Poder Público, acarretando a sua reivindicação em massa em juízo^{35 36}.

A busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito, assegurado pela Constituição da República de 1988, com o reconhecimento de normatividade e efetividade das garantias fundamentais, promoveu a constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais e políticas, em razão da negativa dos direitos reconhecidos na Constituição^{37 38}. Nesse contexto, o Poder Judiciário, além de instância para a resolução de conflitos interindividuais, passa a ser objeto de

34 CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

35 “É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 26-27).

36 Sobre esse tema, ver: BIAVATI, Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2012, n. 2, p. 478; VERDE, Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata, *Rivista di Diritto Processual*, 2011, n. 3, p. 513-514.

37 BARROSO, Luís Roberto. Elementos para a construção de um Direito Jurisprudencial. In MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

38 “Quando analisamos a utilização corrente da judicialização em nosso país para implementação de direitos fundamentais não podemos desprezar a situação de que tal fenômeno representa uma consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país. Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais (...).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. vol. 189, 2010, p. 9-52.)

discussões de questões de alta relevância econômica³⁹, política e social⁴⁰, o que evidencia claro deslocamento da demanda social da arena política para o Judiciário.

Diante da redemocratização e da crescente conscientização da cidadania, com a ruptura dos obstáculos para o “acesso à justiça”, somado à negação de direitos fundamentais, que não foram concretizados, houve o crescimento vertiginoso do número de processos submetidos à apreciação do Poder Judiciário^{41,42}.

A pesquisa "Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira", apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aponta que, "após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se crescente aumento da litigiosidade no Brasil", que se justifica “em função do amplo rol de direitos

-
- 39 Guilherme Bacelar de Assis aponta que “o crescimento vertiginoso da judicialização dos conflitos é fruto da prática de uma sociedade capitalista pautada na elevada velocidade da difusão da informação, no alto grau de acesso de parcela expressiva da população aos bens e serviços, na enorme competitividade entre os agentes econômicos, e na padronização dos tipos comportamentais e dos modelos de produção e consumo”. (ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 187-188)
- 40 SADEK, Maria Thereza. “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política” In GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo (coord). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. São Paulo: GEN, 2013, p. 2-3
- 41 Conforme destacam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no estudo sobre acesso à justiça, a evolução das discussões jurídicas na história demonstra que “o Direito, como instrumento de ordem social, deve realizar tarefas desconhecidas em épocas anteriores. Cada vez mais frequentemente, em decorrência dos fenômenos de massificação, as ações e relações humanas assumem um caráter coletivo, e não meramente individual; referem-se a grupos, categorias e classes de pessoas, e não apenas a um ou alguns indivíduos. Direitos e deveres básicos não são mais exclusivamente os direitos e deveres individuais da declaração dos direitos humanos firmada no século XVIII /XIX inspirada em conceitos de direito natural, mas sim direitos meta-individuais, coletivos, direitos e deveres sociais das associações, comunidades e classes” (tradução livre). No original: “The law, as an instrument of social order, must undertake tasks unknown in previous times. More and more frequently, because of the “massification phenomena, human actions and relationships assume a collective, rather than a merely individual character; they refer to groups, categories, and class of people, rather than to one or a few individuals alone. Even basic rights and duties are no longer exclusively the individual rights and duties of the 18th - or 19th-century declaration of human rights inspired by natural law concepts, but rather meta-individual rights, collective, “social rights and duties of associations, communities and classes.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*. Vol. III, Emerging issues and perspectives. The Florence access-to-justice project. 1 vol.,XXXV-603, p. 518)
- 42 José Rogério Cruz e Tucci assevera: “Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que a seguiram infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro espírito de cidadania. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com as expectativas de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas. Diante desse fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário...E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, V.242, abr. 2015, p. 55).

proporcionados pela Nova Carta, quase como um corolário do processo de redemocratização e das décadas de direitos suprimidos da população”. Nesse sentido, a pesquisa destaca que, “enquanto em 1990, o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, já na década de 2000, esse volume rapidamente ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações.”⁴³

Desse modo, é evidente a relação entre o aumento da litigiosidade e o amplo rol de direitos sociais e políticos previstos na Constituição da República de 1988.

Nesse período, a implantação dos juizados especiais, visando a assegurar o acesso à justiça dos hipossuficientes, também contribuiu para tal aumento do número de demandas, diante da facilidade do acesso pela eliminação da barreira econômica.

Na época da sua criação, Kazuo Watanabe destacou que os juizados especiais têm objetivo de “reverter a mentalidade segundo a qual a Justiça é lenta, cara e complicada”, de modo a possibilitar o resgate ao Poder Judiciário da “credibilidade popular de que é ele merecedor”, bem como renascer no cidadão comum “a confiança na Justiça e o sentimento de que o direito, qualquer que seja ele, de pequena ou grande expressão, sempre deve ser defendido”⁴⁴.

Destaque-se, ainda, que incertezas jurídicas e oportunismos políticos, decorrentes de períodos de crise econômica, política e administrativa, fizeram com que o Estado *lato sensu* assumisse uma posição adversarial em relação ao cidadão,

43 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf>.

44 WATANABE, Kazuo. “Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas”. In: WATANABE, Kazuo (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)*. São Paulo: RT, 1985. p. 2.

como bem ilustram os inúmeros e sucessivos planos econômicos fracassados das décadas de 1980 e 1990^{45 46}.

Nesse contexto, a partir do modelo processual do Código de Processo Civil de 1973, baseado na solução de conflitos individuais e privados, as demandas que surgiram, na busca desses direitos sociais e políticos de interesse público, foram ajuizadas de forma isolada, gerando a litigiosidade serial⁴⁷.

Ocorre que a dificuldade na concretização dos direitos sociais e na promoção de políticas públicas capazes de conferir-lhes efetividade interfere diretamente no deslocamento de anseios e aspirações inicialmente de caráter político para o

-
- 45 “O Estado enquanto administração Pública ocupa papel importante nos tribunais, tanto como autor quanto como parte ré. Ao longo dos anos, as normas processuais brasileiras conferiram diversas prerrogativas à Administração Pública. Por exemplo, as Administrações Federal, Estadual e Municipal possuem prazos processuais consideravelmente mais longo, acesso mais fácil aos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) e estão isentos do pagamento de custas judiciais. Essas vantagens normativas têm proporcionado uma posição privilegiada para a Administração Pública nos tribunais”. (tradução livre). No original: “This scenario demonstrates clearly the dimension that the Public Administration occupies in courts, both as plaintiff and defendant, as well as its institutional and normative influence. Over the years, Brazilian procedural rules have bestowed several regulatory prerogatives to the Public Administration. For instance, the Federal, State and Municipal Administration have considerably longer procedural terms, easier access to the superior courts (Supremo Tribunal Federal and Superior Tribunal de Justiça) and are exempted from paying court fees. These normative advantages have provided a privileged position for the Public Administration in courts”. (ASPERTI, Marília Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo da; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Suzana Henriques da. “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting”. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, Volume 16, n. 88, jul-ago, 2019, p.18).
- 46 JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.
- 47 Dierle Nunes argumenta que, “na atualidade, esta litigiosidade [individual] não se mostra como a mais preocupante para a aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, da CF/1988) e do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988), o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos (fundamentais) e permitir que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder Judiciário.” (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 199, set. 2011, p. 41-82, esp. p. 45.)

judiciário⁴⁸, provocando o fenômeno da “judicialização” e consequente proliferação de demandas judiciais⁴⁹.

O tratamento atomizado desses direitos sociais, reconhecidos constitucionalmente, apesar de legítimo e possível, acarreta consequências trágicas. A prolação de múltiplas decisões concessivas de direitos sociais impacta diretamente no planejamento e execução das políticas públicas em curso, interferindo no trabalho do Poder Executivo, que tem que revisar e adaptar suas ações para atender e cumprir as ordens judiciais. Ademais, o ajuizamento de diversas demandas individualizadas sobre determinado direito social dificulta a discussão da política pública como um todo, de modo que o tema é tratado de forma isolada em relação ao autor de cada processo⁵⁰.

Susana Henriques da Costa aponta que o tratamento atomizado dos direitos sociais aponta para uma “contradição intrínseca”, na medida em que, “por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos”. Contudo, por outro lado, “o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo”. A doutrinadora pondera que “não é possível resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa”⁵¹.

48 Maria Cecilia de Araújo Asperti ensina que “a centralidade do judiciário e a crescente litigiosidade também foram impulsionadas pela abertura econômica e pelas privatizações, com os desafios regulatórios inerentes a esse processo. É próprio também do período a expansão do acesso à informação e aos serviços públicos e, principalmente, do mercado de consumidores, agora protegidos por uma legislação consumerista que visa facilitar a tutela judicial de direitos dos consumidores, tanto pela via individual quanto coletiva” (ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 20).

49 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. “Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Vol. 6, p. 152-181, 2019, p. 156.

50 COSTA, Susana Henriques da. “Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial”. In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 355.

51 COSTA, Susana Henriques da. “Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial”. In: *O Processo em Perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 355.

Nesse contexto, na década de 1990 e no início do século XXI, surgem estudos preocupados com a eficiência e a produtividade do Poder Judiciário. O viés da análise do “acesso à justiça” sob o enfoque sociológico perde espaço para um discurso voltado para a eficiência e a segurança jurídica dos jurisdicionados, sob uma perspectiva da jurisdição como serviço público⁵².

Passa a vigorar o ideal de que o desenvolvimento econômico com justiça social somente se realiza em uma sociedade que detém um sistema jurídico eficaz⁵³, com prestação jurisdicional em tempo razoável, de modo a permitir a efetiva e eficiente solução dos conflitos⁵⁴.

O Documento Técnico 319, elaborado pelo Banco Mundial, intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma” apontam a

-
- 52 Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que “o princípio da duração razoável surge, aliás, num contexto constitucional maior do próprio Estado, que deve atuar suas funções permeadas pela ideia de eficiência e economicidade (art. 37 e 70, Constituição). Assim, considerando que a jurisdição, uma das funções estatais ao lado das tradicionais funções executiva e legislativa, não pode ser excluída do contexto geral do direito público, tem-se, como anota a doutrina francesa (em concepção pouco explorada no direito brasileiro), a jurisdição deve ser encarrada como serviço público, sob os aspectos formal e material, e como tal sujeita aos princípios gerais do serviço público como continuidade, igualdade e eficiência”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “Impactos da Constituição Federal na Evolução do Processo Civil”. In: *30 Anos da CF e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 303 – 355, esp. p. 335-336)
- 53 “No que diz respeito à atividade judicial, o debate sobre a relação entre Judiciário e economia se sustenta em estudos realizados no final da década de 1990 e primeira metade dos anos 2000. Tais estudos partem do pressuposto de que o Judiciário, como prestador de serviço, deve ser imparcial, eficiente e eficaz, a fim de promover o desenvolvimento e crescimento econômico. Nesse sentido, o objeto de análise de tais trabalhos é o funcionamento do ordenamento jurídico nacional, os números referentes às atividades das instituições do sistema de justiça e as pesquisas realizadas por meio do cruzamento de dados relativos ao crescimento econômico e surveys aplicados com empresários e magistrados. Nessa linha, é possível citar os trabalhos de Armando Castelar Pinheiro, as Notas Técnicas do Banco Central – em especial a NTBC nº 35 de maio de 2003 – e os estudos da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça” (ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. “Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do judiciário”. Trabalho apresentado no evento *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs*. São Paulo: DIREITO GV, Universidade de Wiconsin e ABDI, nov. 2010)
- 54 JAYME, Fernando Gonzaga. “Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro”. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 237.

necessidade de os países latinos promoverem reformas legislativas em busca de maior eficiência e segurança jurídica^{55 56}.

No âmbito do direito brasileiro, o Documento Técnico 319, inclusive, influenciou a elaboração da Emenda Constitucional nº 45/2004, que disciplinou a reforma do Poder Judiciário, estabelecendo: a inserção do princípio da duração razoável do processo no texto constitucional (artigo 5º, inciso LXXVIII); a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B); e a súmula vinculante (art. 103-A, *caput*), com a justificativa de promover maior eficiência, transparência, uniformização e segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário.

Ocorre que, conforme pontuado por Fernando Gonzaga Jayme, “a morosidade processual repercute, também, em descrédito para o Poder Judiciário, debilitando o Estado Democrático, que não se realiza sem se efetivar a garantia fundamental do acesso à justiça”⁵⁷.

O aumento do número de demandas em trâmite no Poder Judiciário, deve ser analisado com cautela; sobretudo, no ponto em que parte significativa dos processos

55 “Um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico. A função do Poder Judiciário em qualquer sociedade é o de ordenar as relações sociais e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda. Em face o atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.” (DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para reforma. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington D.C: Banco Mundial, 1996).

56 Remo Caponi critica as intervenções legislativas do Banco Mundial no sistema de justiça italiano do século XXI: CAPONI, Remo, 'Doing Business' come scopo della giustizia civile? ('Doing Business' as a Purpose of Civil Justice?) (February 22, 2015). Il Foro Italiano, Vol. 3, 2015.

57 JAYME, Fernando Gonzaga. “Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro”. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 237.

envolvem os chamados litigantes habituais, cuja amplitude de atuação favorece o surgimento de demandas similares em larga escala^{58 59}.

A extensa gama de litígios similares não reduz a necessidade de oferecimento de resposta justa e adequada por parte do judiciário, ainda que verificada a massificação dos litígios; contudo, suscita, de forma evidente, a necessidade de uniformização das decisões, em observância ao princípio da segurança jurídica.

De igual modo, a proliferação de demandas não deve ser lida como consequência do acesso indiscriminado ao sistema justiça, o que sequer é uma realidade. A eficiência é base para atuação de quaisquer dos poderes estatais⁶⁰; no entanto, o judiciário não existe como fim em si mesmo, mas como mecanismo de realização da justiça e, como tal, deve atender aos interesses do público⁶¹.

Assim, a restrição do acesso ao sistema de justiça, que, de fato, já não é plural e democrático, como forma de refrear o aumento de demandas e a morosidade no processo de resolução de conflitos pelo Estado, não parece ser compatível com o Estado Democrático de Direito delimitado pela Constituição da República de 1988.

Ressalta-se, ainda, o fato de que o alto número de processos a cargo do Poder Judiciário e a massificação de litígios não oferecem suporte fático suficiente para confirmar a tese de que o “acesso à justiça” de fato atingiu a maior parte dos

58 ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. *A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do excesso de acesso*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

59 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 23.

60 “No sistema jurídico brasileiro, em face das normas referidas, o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto” (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*. Vol. 51, n. 2, p. 105-119, 24 fev. 2014. p. 112)

61 Nas palavras de Remo Caponi, a função jurisdicional é concebida como serviço público orientado à composição das controvérsias segundo a Justiça, ou seja, com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados: CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 192, fev. 2011, p. 400-401). Versão original: CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 65, n. 2. Padova: Cedam, 2011, p. 391-392.

substratos sociais do país e superou as desigualdades sociais, sobretudo pela amplitude do conceito^{62 63}.

No Brasil, o “acesso à justiça” é um recurso escasso, a exigir que as escolhas políticas e legislativas relacionadas ao Poder Judiciário ainda devem ser influenciadas pelo seu contexto social e econômico⁶⁴. Não se tem dúvida de que o “acesso à justiça” implica em abordar também conceitos como celeridade⁶⁵ e efetividade⁶⁶; mas,

-
- 62 GALANTER, Marc. “Access to Justice in a world of expanding social capability”. *Fordham Urban Lw Review Journal*. n. 37, p. 115-128, 2010. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/5/>>. Versão traduzida para português: GALANTER, Marc. “Acesso à justiça em um mundo de capacidades em expansão”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015, p. 37-49.
- 63 Nesse ponto, importa destacar os estudos da Professora Rebecca Sandefur que analisa os efeitos da desigualdade na justiça civil: “Experiências de justiça civil podem refletir desigualdade quando as desigualdades que existem a priori são potencializadas em contato com a lei e as instituições judiciárias, que reproduzem o cenário social. Essas experiências também podem criar desigualdade, quando as diferenças entre pessoas ou grupos se transformam em disparidades por meio do contato com eventos judiciais ou instituições jurídicas. Por fim, as experiências de justiça também podem destruir ou desestabilizar a desigualdade quando as disparidades são reduzidas por meio do contato com eventos judiciais ou instituições jurídicas.” (tradução livre). No original: “Civil justice experiences can reflect inequality in the sense that inequalities that exist prior to contact with or in some other way outside law and legal institutions are reproduced when people and groups come into contact with justiciable events or legal institutions. Such experiences can also create inequality, in the sense that differences between people or groups become disparities through contact with justiciable events or legal institutions. Finally, civil justice experiences can destroy or destabilize inequality, as disparities are reduced through contact with justiciable events or legal institutions.” (SANDEFUR, Rebecca L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. *Annual Review of Sociology*. 2008, p. 339-358). Disponível em <https://www.researchgate.net/profile/Rebecca-Sandefur/publication/228225435_Access_to_Civil_Justice_and_Race_Class_and_Gender_Inequality/links/54c67e900cf256ed5a9e86ee/Access-to-Civil-Justice-and-Race-Class-and-Gender-Inequality.pdf>
- 64 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. “Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Vol. 6, p. 152-181, 2019, p. 157.
- 65 “Nesse sentido, o direito de acesso à justiça só se efetiva quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável. A morosidade na solução dos conflitos é um importante entrave para alcançar a porta de saída e, em decorrência, para a realização do acesso à justiça” (SADEK, Maria Tereza. “Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos”. *Revista USP*. n. 101, março/abril/maio 2014, p. 55-66, p. 55)
- 66 “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. (...) O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência da omissão pelo legislador” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

sobretudo, é pensar a realização da justiça⁶⁷ enquanto materialização dos preceitos constitucionais.

Susana Henriques da Costa pondera que, no Brasil, “o acesso à justiça acabou abarcando muito mais que as três ondas do Cappelletti e Garth”, que, segundo a autora, “eram ondas bastante distributivas, dentro de uma perspectiva que buscava dar acesso a quem não tem acesso”. No contexto brasileiro, a partir do estudo dogmático do Direito Processual Civil, a introdução das ondas renovatórias do acesso à justiça passou a “abranger outros valores, inerentes a um processo que contenha garantias fundamentais”⁶⁸.

Assim, as garantias processuais fundamentais, como devido processo legal, contraditório, celeridade e previsibilidade, tornaram-se valores que foram incorporados à ideia de “acesso à justiça”⁶⁹. Desse modo, mostra-se correto o entendimento de Kazuo Watanabe no sentido de que “não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*”⁷⁰.

67 “A jurisdição e o acesso à justiça devem ser vistos com base nos princípios norteadores desse Estado: a jurisdição, visando a realização dos seus fins; o direito processual, buscando a superação das desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação através do próprio processo na gestão do Estado e na concretização da democracia e da justiça social” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 31).

68 COSTA, Susana Henriques da. “Mesa de debates: Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 4, 2017, p. 174-212.

69 Susana Henriques da Costa crítica a vinculação dessas garantias processuais fundamentais à ideia de “acesso à justiça”: “Aqui no Brasil, na verdade, as ondas de Cappelletti e Garth chegaram na década de 80, na redemocratização. A própria tradução do texto do Cappelletti e Garth para o português data de 1988 (Cappelletti e Garth, 1988). Tivemos, então, a introdução das ondas renovatórias do acesso à Justiça no Brasil, mas elas derivaram no estudo dogmático do Direito Processual Civil para abranger outros valores, inerentes a um processo que contenha garantias fundamentais. Então, devido processo legal, contraditório, celeridade, previsibilidade (que é um valor sobre que se tem falado muito nos últimos tempos), são todos valores que foram incorporados à lógica de acesso (...). Então, ter acesso é ter acesso às cortes, é ter acesso a mecanismos não estatais na solução de conflitos, é ter acesso a interesses de grupos ao Judiciário, é ter acesso ao Judiciário gratuito, mas é também dar um modelo processual que garanta previsibilidade. É também ter um modelo processual que garanta celeridade. Tudo isso é acesso, são todos valores que foram trazidos para dentro desse guarda-chuva maior e que no Brasil acabou transformando o acesso à Justiça numa ferramenta para todo tipo de discurso, e para justificar escolhas políticas que, na minha opinião, foram feitas em detrimento da pauta originária de acesso, da pauta lá da década de 80 aqui no Brasil.” (COSTA, Susana Henriques da. “Mesa de debates: Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 4, 2017, p. 174-212)

70 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 3.

O “acesso à justiça” é garantia que, na sua essência, assegura todas as demais garantias constitucionais processuais, principalmente o direito ao contraditório, participação e fundamentação no devido processo legal, na busca da prestação jurisdicional justa e efetiva.

No paradigma do atual Estado Democrático de Direito, o “acesso à justiça” deve ser estruturado como garantia do jurisdicionado ter suas reivindicações recebidas pelas esferas oficiais de poder e lhe ser oportunizado o direito de efetivamente participar e influenciar na formação do provimento jurisdicional, por meio do exercício do seu direito constitucional do contraditório⁷¹.

A mera prestação jurisdicional com eficiência quantitativa e produtiva, sem a observâncias das garantias processuais constitucionais, como o contraditório substancial⁷² e a fundamentação racional das decisões judiciais, implica em violação ao “acesso à justiça democrático” (ou o “acesso à ordem jurídica justa”)⁷³.

-
- 71 Neste sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. vol. 8, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 6; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4ª ed., 2 vol., Bologna: Il Mulino, 2006, p. 77-78; BOVE, Mauro. *Lineamenti di diritto processuale civile*. 2ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2006, p. 27; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto Processuale Civile*. 4ª ed., Vol. I, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007, p. 32; ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: A busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 138-145; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 222; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 168, 2009, p. 116; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 224-231. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112-114; FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 60-68.
- 72 “A partir da doutrina alemã, expandiu-se para toda Europa a identificação do contraditório como algo que transcendia à bilateralidade de audiência e que se apresentava como a possibilidade reconhecida às partes de influir na formação do conteúdo das decisões judiciais. Tudo o que de alguma forma pudesse ter influência sobre a futura decisão estaria submetido ao dever de consulta a ser cumprido pelo juiz durante o debate processual, nele compreendidas tanto as questões de fato como as de direito; ou seja, todos os fundamentos de qualquer decisão teriam de passar pelo crivo prévio da discussão das partes, de sorte que a resolução judicial nunca pudesse representar surpresa para qualquer dos litigantes. Assim, o mecanismo do contraditório transformava-se no instrumento democrático de assegurar a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional.” (THEODORO JR. Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: Humberto Theodoro Júnior; Petrônio Calmon; Dierle Nunes. (Org.). *Processo e Constituição Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 33-61).
- 73 A esse propósito, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ressaltam, no entanto, que a devida defesa dos interesses coletivos necessitaria de uma adaptação das garantias processuais tradicionais. Para os autores, “mesmo os princípios mais basilares da “justiça natural” devem, portanto, ser

1.2. O congestionamento das instituições jurisdicionais e a litigiosidade repetitiva no Brasil

A jurisdição deve ser compreendida como serviço público eficiente orientado à composição das controvérsias, a partir das normas do ordenamento jurídico; não se revelando tão somente como expressão do poder estatal.

Defendendo a ideia de Poder Judiciário como prestador de serviço público, Remo Caponi pondera que a ideia da Justiça como “função estatal a serviço público” faz com que o sistema político seja chamado “a responder às expectativas de eficiência provenientes dos usuários do serviço judiciário e, portanto, a medir e a incentivar a sua qualidade, a sua produtividade etc”. O jurista italiano aponta que essa perspectiva está em conformidade com os atuais princípios jurídicos do processo, que tendem “a extrair de seu bojo a visão de uma gestão eficiente, em que pese a escassez de recursos dedicados à Justiça”, conforme revela “a inclusão na Itália da duração razoável do processo entre as garantias constitucionais (art. 111, § 2.º, da Constituição)”, de modo a “representar de forma direta a constitucionalização do princípio da eficiência”⁷⁴.

reconsiderados em vista das necessidades das sociedades contemporâneas. Reconsideração, no entanto, não significa abandono, mas sim adaptação. Os velhos esquemas de um "garantismo processual" meramente individualista devem ser transformados para se adequarem aos novos direitos metaindividuais, em outros termos, uma visão individualista do devido processo legal deve dar lugar, ou ser integrada, a um conceito social ou coletivo de devido processo legal, uma vez que esta é a única forma possível de assegurar a reivindicação dos direitos coletivos". (tradução livre). No original: "Even the most sacred principles of "natural justice" must therefore be reconsidered in view of the changed needs of contemporary societies. Reconsideration, however, does not mean abandonment, but rather adaptation. The old schemes of a merely individualistic "procedural guarantism" must be transformed in order to be adapted to the new meta-individual rights, in other (and more American) terms, an individualistic vision of procedural due process should give way to, or be integrated with, a social or collective concept of due process, since this is the only possible way to assure judicial vindication of the news rights. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice*. Vol. III, Emerging issues and perspectives. The Florence access-to-justice project. 1 vol., XXXV-603, p.559).

74 CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 192, fev. 2011, p. 400-401). Versão original: CAPONI, Remo. "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 65, n. 2. Padova: Cedam, 2011, p. 391-392. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 150-151.

Nesse sentido, Érico Andrade leciona que a jurisdição está “inserida num quadro maior de movimentação do próprio Estado, na busca de eficiência e economicidade de sua atuação”, de modo a possibilitar, inclusive, “maior espaço para participação dos interessados, para garantir que sua missão constitucional seja bem executada: assegurar a solução das crises de direito material em tempo razoável e de forma efetiva”⁷⁵.

Assim, para cumprimento desse serviço público, é preciso que o Poder Judiciário seja dotado de recursos humanos e materiais suficientes para propiciar eficiência e economicidade no tratamento dos litígios. Pode-se dizer então que a tutela jurisdicional justa e efetiva exige: (I) a adequação do método; (II) o julgamento segundo o devido processo legal; e (III) a eficiência⁷⁶ e a tempestividade deste, de maneira a evitar a eternização dos conflitos⁷⁷.

75 ANDRADE, Érico. “A ‘Contratualização’ do Processo”. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Orgs.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48-50

76 No âmbito do Direito estrangeiro, prevalece o entendimento que o princípio da eficiência também deve ser aplicado ao Poder Judiciário. Por exemplo, a Corte Constitucional italiana já assentou em inúmeras decisões que o “princípio do bom andamento da administração pública” (art. 97 da Constituição italiana) também se aplica “aos órgãos de administração de justiça”. Para a localização de todas as decisões da Corte Constitucional italiana que debatem a existência ou não da garantia do “buon andamento dell’amministrazione della giustizia”: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>

77 O autor espanhol José Garberí Llobregat destaca que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva assegura aos jurisdicionados: (I) o direito de acesso à jurisdição; (II) o direito a obter dos tribunais um pronunciamento fundado no direito objetivo e nas provas produzidas, que será de mérito quando concorrentes todos os pressupostos processuais, e que observará os requisitos da motivação e da congruência; (III) o direito aos recursos estabelecidos na legislação contra as decisões judiciais; (IV) o direito à execução das decisões judiciais; (V) o direito à imodificabilidade das decisões judiciais; e (VI) o direito a não sofrer desamparo no processo. (LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 19).

Note-se que a concepção da jurisdição como serviço público, como explorado com maior ênfase pela doutrina francesa⁷⁸ e italiana⁷⁹, implica na incorporação ao exercício da atividade jurisdicional, sob o aspecto formal e material, dos princípios gerais do direito público, como continuidade, igualdade e eficiência⁸⁰.

Desse modo, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que a interpretação da jurisdição como integrante do organismo estatal, permeado pelo direito público, revela a “necessidade de maior abertura para atuação pautada pela eficiência, permeada pela economicidade, a fim de que os recursos estatais possam ser melhor aproveitados e geridos em prol da sociedade”⁸¹.

A busca pela eficiência e economicidade no exercício da atividade jurisdicional impõe a adequada gestão da massa de processos em trâmite atualmente no Poder Judiciário, com a correta distribuição dos recursos, a fim de se atingir a razoável duração de cada processo.

Destaca-se que o adequado cumprimento da função jurisdicional se liga intimamente ao exercício da democracia, pois esta pressupõe uma magistratura bem preparada para o desempenho desse serviço público, independente e responsável,

78 Na doutrina francesa, a noção de jurisdição como serviço público também é tranquila, conforme as lições de Cadiet e Jeuland: “Ao lado dos princípios organizacionais, o ordenamento jurídico comporta princípios de funcionamento que são essencialmente fundamentados na noção de serviço público. Função do Estado, a justiça é, naturalmente, um serviço público; e, muitas vezes, nos dois sentidos do termo, orgânico (a instituição) e material (a atividade), tendo em vista que a função julgadora é exercida a partir da jurisdição estatal. (...) Mas, em sendo um serviço público, a justiça deve funcionar em conformidade à todos os princípios inerentes à ideia de serviço público: a continuidade e a igualdade.” (tradução livre). No original: “À côté des principes d’organisation, l’ordonnement judiciaire comporte des principes de fonctionnement qui sont essentiellement fondés sur la notion de service public. Fonction étatique, la justice est, naturellement, un service public; elle l’est souvent dans les deux sens du terme, organique (l’institution) et matériel (l’activité) lorsque la fonction de juger est exercée par une juridiction étatique (...). Mais parce qu’elle est un service public, la justice doit fonctionner conformément aux principes communs à tous les services publics: la continuité et l’égalité.” (CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: LexisNexis Litec, 2006, p. 30)

79 CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello Stato democratico. In: *Il Processo Civile nello Stato Democratico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 20; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24-27.

80 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do Processo Civil. In: Guilherme Peña de Moraes. (Org.). 30 Anos da CF e o Direito Brasileiro. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 335-336.

81 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do Processo Civil. In: Guilherme Peña de Moraes. (Org.). 30 Anos da CF e o Direito Brasileiro. 1ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 336.

que exige o respeito à cidadania e à submissão do poder estatal a efetivos controles sociais⁸².

Ocorre que, no direito brasileiro, a análise de dados estatísticos oficiais constantes dos relatórios divulgados pelo CNJ revela a inefetividade e a intempestividade da prestação da tutela jurisdicional, evidenciando a afronta aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Os dados estatísticos extraídos da pesquisa “Justiça em Números 2021”, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, revelam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 75,4 milhões de processos em tramitação, apesar de, desde 2017, esse relatório anual apontar queda no volume de casos pendentes⁸³.

O relatório “Justiça em Números 2021” aponta que mais da metade dos processos em trâmite no ano de 2020 (52,3%) são execuções e cumprimentos de sentença. As execuções fiscais representam 68% desse estoque de processos executórios, correspondendo aproximadamente a 36% do total de ações em trâmite no primeiro grau⁸⁴.

As execuções fiscais são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, apresentando o percentual de 87,3%, o que evidencia que apenas 12,7% das execuções fiscais foram baixadas no ano de 2020⁸⁵.

Nesse sentido, importante destacar que se mostra necessário repensar e buscar meios mais adequados para a realização da tutela executiva, por meio da desjudicialização da execução civil⁸⁶ e da promoção de alterações no modelo da

82 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117

83 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021, p. 102. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>.

84 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021, p. 169. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>.

85 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021: ano-base 2020*. Brasília, 2021, p. 175. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>.

86 O Projeto de Lei nº 6.204/2019, que atualmente tramita no Congresso Nacional, visa a regulamentar a desjudicialização da execução civil, com a condução do procedimento pelo agente de execução.

execução fiscal, de modo a autorizar a sua efetivação na via administrativa⁸⁷, como ocorre no direito francês⁸⁸ e português⁸⁹.

Na perspectiva de obter maior eficiência no exercício da atividade jurisdicional e melhor na distribuição dos recursos judiciários, parte da doutrina brasileira⁹⁰ e estrangeira⁹¹ vem defendendo a “autotutela executiva”, de modo a permitir a atuação direta de direitos pelas próprias partes na relação obrigacional, sem a intervenção de terceiros (dentro ou fora do sistema judicial). O exercício da autotutela executiva seria possível por meio do uso da autonomia privada negocial, que estabeleceria contratualmente os mecanismos voltados à realização direta dos direitos⁹².

A análise de diagnósticos relativos aos dados numéricos deve considerar, na medida do possível, os fatores que influem e corroboram para produção do resultado observado, para melhor traduzir a realidade dos processos contenciosos brasileiros.

Quando se analisa a caracterização do Poder Judiciário e, sobretudo, da relação dos jurisdicionados com o Estado, é necessário identificar se existem padrões subjetivos, no que se refere ao exercício do direito de ação. Contudo, sequer é possível afirmar que existe atualmente uma *cultura do litígio*⁹³, se identificarmos quem

87 Atualmente, também está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.257/2019, que busca autorizar a realização da execução fiscal na via administrativa pela própria Fazenda Pública.

88 Para maior aprofundamento do sistema francês: PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. *Procédures civiles d'exécution*. 2. ed. Paris: Dalloz.; DE VITA, Fabrizio. *La degiurisdizionalizzazione nel Code des procédures civiles d'exécution francese*. Disponível em: <www.unicost.eu/la-degiurisdizionalizzazione-nel-code-des-procedures-civiles-dexecution-francese/>.

89 Sobre o tema ver: FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 29/31; PINTO, Rui. *A ação executiva*. Lisboa: AAFDL, 2019; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada*. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques; RIBEIRO, Flávia Pereira (Coords.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020.

90 SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas Relações Contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

91 No direito italiano, ver: LUMINOSO, Angelo. *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno LXIII, n. 1, 2017; CAMPOBASSO, Mario. *Il pegno non possessorio. “Pegno”, ma non troppo*. *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, anno XLI, n. 3, 2018.

92 Acerca deste tema, ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 315, maio/2021, p. 109-158.

93 Ressalta-se a importância dos caracteres culturais quando do estudo de perfis de litígio. Nesse sentido, tem-se que “os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominante, o produto de especialistas e *experts* isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida

são aqueles que de fato usam da estrutura do Poder Judiciário para solucionar suas contendas. A própria caracterização da cultura brasileira, em termos de disposição para o litígio, depende da análise numérica, para que tenha trato e amparo científico.

Não se nega a necessidade de avaliar dados que refletem o número de processos ajuizados, baixados e em trâmite no Poder Judiciário, mas de reconhecer que a tradução de tais números deve passar por um filtro subjetivo, que identifique padrões e interesses compartilhados ou não. Trata-se de exame fundamental, inclusive, para que se possa buscar soluções para a administração da justiça enquanto gestão.

Sob esse viés metodológico, o CNJ divulgou, em 2012, relatório identificando os 100 maiores litigantes do Brasil, que demonstra que o fenômeno da ampliação da litigiosidade repetitiva revelou a existência dos litigantes habituais, que são entes estatais ou determinadas sociedades empresariais com grande poder econômico.⁹⁴

O primeiro dado apresentado pelo CNJ, no relatório supracitado, refere-se à listagem dos dez setores que concentram maior percentual de processos, no período compreendido entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de outubro de 2011.

No caso da Justiça Estadual, os bancos aparecem como principais litigantes⁹⁵, seguidos do setor público municipal, estadual e federal, consecutivamente. As empresas de telefonia aparecem em quinto lugar, seguidas pelas empresas de seguros e previdência. Em sétimo lugar, setores ligados ao comércio. Em oitavo lugar, o setor industrial, seguido pelo setor de serviços e, por fim, pelo setor de transportes.

social e cultural é mantida, provocada e alterada (...). A cultura é tão complexa que seria extravagante concluir que algum conjunto de práticas institucionais pode <determiná-la>. Eu, então, trato da velha questão de como as convenções e as regras sociais que fazem a vida social possível se desenvolvem e se sustentam.” (CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21).

94 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>.

95 “(...) os bancos ocupam destacada posição na lista dos cem maiores litigantes do Brasil. Evidentemente que ora atuando como autores das ações em busca de seus créditos, bens financiados etc., ora atuando como réus, defendendo-se de ações que lhes acusam sistematicamente de praticar abusos e ilegalidades. Chama atenção, inclusive, o fato de que é maior o percentual ocupado pelos bancos nos Juizados Especiais, o que indica que a parcela da população menos favorecida economicamente está indo ao Poder Judiciário, em decorrência de operações bancárias e correlatas, seja por inadimplir débitos, seja por sofrer abusos” (CANAN, Ricardo. *Políticas Públicas e Defesa do Consumidor*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 34.1. jan./jun. 2014. p. 203-224).

Note-se que a grande litigiosidade vinculada a questões consumeristas e regulatórias⁹⁶, envolvendo, por exemplo, instituições financeiras e empresas de telefonia e de seguros⁹⁷, foi impulsionada pela abertura econômica e pelas privatizações, bem como pelo período de expansão da tutela dos direitos dos consumidores (protegidos pelo Código de Defesa do consumidor), outorgando-lhes maior acesso às informações e aos serviços jurídicos⁹⁸.

Em relação às questões consumeristas e regulatórias, é importante destacar que a fiscalização e a regulação de tais setores foram entregues às agências de regulação econômica, visando à “edição de regras específicas, destinadas aos prestadores de serviço e aos consumidores”, à “fiscalização do cumprimento dessas regras, dos contratos específicos e da lei, por parte dos prestadores” e à “repressão à violação das regras legais, das obrigações contratuais e das normas regulatórias pelos prestadores de serviços”⁹⁹.

Desde modo, a alta litigiosidade vinculada a questões consumeristas e regulatórias revela a importância da atuação efetiva das agências reguladoras no exercício do seu papel de fiscalizar e disciplinar o cumprimento das regras pelos prestadores dos serviços (concedido, permitido ou autorizado).

Mesmo quando analisados os dados específicos da Justiça Federal, na qual, necessariamente agentes e entes públicos ocuparam um dos polos da ação, o setor bancário concentra grande parcela de litígios. Ressalta-se ainda a disparidade entre o percentual que cada um dos litigantes habituais da Justiça Federal representa. Se por um lado o setor público federal figura em 81,19% dos processos em trâmite, os

96 Sobre a litigiosidade vinculada a setores regulados, ver o livro: SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021.

97 Sobre a litigiosidade acerca da tarifa de telefonia, ver a pesquisa “Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais Ações Coletivas”, elaborada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, com apoio do Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e do Banco Mundial, sobre ações coletivas em que o estudo de caso versa sobre “o contencioso das tarifas básicas de assinatura de telefonia no Estado de São Paulo” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas. Brasília: 2007).

98 Sobre a litigiosidade repetitiva nos setores regulados: SILVEIRA, Bruna Braga. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: editora JusPodivm, 2021.

99 SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 256-257.

bancos representam 9,60%, seguidos dos conselhos profissionais (2,76%), sendo que os demais não superam a marca de 1%.

Da mesma forma, a pesquisa “O uso da Justiça e o litígio no Brasil”, desenvolvida pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), coordenada por Maria Thereza Sadek e publicada em 2015, também comprova a concentração dos litígios em litigantes habituais¹⁰⁰. Em 8 dos 11 estados estudados pela pesquisa¹⁰¹, o Poder Público municipal, estadual e federal concentra mais da metade das ações ajuizadas em primeira instância (polo ativo), no grupo dos 100 maiores litigantes. Em relação ao polo passivo, o bloco econômico representado pelo setor financeiro é o principal demandado em 8 unidades da federação¹⁰².

Desta forma, constata-se que o uso dos órgãos judiciários brasileiros ocorre, de forma significativa e frequente, pelos mesmos litigantes, sejam entes públicos ou privados. A sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro não decorre de conflitos interpessoais entre litigantes ocasionais; mas, sim, por uma litigiosidade massificada, marcada por litigantes habituais e que versa sobre questões de fato e/ou de direito semelhantes¹⁰³.

O relatório “Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições”¹⁰⁴, elaborado pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e publicado em 2018, também aponta que a litigiosidade está concentrada em poucos atores. A análise relatório revela que, nos 7 tribunais estaduais pesquisados¹⁰⁵, os processos

100 ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília, 2015. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>

101 Os tribunais de justiça dos seguintes estados foram objeto da pesquisa: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Roraima, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe e São Paulo.

102 ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília, 2015, p. 18. Disponível em <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>

103 GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law e Journal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, 2016, p. 5.

104 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições*. Brasília: CNJ, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>>.

105 Eis os tribunais objeto da pesquisa “Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento

relativos aos setores bancários e de telecomunicações são responsáveis por, pelo menos, 50% das ações consumeristas.

Em junho de 2017, o CNJ também divulgou o relatório “Supremo em Ação”¹⁰⁶, que analisa o padrão de litigiosidade no STF. Nesta pesquisa, constatou-se que, no âmbito do STF, os maiores litigantes habituais são os órgãos e entidades da Administração Pública.

A pesquisa “Os 100 maiores litigantes” do CNJ também comparou o percentual de processos nos quais os litigantes habituais ocupam o polo ativo ou passivo, observando-se que os entes públicos, juntamente com os bancos, acumulam o percentual de 31% dos processos ajuizados entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de outubro de 2011 nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho no 1º Grau¹⁰⁷. Desse percentual de 31%, em 18% dos casos, os litigantes habituais ocuparam o polo ativo e 13% o polo passivo.

Também nos processos em trâmite no Juizado Especial¹⁰⁸, os litigantes habituais se mantêm com o maior índice de demandas. Contudo, ao contrário do que ocorre no caso da Justiça Comum, nos Juizados Especiais, em 99,8% do total de processos os grandes litigantes figuram no polo passivo¹⁰⁹.

A alteração na configuração dos polos das ações em trâmite na Justiça Comum e nos Juizados Especiais¹¹⁰ parece estar vinculada a alguns fatores, dentre eles: (I)

e proposições”: TJAM, TJBA, TJDF, TJMS, TJRJ, TJRS e TJSP.

106 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Supremo em Ação*. Brasília: CNJ, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>>.

107 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012, p. 8-9. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>.

108 “O ordenamento jurídico processual brasileiro tem, além do procedimento ordinário, previsto em sua integralidade pelo Código de Processo Civil (CPC), e toda uma miríade de procedimentos especiais, aptos a variados tipos de conflitos. O próprio CPC disciplina alguns desses, como as ações possessórias e o procedimento de inventário. A legislação extravagante apresenta outro tanto de procedimentos especiais, como a execução fiscal (Lei nº 6.830/1980) e o processo de desapropriação (principalmente no Decreto-Lei nº 3.365/1941). Essa miríade de procedimentos fica conhecida como “tutela jurisdicional diferenciada”, porque é diferente do procedimento ordinário (...)” (CARNAÚBA, César Augusto Martins. *Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 15. 2018. p. 7–27).

109 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012, p. 10. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>.

110 “Os juizados especiais têm sido a solução brasileira contemporânea para resolver as grandes questões de acesso à justiça, notadamente pela adoção de princípios e valores condizentes com a sociedade atual: rapidez, informalidade, simplicidade, objetividade, baixo custo, equidade e celeridade” (BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do*

maior facilidade de acesso do litigante ocasional, diante da isenção das custas judiciais e dos honorários sucumbenciais, no âmbito da primeira instância, bem como da desnecessidade de contratação de advogado, a depender do valor da causa; (II) a limitação da cognição do juiz nos processos distribuídos nos Juizados Especiais, que não permitem a produção de prova pericial complexa; e (III) a limitação dos valores discutidos ao montante de 40 salários mínimos, nos Juizados Especiais Cíveis no âmbito da Justiça Estadual; e de 60 salários mínimos, nos Juizados Especiais Cíveis em trâmite na Justiça Federal e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito da Justiça Estadual.

A inversão de polos apontada pela pesquisa empírica do CNJ resulta muito mais pela maior acessibilidade, por parte do cidadão comum, à sistemática adotada pelos Juizados Especiais do que pela preferência dos litigantes habituais à Justiça Comum. O relatório do CNJ revela a importância dos Juizados Especiais na busca do acesso à Justiça dos litigantes ocasionais¹¹¹.

A pesquisa “Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), analisando os Juizados Especiais dos estados do Amapá, do Ceará e do Rio de Janeiro, aponta que os conflitos consumeristas correspondem a 78,57%, 51,38%, 92,89% do total de processos, respectivamente¹¹².

Nesse sentido, constata-se que os Juizados Especiais, que foram pensados também para lidar com os litígios cotidianos e comunitários entre os cidadãos,

acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Orientador: Boaventura de Sousa Santos. 2011. 546 f. Tese. Programa de doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia e Faculdade de Direito. Portugal, Coimbra, 2011. p. 242. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/21359>>.

111 “Juizados especiais são outra medida importante para o empoderamento de litigantes por se basear na informalidade e na possibilidade de se postular sem advogado. Os autores (pessoas físicas ou pequenas empresas) estão isentos de custas judiciais e podem até apresentar suas alegações oralmente.” (tradução livre). No original: “Small claims courts are other important measure toward the empowerment of litigants since it is based on informality and pro se representation. Plaintiffs (individuals or small companies) are exempted of court fees and may even present their pleadings orally.” (ASPerti, Marília Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo da; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Suzana Henriques da. “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting”. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, Volume 16, n. 88, jul-ago, 2019, p. 28)

112 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Brasília: 2013, p. 19-20. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7533/1/RP_Diagn%C3%B3stico_2013.pdf>

acabaram-se voltados para a resolução de demandas entre consumidores e fornecedores¹¹³.

Por outro lado, os litigantes habituais, a partir de cálculos atuariais para a avaliação de riscos de demandas judiciais, utilizam-se estrategicamente da demora do Poder Judiciário em prestar jurisdição.

Desta forma, constata-se ser interessante para entes públicos e determinadas sociedades empresariais serem litigantes habituais, na medida em que conseguem administrar melhor os riscos de eventual derrota em processo judicial do que o litigante ocasional¹¹⁴¹¹⁵. Além disso, esses litigantes habituais percebem que a morosidade e o descrédito do Poder Judiciário fazem com que nem todas as pessoas recorram aos processos judiciais.¹¹⁶

Ocorre que a morosidade na prestação da tutela jurisdicional efetiva decorrente do fenômeno da ampliação da litigiosidade repetitiva, juntamente com as deficiências infraestruturais dos órgãos jurisdicionais, repercutiram em descrédito do Poder Judiciário, debilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito¹¹⁷.

113 FERRAZ, Leslie Shériida. *Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 120-121.

114 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26.

115 “Em virtude de sua experiência e expertise, JHs [litigantes habituais] têm maior capacidade de discernir quais regras têm maior chance de ‘penetrar’ e quais tendem a permanecer como meros compromissos simbólicos. JHs [litigantes habituais] podem ser capazes de concentrar seus recursos em mudanças de regras que prometem produzir uma diferença real. Eles podem compensar derrotas simbólicas com ganhos tangíveis.” (GALANTER, Marc. *Porque “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 55) . No original: “RPs, by virtue of experience and expertise, are more likely to be able to discern which rules are likely to ipenetratêi and which are likely to remain merely symbolic commitments. RPs may be able to concentrate their resources on rule-changes that are likely to make a tangible difference. They can trade off symbolic defeats for tangible gains.” (GALANTER, Marc. *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 103)

116 SANDEFUR, Rebecca L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. *Annual Review of Sociology*. 2008, p. 347.

117 RHODE, Deborah L., *Whatever Happened to Access to Justice*, 42 *Loyola of Los Angeles Law Review*, 2009, p. 869-912.

1.3. A atuação dos litigantes habituais e dos litigantes eventuais: estudo a partir da obra de Marc Galanter

Lynn LoPucki e Walter Weyrauch, no livro “Teoria da Estratégia Legal”, apontam que “o estrategista habilidoso sabe que não é possível predizer o resultado de um caso a partir dos fatos e da lei”, da mesma forma que “não é possível predizer o resultado de um jogo de xadrez somente pela posição das peças e pelas regras do jogo. Em ambos os casos, é preciso saber quem está jogando”¹¹⁸.

O estudo das capacidades estratégicas, das características e do comportamento dos litigantes¹¹⁹ é ponto essencial para a análise do sistema jurídico, principalmente a partir do viés do acesso à justiça.

Em 1974, Marc Galanter publicou o artigo *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (“Porque ‘quem tem’ sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito”), na revista jurídica *Law and Society Review*, que é um dos principais referenciais teóricos acerca da atuação dos litigantes no Poder Judiciário¹²⁰.

Na obra, Marc Galanter estabelece a “tipologia das partes” (*typology of parties*), apontando que, no âmbito jurídico, existem: (I) os *repeat players* (“jogadores repetitivos”; “litigantes habituais”; ou “litigantes repetitivos”); e (II) os *one-shotters* (“jogadores de um tiro”; “litigantes ocasionais”; ou “litigantes eventuais”) ¹²¹.

118 Tradução livre. No original: “The skilled strategist knows that one can no more predict the outcome of a case from the facts and the law than one can predict the outcome of a game of chess from the positions of the pieces and the rules of the game. In either case, one needs to know who is playing.” (LoPUCKI, Lynn M.; WEYRAUCH, Walter O. “A Theory of Legal Strategy”. *Duke Law Journal*. V. 49, n. 6, 2000, p.1472)

119 Roger J. Patterson critica a utilização do termo “litigante” (*litigant*) por vincular-se ao litígio já judicializado, sugerindo o uso do termo “disputante” (*disputant*) para identificar a parte em conflito de interesses, sem que tenha ocorrido necessariamente a judicialização da controvérsia. Veja: PATTERSON, Roger J. “Dispute Resolution in a World of Alternatives”. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, Spring 1988, p. 591. Contudo, no presente trabalho, os termos “litigantes”, “partes” e “demandantes” são utilizados, de forma similar e indistinta, para referir-se aos sujeitos envolvidos no conflito, independentemente dela ter sido judicializada ou não.

120 GALANTER, Marc. *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 95-160.

121 Ana Carolina Chasin aponta que os termos “*repeat player*” (“jogador que se repete”) e “*one-shooter*” (“atirador de um só disparo”) “foram difundidos em português, a partir da tradução do livro *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como ‘litigantes habituais’ e ‘litigantes eventuais’. Os termos em inglês possuem uma acepção coloquial, o que permite o seu uso para além do universo do direito. Para o primeiro caso, optou-se pelo substantivo ‘jogador’, que supõe alguém

A partir dessa diferenciação dos litigantes, o autor norte-americano institui a “teoria da capacidade das partes” (*party capability theory*), na qual demonstra que há significativa disparidade nas capacidades estratégicas dos litigantes habituais e dos litigantes eventuais, decorrentes de diferenças processuais, econômicas e estruturais, que revelam a necessidade da adoção de mudanças redistributivas (*redistributive change*) no sistema jurídico.

A problemática central desse estudo de Marc Galanter é estabelecer em quais condições a litigância pode ser redistributiva, com a promoção de transformações sociais por meio de escolhas político-jurídicas, diante da influência do poder econômico no sistema judicial¹²². Nesse sentido, a obra de Marc Galanter tem a finalidade precípua de promover o debate acerca dos mecanismos necessários para equilibrar a situação das partes no litígio, em razão das potenciais desvantagens processuais decorrentes da discrepância estratégica e econômica dos litigantes habituais e eventuais¹²³.

A obra de Marc Galanter é reconhecida como de extrema relevância e destaque para o estudo das questões centrais de política judicial, necessárias a assegurar o efetivo acesso à justiça dos jurisdicionados, em um sistema judiciário marcado por disparidades de capacidades estratégicas dos litigantes¹²⁴.

já inteirado com as regras. No segundo, utiliza-se o termo “participante”, que, por não remeter necessariamente a essa familiaridade, se ajusta melhor à posição do *one-shotter*. Além disso, a opção por ‘jogadores habituais’ e ‘participantes eventuais’ permite melhor diferenciar as abreviações (JH e PE).” (GALANTER, Marc. *Porque “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p.46)

122 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 95-96.

123 FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: A Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 69-70.

124 Eis textos que apontam a relevância da obra de Marc Galanter no estudo das questões centrais de política judicial: GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 375; SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don’t Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, September 2000, p. 537. GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 371-374

A importância desse estudo de Marc Galanter é ainda presente nos dias atuais, dado a consolidação do sistema econômico capitalista e a proliferação das estruturas corporativas e, por consequência, dos litigantes habituais (*repeat player*)¹²⁵. Tais litigantes habituais, por serem dotados de conhecimentos e recursos para atuarem no processo, se encontram em vantagem em relação aos litigantes eventuais (*one shooter*).

De acordo com a teoria de Marc Galanter, a manutenção de um estado de assimetria entre as partes favorece aqueles litigantes que detêm maiores recursos (*resources*) e experiências (*experiences*) decorrentes de uma litigiosidade serial em detrimento dos jurisdicionados de menor poder econômico e que ocasionalmente recorrem ao Poder Judiciário¹²⁶. A partir de uma análise jurídica, política e sociológica, o autor destaca que é necessário equilibrar os impactos redistributivos da litigância, por meio do “empoderamento” das capacidades contenciosas dos litigantes eventuais¹²⁷¹²⁸.

O jurista norte-americano pondera que a capacidade das partes tem maior relevância no resultado da prestação jurisdicional do que os próprios procedimentos e as regras legais. Contudo, Marc Galanter destaca que a maioria das pesquisas prefere dar mais atenção aos efeitos dos procedimentos e das regras em detrimento das partes. Assim, o autor assinala que é necessário enxergar a litigância pela outra “extremidade do telescópio” (*other end of the telescope*), de modo a dar mais enfoque

125 Eis texto que analisa a litigância no sistema jurídico brasileiro a partir da obra de Marc Galanter: ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; “Why the ‘Haves’ come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shotters in the Brazilian litigation setting”. *FGV Direito SP Research Paper Series No 141*. Jan./2016. São Paulo: FGV, 2016.

126 FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: A Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 68.

127 GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, 2016, p. 21.

128 Nesse sentido: MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 20-29, 1999; WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996.

no impacto que as circunstâncias acerca da capacidade das partes têm no resultado do litígio¹²⁹.

O litigante habitual normalmente possui um corpo de profissionais especializados em analisar o custo/benefício de cada demanda, podendo jogar com as estatísticas de probabilidade¹³⁰. Logo, este litigante não está preocupado com o resultado de uma determinada causa; mas, sim, com o impacto das teses jurídicas em todos os processos nos quais é parte, interessando-se pela formação de precedentes judiciais nos tribunais, que possam lhe ser normas favoráveis a serem observadas pelos operadores do direito.

Destaca-se que os litigantes habituais também têm maior infraestrutura para se beneficiar dos avanços tecnológicos para definir as suas capacidades estratégicas. Por meio do uso de processadores de dados e sistemas de inteligência artificial, que realizam a análise de jurimetria e estudos de linguagem e de dados para a elaboração automatizada de peças processuais e contratos, o litigante habitual consegue definir melhor a sua estratégia, bem como adequar o seu comportamento aos entendimentos jurisprudenciais, minimizando os seus riscos¹³¹.

Os litigantes habituais, por terem vasta experiência nos órgãos judiciários e amplo poder econômico, conseguem ter uma quantidade maior de “informações relevantes sobre as práticas judiciárias que lhe favoreçam ou prejudiquem, bem como sobre linhas de argumentação que sejam mais ou menos aceitas”, o que lhes permite “tomar decisões mais estratégicas”¹³².

Marc Galanter destaca que os litigantes habituais “têm oportunidades para desenvolver relações facilitadoras com os encarregados institucionais”¹³³. Os

129 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 97.

130 ROSS, H. Laurence. *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*. Chicago: Aldine. 1970, p. 25.

131 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 54.

132 GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 99-101.

133 Tradução livre. No original: “RPs have opportunities to develop facilitative informal relations with institutional incumbents.” (GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9,

litigantes habituais tendem a se familiarizar com os servidores públicos que trabalham no Poder Judiciário¹³⁴, propiciando um movimento de *lobby*, no qual esses agentes privados, usando de ferramentas políticas, conseguem a consolidação de determinada norma jurídica ou entendimento jurisprudencial¹³⁵¹³⁶.

Number 1, 1974, p. 99)

- 134 “A neutralidade do processo judicial foi substancialmente comprometida pelas relações rotineiras que se desenvolveram entre os representantes dos requerentes frequentes de penhora e o servidor do tribunal. O servidor agendava casos de modo que, a cada dia, um ou dois usuários de peso aparecessem. Isso permitia que o servidor equalizasse o fluxo de trabalho de seu gabinete. Também consolidava os casos de grandes credores e tornava desnecessário que estes viessem ao juizado todos os dias. Parece que esses usuários de peso e o servidor passaram a se conhecer muito bem ao longo dos meses. Embora eu não ter observado nenhuma outra evidência de favoritismo, era perceptível que o funcionário tendia a ser mais receptivo à versão do conflito narrada pelo credor do que àquela exposta pelo devedor simplesmente porque uma era dita por um homem que ele conhecia, e a outra, por um estranho” (tradução livre). No original: “the neutrality of the judicial process was substantially compromised by the routine relationships which developed between representatives of frequent users of garnishment and the clerk of the court. The clerk scheduled cases so that one or two of the heavy users appeared each day. This enabled the clerk to equalize the work flow of his office. It also consolidated the cases of large creditors and made it unnecessary for them to come to court every day. It appeared that these heavy users and the clerk got to know each other quite well in the course of several months. Although I observed no other evidence of favoritism toward these creditors, it was apparent that the clerk tended to be more receptive toward the version of the conflict told by the creditor than disclosed by the debtor, simply because one was told by a man he knew and the other by a stranger.” (JACOB, Herbert. *Debtors in Court: The Consumption of Government Services*. Chicago: Rand McNally, 1969, p.100).
- 135 Marc Galanter destaca que os litigantes habituais têm maior capacidade de discernir quais regras têm mais chance de “penetrar” e quais tendem a permanecer como meros compromissos simbólicos: GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 103.
- 136 A título de exemplo, em estudo sobre as relações entre os fabricantes de automóveis e seus revendedores, o autor norte-americano Stewart Macaulay relata que os fabricantes “tinham interesse de que a [Lei da Boa-Fé] fosse interpretada visando fornecer parâmetros para a conduta de seus funcionários no campo. Além disso, eles tinham recursos para empregar na batalha. A quantidade de dinheiro envolvida poderia ser expressiva para um revendedor [diante de um negócio cancelado], mas poucos casos — se é que algum — envolviam o risco de responsabilidade significativa para os fabricantes (mesmo que o revendedor ganhasse). Assim, os fabricantes podiam lutar durante o tempo que fosse necessário para conseguir interpretações favoráveis ao estabelecimento de diretrizes para o futuro. Enquanto os advogados dos revendedores teriam que trabalhar com honorários eventuais, os fabricantes já tinham suas equipes jurídicas próprias, amplas e competentes, e podiam bancar a contratação de especialistas em julgamentos e apelações [...]. Um advogado com honorário eventual podia se permitir apenas investir um certo tempo num caso particular. Já que os fabricantes estavam interessados em diretrizes para o futuro, eles se davam ao luxo de investir, por exemplo, o valor de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) pelo tempo do advogado em um caso que poderia ter sido acordado em US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). Além disso, havia o fator da experiência. Um advogado de revendedor normalmente começava sem nenhum conhecimento sobre a argumentação de um caso regulado pela Lei da Boa-Fé. Por outro lado, a equipe jurídica do fabricante se tornou especialista em lidar com esse tipo de caso, uma vez que já havia enfrentado uma série dessas demandas. Ela podia refinar seu sumário padrão caso após caso e até influenciar as práticas de negócio da empresa — tal como a conservação de documentos — de modo a estar pronta para qualquer caso. [...] Enquanto revendedores individuais decidem se vão ou não apresentar uma queixa, o fabricante, assim como qualquer réu razoavelmente rico ao se defrontar com uma série

Nessa perspectiva de os litigantes habituais possuírem maior capacidade de influir na elaboração de normas (materiais e processuais), Maria Cecília de Araújo Asperti destaca que, “no Brasil, juristas que influenciam os debates legislativos são, frequentemente, advogados ou pareceristas contratados pelos litigantes repetitivos”¹³⁷.

Portanto, percebe-se que os litigantes habituais focam suas estratégias sobre os resultados normativos¹³⁸, e, por sua estrutura de litigiosidade de massa, poderão otimizar a alocação de custos financeiros e exercerão maior influência na formação do conteúdo decisório¹³⁹.

de demandas relacionadas, poderia controlar os tipos de casos que chegariam a tribunais nos quais a Lei da Boa-Fé pudesse ser interpretada. Ele poderia se defender e entrar com recursos nos casos em que os fatos são desfavoráveis ao revendedor, bem como poderia firmar acordos naqueles em que os fatos favorecem o revendedor. Já que os revendedores individuais estavam mais interessados no dinheiro do que em estabelecer precedentes [...], os fabricantes ficavam, assim, livres para controlar os casos que o tribunal apreciaria. O efeito final [...] era incitar uma sequência de casos favoráveis aos fabricantes.” (tradução: Ana Carolina Chasin). No original: “had an interest in having the [Good Faith Act] construed to provide standards for their field men's conduct. Moreover they had resources to devote to the battle. The amount of money involved might be major to a canceled dealer, but few, if any cases involved a risk of significant liability to the manufacturers even if the dealer won. Thus the manufacturers could afford to fight as long as necessary to get favorable interpretations to set guidelines for the future. While dealers' attorneys might have to work on a contingent fee, the manufacturers already had their own large and competent legal staffs and could afford to hire trial and appellate specialists. [...] an attorney on a contingent fee can afford to invest only so much time in a particular case. Since the manufacturers were interested in guidelines for the future, they could afford to invest, for example, \$40,000 worth of attorneys' time in a case they could have settled for \$10,000. Moreover, there was the factor of experience. A dealer's attorney usually started without any background in arguing a case under the Good Faith Act. On the other hand, a manufacturer's legal staff became expert in arguing such a case as it faced a series of these suits. It could polish its basic brief in case after case and even influence the company's business practices -such as record keeping- so that it would be ready for any suit. [...] While individual dealers decide whether or not to file a complaint, the manufacturer, as any fairly wealthy defendant facing a series of related cases, could control the kinds of cases coming before the courts in which the Good Faith Act could be construed. It could defend and bring appeals in those cases where the facts are unfavorable to the dealer, and it could settle any where the facts favor the dealer. Since individual dealers were more interested in money than establishing precedents [...] the manufacturers in this way were free to control the cases the court would see. The net effect [...] was to prompt a sequence of cases favorable to the manufacturers.” (MACAULAY, Stewart. *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and Their Dealers*. New York: Russell Sage Foundation. 1966, p. 99-101).

137 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 59.

138 DIBBLE, Vernon K. “What Is and What Ought to Be: A Comparison of Certain Formal Characteristics of the Ideological and Legal Styles of Thought”. *American Journal of Sociology*, v. 79, n. 3, 1973.

139 Neste sentido: GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, 1999, p. 803-804; HAZARD JR., Geoffrey C. “Law Reforming in the Anti-Poverty Effort”. *The University of Chicago Law Review*, v. 37, n. 2, 1965, p.65.

Por outro lado, o litigante eventual examina somente seus custos e possíveis ganhos individuais, não sendo vantajoso, na maioria das vezes, o dispêndio de vultosos recursos financeiros na contratação de profissional especializado. Dessa forma, o litigante eventual está concentrado nos interesses tangíveis de sua demanda, sendo, em regra, indiferente quanto à formação de uma tese jurídica aplicável a outros casos.

Marc Galanter pondera que os litigantes habituais “desenvolvem *expertise* e têm pronto acesso a especialistas. Eles desfrutam de economias de escala e têm baixos custos institucionais em qualquer caso”¹⁴⁰¹⁴¹.

A análise econômica do direito, que busca compreender o sistema jurídico a partir dos métodos e institutos econômicos, impõe a apuração do custo da litigância pelos jurisdicionados¹⁴². Esse custo da busca pela resolução do conflito por meio da prestação jurisdicional impõe a análise de fatores, como: (I) o valor dos honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais; (II) o custo do risco de sofrer uma decisão judicial contrária aos seus interesses; (III) as despesas para obtenção das provas e tentativa de acordo na fase extrajudicial e judicial; (IV) o custo de eventual encerramento de relações comerciais e econômica com a parte adversa; (V) o custo do tempo de tramitação do processo judicial; e (VI) o desgaste psicológico do jurisdicionado decorrente da litigiosidade¹⁴³.

140 Tradução livre. No original: “RPs develop expertise and have ready access to specialists. 7 They enjoy economies of scale and have low startup costs for any case.” (GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 98)

141 No mesmo sentido: EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 942, 1999; RICKMAN, Neil. The Economics of Cost-shifting Rules. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 336-338.

142 Para o aprofundamento da análise econômica do direito: COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, Volume 3, p. 42-44, Chicago: The University of Chicago Press, 1960; POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007; PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 2004; ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 15-22, Curitiba, ago./dez. 2009; RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

143 Neste sentido: FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: A Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 72-75; HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. *The*

Desse modo, a partir da análise dos referidos fatores, deduz que o custo da litigância se mostra maior para o litigante eventual, que não consegue aproveitar de uma economia de escala decorrente da ausência da litigiosidade em massa.

Importante ressaltar também que é comum que inúmeros casos de violações de direitos não sejam submetidos ao Poder Judiciário, em razão do seu ínfimo valor econômico, que acaba desestimulando o litigante eventual a procurar uma solução por meio da prestação jurisdicional.

Ademais, em regra, o litigante eventual tem maior aversão à litigância, na medida em que, a depender da cultura na qual se está inserido, as pessoas tendem a ver o processo judicial como algo a ser evitado. Este fator cultural contribui para a decisão do litigante eventual de não submeter o conflito à solução jurisdicional, conduzindo-o a priorizar as técnicas conciliatórias extrajudiciais¹⁴⁴.

No que concerne à autocomposição, o litigante habitual está concentrado na construção e consolidação de sua reputação no âmbito extrajudicial, de modo que não emprega resoluções irracionais que poderão prejudicá-lo em casos futuros. Entretanto, o litigante eventual possui maior liberdade na negociação, haja vista que somente aquela relação jurídica lhe interessa¹⁴⁵¹⁴⁶.

Os advogados exercem papel fundamental na resolução dos litígios, sendo que o alcance de benefícios materiais no processo está intimamente relacionado à devida representação das partes¹⁴⁷. Dessarte, a parte que possui maior poder aquisitivo

Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 4-5.

144 HENDERSON, Dan Fenno. "Law and Political Modernization in Japan". In: WARD, Robert E. (ed.). *Political Development in Modern Japan*. Princeton: Princeton University Press, 1968, p.488.

145 SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict*. New York: Oxford University Press, 1963, p.17.

146 Marc Galanter ressalta que o litigante habitual "precisa estabelecer e manter sua credibilidade como um combatante. O interesse que tem em sua 'reputação de negociador' serve como um recurso para estabelecer "compromissos" a respeito de suas posições. Sem uma reputação desse tipo a manter, o litigante eventual tem mais dificuldade em se envolver de maneira convincente na negociação" (tradução livre). No original: "The RP must establish and maintain credibility as a combatant. His interest in his "bargaining reputation" serves as a resource to establish "commitment" to his bar gaining positions. With no bargaining reputation to maintain, the OS has more difficulty in convincingly committing himself in bargaining." GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 99.

147 ROSS, H. Laurence. *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*. Chicago: Aldine, 1970, p.193.

poderá contratar profissionais especializados e com maior qualidade, acarretando em vantagem competitiva.

Os litigantes habituais, por possuírem mais recursos e por poderem estabelecer uma relação mais duradoura com o advogado, conseguem estabelecer uma atuação estratégica e preventiva¹⁴⁸, com registro constante e permanente de informações e dados acerca da matéria controversa¹⁴⁹. Além disso, a litigância de massa propicia ao profissional especializado uma maior experiência sobre a orientação dos tribunais acerca da matéria objeto do litígio, o que facilita na formulação de uma estratégia global para o cliente.

Logo, observa-se que a especialização dos profissionais do Direito tende a atender majoritariamente as demandas dos litigantes habituais, pois estes estarão em condições de arcar com honorários mais altos, sendo a assistência jurídica dos clientes mais pobres exercida por profissionais com menor expertise técnica¹⁵⁰¹⁵¹.

O processo civil tradicional preconiza que a relação jurídica processual começa pela iniciativa das partes e se desenvolve por impulso oficial do juiz. Teoricamente, as partes se encontram em situação de igualdade de informações e recursos, mas a sobrecarga e a passividade do Poder Judiciário demonstram que os aparatos institucionais ampliam o desequilíbrio de forças entre os jurisdicionados¹⁵².

148 GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, 1999, p. 803-804.

149 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 114-115.

150 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 116-117.

151 Contudo, Maria Cecília de Araújo Asperti pondera “é oportuno acrescentar uma consideração própria da advocacia dos litigantes ocasionais no Brasil: a existência da Defensoria Pública, enquanto instituição do sistema de justiça, voltada para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes e vulneráveis. A Defensoria Pública é capaz, ao menos em tese, de atuar como um ator repetitivo, ou de aproveitar algumas das vantagens associadas à recorrência da litigância, tais como a acumulação de informações e de expertise e a possibilidade de estabelecimento de relações informais com agentes das instituições com as quais interage (Judiciário, delegacias, Ministério Público).” (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 60)

152 Owen Fiss, analisando a influência da situação socioeconômica das partes e do tempo de duração do processo nos meios consensuais de resolução de conflitos, destaca que “a disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de

A realidade dos tribunais denota uma escassez de recursos e de funcionários para processar e julgar todas as causas segundo as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, aqueles que possuem condição econômica mais vantajosa se encontram em posição de benefício de informação sobre as regras, além de disporem de meios para impulsionar um resultado favorável, tais como a coleta de provas, a apresentação de testemunhas, o pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios¹⁵³.

Em situações de litigiosidade repetitiva, em regra, os juízes não possuem tempo disponível para analisar e julgar as particularidades de cada caso¹⁵⁴ e, por

um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais, como o da instrução probatória. Aparentemente, o acordo beneficia o autor da ação, permitindo-lhe evitar os custos do processo judicial, mas isso não é verdade. O réu pode calcular as despesas que o autor teria se o caso tivesse ido a julgamento e diminuir sua proposta no valor dessa quantia. O autor muito pobre é uma vítima dos custos do processo, mesmo quando aceita fazer o acordo” (FISS, Owen. “Contra o Acordo”. *Direito como Razão Pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho; Melina de Medeiros Rós. Maria Cecília de Araujo Asperti. 2ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Juruá, 2017, p.135-136).

153 “Custos com tribunal, testemunhas (principalmente especialistas), investigação, gratificação dos informantes, publicações processuais, transcrição e qualquer bônus necessário para garantir o prejuízo dos adversários — tudo torna o litígio uma tarefa cara, proporcionando, assim, vantagem para aqueles que detêm recursos financeiros abundantes”. (tradução: Ana Clara Chasin). No original: “Court costs, witness fees (especially for experts), investigation costs, court reporters fees, discovery costs, transcript costs, and the cost of any bond needed to secure opponents' damages, all make litigation an expensive task, thereby giving the advantage to those with large financial resources. (ROTHSTEIN, Lawrence E.. “The Myth of Sisyphus: Legal Services Efforts on Behalf of the Poor”. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 7, 1974, p. 506).

154 “Assim, a sobrecarga aumenta o custo e o risco do julgamento, além de blindar as regras existentes contra questionamentos, o que diminui as oportunidades de mudá-las.. Isso tende a [primeiramente] favorecer os beneficiários das regras existentes. Em segundo lugar, ao intensificar a dificuldade de contestação das práticas correntes, a sobrecarga também favorece aqueles que se beneficiam da negligência (ou da violação sistemática) às regras que favorecem seus adversários. Terceiro, a sobrecarga tende a proteger o possuidor — ou seja, a parte que tem dinheiro ou bens — contra o requerente” (tradução: Ana Clara Chasin). No original: “Thus, overload increases the cost and risk of adjudicating and shields existing rules from challenge, diminishing opportunities for rule-change. 66 This tends to favor the beneficiaries of existing rules. Second, by increasing the difficulty of challenging going practice, overload also benefits those who reap advantage from the neglect (or systematic violation) of rules which favor their adversaries. Third, overload tends to protect the possessor-the party who has the money or goods-against the claimante”. (GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 121-122)

consequência, as decisões são prolatadas em massa e em benefício daqueles que detêm informação, maiores recursos econômicos, *expertise* e estrutura organizacional para otimizar a atuação no Poder Judiciário.

Os litigantes habituais desfrutam de maiores vantagens em relação aos litigantes eventuais, pois estes são dotados de experiência no ambiente processual, podendo lidar com as ineficiências dos tribunais e, inclusive, utilizá-las a seu favor.

Portanto, torna-se imperiosa a reflexão sobre as soluções que priorizem a alocação de recursos nos tribunais, diminuindo a sobrecarga e a passividade, no objetivo de assegurar tratamento igualitário entre as partes no processo. Os conflitos jurídicos entre litigantes habituais e eventuais se revestem de assimetria de forças econômicas, que deve ser reequilibrada¹⁵⁵.

No Brasil, a título de exemplo, os litigantes habituais típicos são entidades do governo (Administração Pública em todas as suas esferas¹⁵⁶), companhias prestadoras de serviços públicos (como telefonia, água, luz e gás), instituições financeiras, empresas securitárias, indústrias manufatureiras, etc. Já, os litigantes eventuais são os consumidores, os cidadãos beneficiários de direitos previdências, as pessoas que sofreram lesões tributárias, as vítimas de determinada falha na prestação de serviço público ou privado, etc.

É importante pontuar que esse equilíbrio de forças não deve ser entendido de forma rígida, pois há situações nas quais os litigantes eventuais se utilizam do processo de forma temerária e predatória, a exemplo do que ocorre nos casos de pulverização ou fracionamento de demandas^{157 158}.

155 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 103.

156 Para aprofundamento acerca da atuação da Administração Pública como litigante habitual no Brasil: FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como Litigante Habitual: A Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

157 A título de direito estrangeiro, a jurisprudência francesa, ao observar o movimento de fracionamento de demandas que estavam fundadas sobre o mesmo direito, como, por exemplo, casos de responsabilidade civil baseados em diferentes pretensões, fixou a tese de que “incumbe ao autor, em primeira instância, alegar todas as causas que fundamentam seu direito”. Do original: “Il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci.” (BLÉRY, Corinne. Concentration des moyens ou de demandes et autorité de chose jugée : rien de bien nouveau sous le soleil. *Revista Dalloz*, 2006, p. 2135)

158, No mesmo sentido, a doutrina italiana entende que o fracionamento de demandas é considerado um abuso de direito, haja vista a caracterização de um dano processual devido a utilização temerária do instrumento. A esse propósito, impende citar a jurisprudência firmada na decisão

No direito brasileiro, é possível verificar situações em que os litigantes eventuais ajuízam diversas ações fundadas no mesmo objeto litigioso, mas com causa de pedir e pedidos diversos, o que é contrário aos princípios constitucionais de boa-fé e economia processual, essenciais para o bom funcionamento da máquina judiciária¹⁵⁹.

Ressalta-se, inclusive, que a Terceira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.817.845/MS, já entendeu que o ajuizamento de inúmeras ações temerárias, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, configura assédio processual, decorrente do abuso do direito fundamental de ação ou de defesa¹⁶⁰. Na ocasião, o voto vencedor da Ministra Nancy Andrighi utilizou como

23726/200773, na qual a Corte Constitucional Italiana, ao analisar caso de fracionamento de créditos, fixou entendimento de que o desmembramento do direito de crédito constitui abuso do processo, devendo o exequente propor uma única demanda, sob pena de ferir o princípio da boa-fé processual. Na supramencionada decisão, a sentença aludiu que “o efeito inflacionário atribuível a possibilidade de multiplicação de julgados carrega ainda um outro aspecto negativo, qual seja da inadequação do princípio constitucional”. da duração razoável do processo (art.111), devido à antinomia que existe entre a multiplicação de processos e a possibilidade de garantir um julgamento célere (...) caracterizando-se abuso processual a cisão judicial (contextual ou sequencial) de um crédito unitário”. Do original: “Ulteriore vulnus al quale deriverebbe, all'evidenza, dalla formazione di giudicati (praticamente) contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. Mentre l'effetto inflattivo riconducibile ad una siffatta (ove consentita) moltiplicazione di giudizi ne evoca ancora altro aspetto di non adeguatezza rispetto all'obiettivo, costituzionalizzato nello stesso art. 111, della "ragionevole durata del processo", per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata. L'esaminato primo motivo del ricorso va quindi respinto, enunciandosi, in ordine alla questione di massima ad esso sotteso, il principio (con il quale risulta in linea la sentenza impugnata) per cui è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame dela domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario”. (GIUSEPPE, Crucitta; ROSA, Francaviglia. Corte di Cassazione – Sezioni Unite Civili – Sentenza del 15/11/2007 n. 23726 – Tutela giudiziaria di credito monetario unitario – Possibilità di Frazionamento – Configurabilità – Contrarietà a regole di correttezza e buona fede ed al principio del giust. Disponível em <<https://www.diritto.it/corte-di-cassazione-sezioni-unite-civili-sentenza-del-15112007-n-23726-tutela-giudiziaria-di-credito-monetario-unitario-possibilita-di-frazionamento>>.

159 Acerca do abuso de direitos processuais, ver: TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In: *Revista de Processo*. Vol. 34, nº 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2009, p. 164/166; CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960; BELLO, Baldomero Cortada de Oliveira. *Sham Litigation: o abuso do direito de demandar no ordenamento jurídico brasileiro*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

160 Eis parte da ementa do referido julgado: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. OMISSÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. QUESTÃO DECIDIDA. ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E DE DEFESA. RECONHECIMENTO COMO ATO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. PRÉVIA TIPIFICAÇÃO LEGAL DAS CONDUTAS. DESNECESSIDADE. AJUIZAMENTO SUCESSIVO E REPETITIVO DE AÇÕES TEMERÁRIAS, DESPROVIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E INTENTADAS COM PROPÓSITO DOLOSO. MÁ UTILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE AÇÃO E

fundamento, dentre outros, a doutrina do *sham litigation* advinda do direito concorrencial norte-americano¹⁶¹.

Os atos que configurarem litigância temerária e predatória devem ser puníveis pelo sistema jurídico¹⁶², seja por meio da condenação por litigância de má-fé ou fixação de indenização, bem como pela adoção de novos mecanismos que impeçam a pulverização do direito, como, por exemplo, a extensão dos efeitos da eficácia preclusiva da coisa julgada¹⁶³.

Todavia, os eventuais abusos por parte dos litigantes ocasionais não afastam a conclusão de que os litigantes habituais possuem condições econômicas e estratégicas favoráveis no litígio, tornando-se imprescindível medidas que permitam a redução do nível de desigualdade no campo processual.

Ademais, importante ressaltar que a obra *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (“Porque ‘quem tem’ sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito”) foi desenvolvida por Marc

DEFESA. POSSIBILIDADE. (...) 4- Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais. 5- O ardid, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde. Por esses motivos, é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça. (...)” (BRASIL, REsp n. 1.817.845/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 17/10/2019.)

161 Acerca do abuso de direito processual no âmbito do direito concorrencial, ver: BALMER, Thomas A., *Sham Litigation and the Antitrust Laws*, in *Buffalo Law Review*, v. 39, 1980, pp. 39-71; INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (*sham litigation*). In: ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (Org.), *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 289-312; MARTINO, Fernanda Dalla Valle, *A efetividade da doutrina da sham litigation no Brasil*, in *Revista do IBRAC*, v. 19, ano 18, jan.-jun./2011, p. 457-494; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso de Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

162 Acerca de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e/ou a limitação da liberdade de expressão, ver: Recomendação nº 127/2022 e o Projeto de Lei nº 90/2021, em trâmite na Câmara dos Deputados.

163 Sobre este tema, ver: BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de Processo Comparado*. Thomson Reuters. Vol. 2, Jul - Dez/2015, p. 121 – 143.

Galanter na década de 1970. Atualmente, as grandes corporações empresárias (litigantes habituais) têm se preocupado e sensibilizado, cada vez mais, com perspectivas sociais, o que pode contribuir para uma menor utilização do Poder Judiciário como instrumento para obter vantagens estratégicas e econômicas em relação aos litigantes eventuais (como, consumidores ou vítimas de prestação de serviço).

Por fim, importante ressaltar que, além da tipologia definida por Marc Galanter entre litigantes habituais e eventuais, há os “ausentes”, que representam as pessoas que ainda não procuraram o Poder Judiciário, apesar de eventual lesão ao seu direito material. Esses “ausentes” podem (ou poderiam), no futuro, ajuizar demanda individual acerca de determinada controvérsia de direito repetitiva, de modo que irão sofrer, direta ou indiretamente, os efeitos de eventual tese jurídica formada em procedimento de julgamento de casos repetitivos.¹⁶⁴

1.4. O acesso à justiça como direito social e a necessidade de uma justiça redistributiva

A Constituição da República de 1988 prevê a garantia fundamental de acesso à justiça, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Contudo, assegurar o direito de acesso à justiça não se limita a impor ao legislador ou ao operador do direito uma obrigação de não restringir a prestação jurisdicional (vedação constitucional)¹⁶⁵.

A garantia constitucional de acesso à justiça também é um direito social a ser assegurado pelo Estado, por meio de prestações positivas e adoção de medidas necessárias a possibilitar que os cidadãos tenham pleno acesso à prestação jurisdicional efetiva¹⁶⁶.

164 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 69-70.

165 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 44-45.

166 SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocadas. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor*

Todavia, Marc Galanter entende que, ao contrário do que pretendido e defendido pelo “Projeto Florença” (modelo de Estado de bem-estar social), não é possível obter a universalização do direito social de acesso à justiça¹⁶⁷. O jurista norte-americano aponta que “a justiça a que buscamos acesso é a negação ou a correção da injustiça”; contudo, “a esfera da injustiça percebida se expande dinamicamente com o crescimento do conhecimento humano, com os avanços da viabilidade técnica e os crescentes anseios de amenidade e segurança”¹⁶⁸.

Marc Galanter defende a ideia de que “a busca pela justiça é movida pela produção de injustiça”, de modo que há uma fronteira em movimento e expansão.

O autor destaca que a constatação de que as fronteiras do acesso à justiça estão em constante movimento implica em reconhecer que: (I) “aumentos de justiça não implicam correspondente diminuição na quantidade de injustiça”; e (II) “em um mundo de capacidades em expansão e expectativas em crescimento, onde queixas de injustiça proliferam, não podemos evitar a necessidade de racionamento da justiça. Justiça não é gratuita”¹⁶⁹.

Na concepção de Marc Galanter, apesar do acesso à justiça ampliar as “oportunidades para a justiça corretiva”, a fronteira em movimento e expansão “faz desmoronar a distinção entre justiça corretiva e distributiva”. Desse modo, o jurista norte-americano conclui que “a escolha sobre qual iniciativa corretiva deve ser

José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.779-785

167 GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*, n. 37, 2010, p. 115-128. Versão em português, com tradução de: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa: GALANTER, Marc. “Acesso à justiça em um mundo de capacidades em expansão”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015, p. 37-49.

168 Tradução de: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. No original: “The justice to which we seek access is the negation or correction of injustice. But there is not a fixed sum of injustice in the world that is diminished by every achievement of justice. The sphere of perceived Injustice expands dynamically with the growth of human knowledge, with advances in technical feasibility, and with rising expectations of amenity and safety.” (GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*, n. 37, 2010, p. 124)

169 Tradução de: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. No original: “What are the implications of recognizing the moving frontier? First, that increases in justice do not imply a corresponding decrease in the amount of injustice. In an expanding social and legal universe, justice/injustice is not a zero-sum game, rather both grow together. (...) Second, in a world of expanding capabilities and rising expectations, where claims of injustice proliferate, we cannot avoid the necessity of rationing justice. Justice is not free “ (GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*, n. 37, 2010, p. 124)

perseguida é uma decisão distributiva ‘política’”, de modo que devem ser feitas escolhas políticas e legislativas, visando a “racionar e priorizar oportunidades para a justiça distributiva”, dissolvendo “a ilusão de que a justiça existe no reino da legalidade técnica e é distinta da política”¹⁷⁰.

Concorda-se com a ideia de Marc Galanter de que as fronteiras do acesso à justiça estão em constante expansão e movimento, na medida em que, concomitantemente com a adoção e institucionalização de medidas para assegurar a “justiça”, surgem novas “injustiças”, decorrentes do conhecimento e da capacidade humana.

As fronteiras do acesso à justiça vão se expandindo para a inclusão de novos problemas e novas pessoas (geralmente, minorias de grupos menos favorecidos), que anteriormente tinham pouca importância e, conseqüentemente, não utilizaram dos recursos disponíveis, o que acarreta no surgimento de novos conflitos para o sistema de justiça¹⁷¹.

Ocorre que o acesso à justiça é direito constitucional que deve ser assegurado a todos os indivíduos. Desse modo, entende-se que a ideia de acesso à justiça como bem universal deve ser buscada, com o fim de reparar as injustiças, apesar da constante expansão das fronteiras do acesso à justiça.

Reconhece-se que, no Brasil, não há recursos financeiros e de infraestrutura para o atendimento e implementação, de forma imediata, de todas as pretensões e pautas de acesso à justiça, de modo que é necessário definir as prioridades, que envolverão escolhas de cunho político-legislativa, sujeitas a limites orçamentários, para distribuir o acesso possível de ser ofertado¹⁷².

170 GALANTER, Marc. “Acesso à justiça em um mundo de capacidades em expansão”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun., 2015, p. 46.

171 GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*, n. 37, 2010, p. 124.

172 Daniela Monteiro GABBAY, Susana Henriques da Costa e Maria Cecília de Araujo Asperti entendem que “insistir na ideia de acesso universal à justiça é mascarar a realidade e dar margem à apropriação do acesso ao Poder Judiciário pelos grandes litigantes, o que se viu acontecer nas últimas décadas” (GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. v. 6, 2019, p. 177).

Contudo, o discurso de “excesso de litigiosidade” não pode ser utilizado para destruir as medidas e as instituições que buscam assegurar o direito social do acesso à justiça. Ao contrário, é preciso analisar os atores envolvidos nesse “excesso de litigiosidade”, para que se possa definir e redirecionar as escolhas político-legislativas necessárias para equalizar a situação dos jurisdicionados e garantir o acesso à justiça.

Mostra-se necessário compreender quais foram os discursos e as agendas que fundamentaram as escolhas político-legislativas, bem como analisar quais foram as suas consequências em relação a quem se tutela e/ou favorece e como se acessa a justiça no Brasil¹⁷³.

A concepção de acesso à justiça redistributiva busca ampliar o acesso dos litigantes eventuais e dos “ausentes”, com adoção e implementação de medidas políticas e instrumentos processuais que visam a garantir a sua participação e a sua representação na tutela jurisdicional.

Nesse contexto, este trabalho propõe-se a estudar quais os instrumentos e mecanismos necessários a assegurar a participação e a representatividade adequada dos litigantes, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, de modo a lhes garantir o direito social de acesso à justiça.

173 GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. v. 6, 2019, p. 153.

2. A LITIGIOSIDADE REPETITIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

2.1. A relação jurídica coletiva (processo coletivo)

O litígio coletivo é o conflito existente na realidade, que envolve uma multiplicidade de sujeitos, que compõem um grupo, uma sociedade. A relação jurídica é coletiva quando: (I) em um dos seus polos (sujeito ativo ou passivo), encontra-se um grupo (comunidade, coletividade, categoria, classe etc.); e (II) o objeto litigioso envolve direito ou deveres de determinado grupo¹⁷⁴.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ensinam que “a especificidade do processo coletivo encontra-se no objeto litigioso. O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva”. Esses autores conceituam uma relação jurídica como coletiva “se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo)”. Isso posto, “se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo”¹⁷⁵.

Essa definição, distingue da conceituação de Antonio Gidi, para quem “ação coletiva é a proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”¹⁷⁶. Antonio Gidi considera a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada como elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva.

174 Edilson Vitorelli, por sua vez, conceitua que “litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. Dessa forma, o litígio coletivo ocorre quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo.” (VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 30)

175 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256, jun/2016, p. 209-218 – versão digital.

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

Contudo, alinhado com o pensamento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., entende-se que: (I) é possível a legitimação extraordinária em processos individuais (por exemplo, ações de alimentos ajuizadas pelo Ministério Público, na defesa do interesse de pessoa incapaz); (II) o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma hipótese de ajuizamento de ação coletiva pela própria comunidade (artigo 37 da Lei nº 6.001/1973 - Estatuto do Índio); (III) o regime jurídico da imutabilidade da coisa julgada não é uma especificidade do processo coletivo e decorre do objeto litigioso envolver um grupo¹⁷⁷; (IV) o regime da coisa julgada pode ser disciplinado pelo legislador do modo que entender mais conveniente, independentemente do objeto litigioso¹⁷⁸.

Assim, adota-se o entendimento de que o “processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo)”¹⁷⁹.

Desse modo, concorda-se com as lições de Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., no sentido de que “o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”^{180 181}.

177 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 32-33.

178 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 27.

179 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256, jun/2016, p. 209-218 – versão digital

180 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256, jun/2016, p. 209-218 – versão digital.

181 Edilson Vitorelli aponta que o entendimento acerca da possibilidade de existência de ação coletiva passiva no Brasil “é equivocado e expressa uma compreensão errônea do conceito de ação coletiva passiva, tal como praticada nos Estados Unidos”. Segundo o autor, no Brasil, para a existência de uma ação coletiva passiva, seria necessária, pelo menos, as seguintes características: “1) existência de relação entre representantes, presentes no processo, na condição de substitutos processuais, e representados, na condição de substituídos, ausentes do processo; 2) formação de coisa julgada em desfavor dos ausentes, impedindo o questionamento da decisão, em outros autos; 3) possibilidade de execução do julgado contra os substituídos, com afetação de seu patrimônio pessoal; 4) controle rigoroso da qualidade da atividade exercida pelo legitimado coletivo, ou seja, da representatividade adequada”. Contudo, Edilson Vitorelli entende que “nenhuma dessas características está presente nos exemplos rotineiramente mencionados

Nesse sentido, considera-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos como espécies de processos coletivos, na medida em que são técnicas de julgamentos de casos repetitivos, que têm por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva, relativa a direitos individuais homogêneos, titularizada por algum grupo/coletividade/comunidade^{182 183}.

No direito inglês, o processo coletivo também é definido de forma ampla, de modo a abranger as ações representativas que visam a reivindicar direitos ou deveres coletivos de determinado grupo - questões comuns de fato e de direito -, bem como o

pelos acadêmicos brasileiros para justificar a existência desse tipo de demanda no País”. (VITORELLI, Edilson. “Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 278, abr/2018, p. 297-335 – versão digital).

Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de ação coletiva passiva: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 389-403; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 495-502; GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 350 e ss; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”. *Revista Forense*, vol. 361, 2002, p. 6-9; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1999. p. 145; ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010; COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João E. “Uma hipótese de *Defendat Class Action* no CPC? O Papel do Ministério Público na Efetivação do Contraditório nas Demandas Possessórias Propostas em Face de Pessoas Desconhecidas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 250, p. 315-337, 2016; PEIXOTO, Ravi. “Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 256, p.229-254, 2016.

182 No mesmo sentido, defendendo o IRDR como uma espécie de processo coletivo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 256, jun/2016, p. 209-218 – versão digital; MATTOS, Luiz Norton Batista. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Magistratura*. Vol. 1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 191.

183 Em sentido contrário, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Thaís Costa Teixeira Viana sustentam que, “apesar de proporcionar positiva uniformização de julgamentos no que concerne à tutela individual de direitos, não estaria a técnica do IRDR apta a se equiparar às espécies de processo coletivo, para fins de tutela processual coletiva de direitos de grupo” (THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Thaís Costa Teixeira. O (pseudo)enquadramento de demandas repetitivas 146 como espécie de processo civil coletivo no Código de Processo Civil de 2015. In: *Eficiência, eficácia e efetividade: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil*. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Mônica Sette Lopes e Camila Silva Nicácio (Organização). Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 161-162). No mesmo sentido, entendendo que o IRDR não é técnica do processo coletivo: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 93-101.

juízo coletivo de demandas individuais acerca de questões comuns (*aggregate proceedings*)^{184 185}.

O *Access to Justice Act 1999*, do Parlamento do Reino Unido, define as *Multi-Party Action* (MPA) como “ação ou ações em que várias partes têm causa de pedir que envolvem questões comuns de fato ou de direito decorrentes da mesma causa ou evento”¹⁸⁶.

No estudo da relação jurídica coletiva, é necessária a identificação dos tipos de litígios coletivos. No Brasil, o microssistema do processo coletivo¹⁸⁷ é formado, principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), pela Lei de Ação Popular (Lei nº 7.717/1965), pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e pela Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), além de outras legislações periféricas¹⁸⁸.

184 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 28.

185 “As ações multipartes são formas de procedimento coletivo que podem conduzir a um remédio ou ampliar o acesso a um remédio para danos em massa. Cuida-se de mecanismos judiciais que podem assumir diferentes formas. Uma delas é a ‘ação coletiva’ ou ‘ação representativa’, frequentemente utilizada em litígios civis em que se busca assegurar a reparação coletiva. [...]. Existem outras formas de procedimentos de litígios de grupo que precisam ser distinguidos das ações coletivas, situações em que os casos dos demandantes permanecem separados e distintos, mas são agrupados para gerenciamento coletivo, como o instituto inglês e galês do *Group Litigation Order* (GLO)” (Tradução: João Paulo Lordelo Guimarães Tavares). No original: “MPAs are one form of collective procedure that may lead to a remedy or broaden access to a remedy for mass harm. They are court-based mechanisms and can take many guises. One of these is the “collective action” or “representative action”, which is often used for civil litigation seeking to secure collective redress. [...] There are other forms of group litigation procedures that need to be distinguished from collective actions as the claimants’ cases remain separate and distinct but are grouped together for collective management, such as the English and Welsh tool of the *Group Litigation Order* (GLO).” (BLANNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016).

186 Tradução livre. No original: “Multi- Party Action” means any action or actions in which a number of clients have causes of action which involve common issues of fact or law arising out of the same cause or event.”. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/nisr/2015/196/regulation/7/made>.

187 MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microssistema da tutela coletiva”. In: *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 7.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

188 “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa

Destaque-se que, em 2020, foram apresentados, no âmbito do Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.441/2020, pelo Deputado Paulo Teixeira; e o Projeto de Lei nº 4.778/2020, pelo Deputado Marcos Pereira¹⁸⁹, que visam a estabelecer novas regras e técnicas processuais às ações coletivas. Posteriormente, em 2021, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.641/2021 (denominado Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover), que foi elaborado a partir da Comissão de Juristas nomeada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), como substitutivos dos referidos projetos de lei.

Além disso, também tramita no Congresso Nacional, desde 2014, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, cujo intuito é regular o processo coletivo estrutural, versando sobre a solução de conflitos sobre políticas públicas.

2.2. A tipologia dos litígios coletivos

2.2.1. A tipologia prevista na legislação brasileira, a partir dos direitos coletivos

Acerca da tipologia dos litígios coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, classifica os direitos metaindividuais em três categorias: (I) direitos difusos; (II) direitos coletivos em sentido estrito; e (III) os direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de modo que só podem ser considerados como um todo, e titularizados por um grupo de pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato.

Hugo Nigro Mazzilli ensina que direitos difusos “compreendem grupos menos determináveis de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso”. O jurista pondera que os direitos difusos “são como um feixe ou conjunto de interesses

natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012). No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1085218/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009

189 O Projeto de Lei nº 4.778/2020 decorre do Anteprojeto de lei de ação civil pública apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça ao Presidente da Câmara dos Deputados.

individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”¹⁹⁰. Portanto, no caso dos direitos difusos, entre os membros do grupo não existe um vínculo comum de natureza jurídica¹⁹¹.

Os direitos coletivos em sentido estrito também são transindividuais e de natureza indivisível; contudo, eles são titularizados por determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base¹⁹². Ou seja, em relação aos direitos coletivos em sentido estrito, é possível identificar as pessoas integrantes do grupo titular do direito.

José Joaquim Calmon de Passos ensina que “interesses difusos são aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas ligadas ao grupo, que se unem apenas por circunstâncias de fato”. Ou seja, “situam-se nesta espécie de interesses muito amplos, que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos e assim por diante”. Por outro lado, o autor baiano destaca que nos direitos coletivos em sentido estrito “há um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo”, citando, como exemplo, “os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de classe”¹⁹³.

Kazuo Watanabe aponta que, “nas duas modalidades de interesses ou direitos ‘coletivos’ stricto sensu, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos ‘difusos’ é a determinabilidade das pessoas titulares”. O jurista destaca que a determinabilidade dos sujeitos dos grupos pode ocorrer pela “relação jurídica base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma

190 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

191 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 74.

192 ALVIM, Teresa Arruda. “Apontamentos sobre as ações coletivas”. *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman Benjamin; Teresa Arruda Alvim; Vincenzo Vigoriti - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

193 PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Mandado de segurança coletivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 69, 1993, p. 164-168.

sociedade)”, bem como pelo “por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)”¹⁹⁴.

Em entendimento divergente, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam que os elementos diferenciadores entre o direito difuso e o direito coletivo em sentido estrito são “a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos”. Portanto, para esses doutrinadores, é indiferente a identificação da “pessoa titular”, na medida que o que “importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe”¹⁹⁵.

Concorda-se com a posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., tendo em vista que, nos direitos coletivos em sentido estrito, a prestação será indivisível, de modo que “beneficia um, beneficia a todos”. Assim, mostra-se irrelevante a identificação da pessoa beneficiária da ação coletiva; mas, sim, do seu grupo.

Constata-se, portanto, que os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito referem-se a interesses metaindividuais, que são indivisíveis e indisponíveis.

Os direitos individuais homogêneos, o legislador classificou como “decorrentes de origem comum”¹⁹⁶, mas que são divisíveis e com titularidade identificável.

Para Antônio Herman Benjamin os direitos individuais homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares”; contudo, tal situação não decorre de “uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica base (interesses coletivos *stricto sensu*)”. Os direitos individuais homogêneos são reunidos e aglomerados, “por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”¹⁹⁷.

194 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 317.

195 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 75.

196 Além do Código de Defesa do Consumidor, esta expressão também foi utilizada no artigo 21 da Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009).

197 BENJAMIN, Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

Desse modo, os direitos individuais homogêneos caracterizam-se pela: (I) “*transindividualidade artificial* (ou legal) e *instrumental* (ou pragmática)”; (II) “determinabilidade dos sujeitos”; (III) “divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual)”; (IV) “disponibilidade (quando a lei não determina o contrário)”; (V) “núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos”; (VI) “irrelevância da unanimidade social”; (VII) “organização-ótima viável e recomendável”; e (VIII) “reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a *fluid recovery*)”¹⁹⁸.

Essa classificação dos litígios coletivos, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, foi inspirada em conceituações italianas das décadas de 1970 e 1980¹⁹⁹, cujas abordagens tinham maior foco no direito substantivo em detrimento dos meios processuais para a defesa dos interesses coletivos, além de carecer de uma abordagem sociológica (a partir da natureza do grupo envolvido e das pretensões deduzidas por ou contra ele)²⁰⁰.

É inquestionável a relevância dessa classificação para a afirmação e consolidação da tutela jurisdicional dos direitos coletivos²⁰¹. Essa classificação

198 BENJAMIN. Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96.

199 Antonio Gidi destaca que essa “classificação é fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas (...) Em contraste com o direito francês e alemão, os doutrinadores italianos, inclusive os processualistas, estudam a proteção dos direitos de grupo sob a perspectiva do direito substantivo (direitos difusos e coletivos) e não sob a perspectiva dos meios processuais para sua defesa em juízo. A doutrina italiana é particularmente rica com tentativas de definir os conceitos de direitos difusos e coletivos”. (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 201-203).

200 Eis relevante obra italiana, publicada em 1979, que influenciou os conceitos do direito coletivo brasileiro: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

201 Teori Albino Zavascki destaca que “podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos: (a) mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas. Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos

evidenciou uma dimensão estrutural dos direitos coletivos e eliminou resistência técnicas, como o entendimento de que: (I) seriam meros interesses e não direitos passíveis de serem tutelados²⁰²; (II) haveria uma suposta ausência de titularidade para defender a posição jurídica de um grupo em abstrato; e (III) o ordenamento jurídico não prevê a tutela de pretensão coletiva em abstrato²⁰³.

A opção da comissão de juristas responsável pela redação do Código de Defesa do Consumidor de inserir conceitos acadêmicos no texto legal para conceituar os direitos coletivos foi consciente²⁰⁴. Esta estratégia foi útil e necessária, tendo em vista que a “ausência de uma definição clara dos direitos de grupo em uma lei escrita poderia gerar perplexidade e inconsistência nos tribunais”²⁰⁵.

processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazido por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 34-35)

202 Kazuo Watanabe destaca que: “a necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade (...) pudessem ser havidos como juridicamente passíveis de proteção. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre interesses simples e interesses legítimos permitiu um pequeno avanço, com a outorga de proteção da tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional”. (WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II, p. 70)

203 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 67.

204 Em obra elaborada pela comissão de juristas responsável pela redação do Código de Defesa do Consumidor, Kazuo Watanabe destacou que a “inexistência de consenso doutrinário sobre os conceitos de ‘interesse ou direitos difusos’ e de ‘interesses ou direitos coletivos’, o legislador preferiu adotar os conceitos que lhe pareceram adequados no plano da defesa do consumidor. Foi, além disso, criado o conceito de ‘interesses ou direitos individuais homogêneos’ para os fins de tutela coletiva deles em juízo, por meio de *class action* que, embora inspirada no modelo norte-americano, obteve contornos próprios e bem adaptados às peculiaridades e condicionais geográficas, culturais, sociais e econômicas brasileiras.” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 811).

205 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 204.

Nesse sentido, Edilson Vitorelli destaca que “a preocupação do art. 81 do CDC foi caracteristicamente de natureza processual: evitar que os direitos difusos fossem vistos como meros interesses e, nesse aspecto, não passíveis de tutela jurisdicional”. Em seguida, pondera o doutrinador que “a missão foi perfeitamente cumprida. Quando o Estado pretendeu excluir de tutela algumas espécies de direitos de grupo, se viu obrigado a fazê-lo por alteração legislativa”²⁰⁶.

A classificação adotada pelo Código de Defesa do Consumidor serviu para que a tutela dos direitos coletivos pudesse abranger todas as pretensões afirmadas como coletivas, ainda que pudessem parecer, em um primeiro momento, mera reunião de demandas individuais²⁰⁷.

2.2.2. Os problemas decorrentes da tipologia prevista na legislação brasileira para a conceituação dos litígios coletivos

A classificação legal dos litígios coletivos, disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, é capaz de causar confusões por ser excessivamente fracionada²⁰⁸ e por abranger diversas situações que se apresentam no dia a dia.

206 VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos Litígios Transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. In: *Revista de Processo*. Vol. 247 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353-384 – versão digital.

207 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 49.

208 Nas palavras de Fábio Konder Comparato, o jurista deve saber aprimorar os institutos jurídicos existentes, para fornecer resposta aos problemas práticos do Direito, que evoluem segundo a evolução da sociedade: “Pode-se dizer hoje em dia que fugindo não só ao esplêndido idealismo das doutrinas puras do direito, como ao desprezo sistemático pelas categorias jurídicas formais manifestado pelos práticos, a cultura jurídica tende a encaminhar-se no sentido de uma compreensão global do mundo do Direito: não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional. É evidente que o direito real, o contrato ou a obrigação delitual são categorias que subsistem malgrado a diferença de sistemas econômicos e de regimes políticos; e o jurista, por ser justamente jurista, tem por missão definir tais categorias, integrá-las num sistema e aprimorar-lhes a expressão formal. Mas isto não significa que sua tarefa se esgote neste trabalho de pura análise e classificação, como se a sua ciência fosse comparável à botânica ou à matemática. Cumpre-lhe também não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta toda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana”. (COMPARATO, Fábio Konder. “O indispensável direito econômico”. In: *Revista dos Tribunais*. n. 353. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965, p.25)

É necessário apontar que um mesmo fato ou conflito pode acarretar pretensões coletivas que englobam as três tipologias²⁰⁹. Um exemplo disso, é o rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana – MG, ocorrido em 15 de novembro de 2015, que provocou que cerca 34 milhões de metros cúbicos de lama e dejetos provenientes da exploração fossem expelidos atingindo o Rio Doce e seguindo até o mar do estado do Espírito Santo.

Em decorrência desse acidente, uma série de danos coletivos foram causados, como: a destruição e poluição do Rio Doce e seus afluentes; a morte de várias espécies da fauna e flora local; a danificação do patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico; danos socioeconômicos e morais à população da região atingida; e o falecimento de 19 pessoas (funcionários da Samarco Mineração S/A e moradores do distrito de Bento Rodrigues)²¹⁰.

Portanto, em decorrência de um mesmo fato é possível constatar litígios de natureza: (I) difusa, vinculado a direito indivisível e cujos titulares não são determináveis, como aqueles relacionados à proteção do meio ambiente; (II) coletiva em sentido estrito, também vinculado à direito indivisível, mas cujos grupos dos membros titulares do direito violado são identificáveis (pessoas que moravam e frequentavam as regiões atingidas), como aqueles relativos aos patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico do local; e (III) individual homogênea, vinculados à direito divisível e cujos titulares são determináveis, como aqueles referentes a danos materiais e morais decorrentes de determinada perda ou prejuízo específico de alguma pessoa²¹¹.

209 Neste sentido: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20-21; ZANETI JR., Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 68; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 48.

210 Após o acidente, foram manejadas diversas ações visando a responsabilização da Samarco Mineração S/A e suas controladas VALE S/A e BHP Billinton Brasil Ltda. Entre estas demandas, destaca-se a Ação Civil Pública manejada pelo Ministério Público Federal contra as referidas empresas e outros entes públicos, em trâmite perante a 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, cuja petição inicial está disponível em <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-samarco/view>.

211 Exemplificando outra situação que origina pretensões difusas, coletivas e individuais, Nelson Nery Júnior pontua que “o acidente com o ‘Bateau Mouche IV’, que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança

Além disso, é comum a utilização da tipologia legal para restringir a tutela dos direitos coletivos, por meio de fundamentos estritamente formais²¹². Eis exemplos de tal situação: (I) limitação do objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneo, conforme positivado no artigo 21, parágrafo único, da Lei nº12.016/2009²¹³; (II) discussão acerca da legitimidade de agir do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos, objeto do Recurso Especial repetitivo nº 1.682.836/SP²¹⁴ (Tema

das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). É *difuso* o direito ou interesse que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam *coletivos* aqueles outros interesses e direitos pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base. Assim, a *indeterminação* dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a *determinabilidade* acusaria de coletivo o direito ou interesse. Ambos seriam de natureza *indivisível*. Os direitos *individuais homogêneos* são aqueles cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, detentores de direito *divisível*. O que une esses titulares a ponto de propiciar a defesa coletiva desses *direitos individuais*, é a *origem comum* do pedido que pretendem fazer em Juízo.” (NERY JR., Nelson. “O processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, 1991, p. 24-35 – versão digital)

- 212 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 50-51.
- 213 Lei nº 12.016/2009: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”
- 214 Eis parte da ementa do julgado: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SOB A SISTEMÁTICA DOS REPETITIVOS. DEMANDAS DE SAÚDE COM BENEFICIÁRIOS INDIVIDUALIZADOS INTERPOSTAS CONTRA ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUPOSTA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 1º, V, E 21 DA LEI N. 7.347/1985, BEM COMO AO ART. 6º DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 1º DA LEI N. 8.625/1993 (LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO). APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. (...) 3. A fronteira para se discernir a legitimidade do órgão ministerial diz respeito à disponibilidade, ou não, dos direitos individuais vindicados. É que, tratando-se de direitos individuais disponíveis e uma vez não havendo uma lei específica autorizando, de forma excepcional, a atuação do Ministério Público (como no caso da Lei n.8.560/1992), não se pode falar em legitimidade de sua atuação. Todavia, se se tratar de direitos ou interesses indisponíveis, a legitimidade ministerial já decorreria da redação do próprio art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).4. Com efeito, a disciplina do direito à saúde encontra na jurisprudência pátria a correspondência com o próprio direito à vida,

repetitivo nº 766/STJ²¹⁵) e do enunciado de súmula 601 do STJ, que prevê que “o Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público”; e (III) discussão acerca da incidência do instituto da remessa necessária somente para as ações envolvendo direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (excluindo as demandas que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos), em razão da aplicação analógica do artigo 19 da Lei de Ação Cível Pública (Lei nº 4.717/1965)²¹⁶.

Acerca dessa tripartição legal dos direitos coletivos em três espécies, Antonio Gidi, apesar de reconhecer o seu caráter pedagógico, na sua origem, destaca que, “hoje, ao lermos essas conceituações italianas ‘antigas’, temos a exata dimensão de que elas refletiam um estado de conhecimento bastante rudimentar sobre o fenômeno da tutela jurisdicional dos direitos de grupo”. Nesse sentido, o doutrinador pondera que “é desalentador constatar que livros brasileiros”, publicados no século XXI, “ainda repetem acriticamente definições de direitos difusos e coletivos lançadas pelos autores italianos trinta anos atrás, sem a menor aplicação prática ou teórica para o

de forma que a característica da indisponibilidade do direito já decorreria dessa premissa firmada.⁵ Assim, inexistente violação dos dispositivos dos arts. 1º, V, e 21 da Lei n. 7.347/1985, bem como do art. 6º do CPC/1973, uma vez que a atuação do Ministério Público, em demandas de saúde, assim como nas relativas à dignidade da pessoa humana, tem assento na indisponibilidade do direito individual, com fundamento no art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). (...)” (BRASIL, STJ, REsp 1682836/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018)

215 Tema repetitivo nº 766/STJ: “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).”

216 Neste sentido: “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS DIFUSOS DOS CONSUMIDORES. REMESSA NECESSÁRIA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 19 DA LEI N. 4.717/1965. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é aplicável o reexame necessário nas hipóteses de ação civil pública, independentemente da presença de pessoa de direito público no polo passivo, porém não se aplica aos litígios que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos. 1.1. Por conseguinte, levando-se em consideração que a hipótese dos autos cuida de direitos difusos de consumidores, torna-se imperioso o reconhecimento da possibilidade de aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, devendo os autos retornarem à origem para que se analisem as questões que foram julgadas improcedentes pelo Magistrado de primeiro grau e não foram objeto de recurso voluntário pelas partes. 2. Agravo interno desprovido.” (BRASIL, STJ, AgInt no REsp 1690987/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018)

direito positivo brasileiro”²¹⁷. Assim, Antonio Gidi alerta que “corremos o risco de criar uma ‘jurisprudência de rótulos’, em que os fatos precisam ser subsumidos à letra da lei, em vez de um sistema prático e funcional”²¹⁸.

Em 1984²¹⁹, antecipando as críticas apresentadas pela moderna doutrina processual, José Carlos Barbosa Moreira sugeriu a divisão da tipologia dos litígios coletivos em dois: os transindividuais, tidos como os “*essencialmente* coletivos”²²⁰; e os individuais homogêneos, entendidos como os “*acidentalmente* coletivos”²²¹.

217 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 202-210.

218 GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 202-210.

219 Eis a versão original do texto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 193. Posteriormente, este artigo foi republicado com o título “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos” nas seguintes obras: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 55-77; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. In: *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman Benjamin; Teresa Arruda Alvim; Vincenzo Vigoriti - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71-95.

220 José Carlos Barbosa Moreira ensina que, “em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade. (...) Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e, desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão ‘interesses essencialmente coletivos’.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. In: *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman Benjamin; Teresa Arruda Alvim; Vincenzo Vigoriti - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 73).

221 José Carlos Barbosa Moreira destaca que, “noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das “parcelas”, consideradas como tais. (...) Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de ‘interesses acidentalmente coletivos’.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. In: *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman Benjamin; Teresa Arruda Alvim; Vincenzo Vigoriti - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 74).

Também visando a resolver as inconsistências da tipologia dos litígios coletivos, em 1991, Nelson Nery Jr. propôs que a classificação fosse de acordo com as *pretensões* deduzidas em juízo; e não com base nos *direitos* da coletividade. Em conclusão, uma mesma situação jurídica poderia gerar pretensões difusas, coletivas em sentido estrito e individuais homogêneas. Assim, após a propositura da ação coletiva que seria possível averiguar qual espécie de pretensão (e não de direito) estava sendo tutelada²²².

É comum verificarmos, na prática forense, petições expondo discussões acerca do enquadramento de determinada situação fática em uma dessas categorias legais²²³. Contudo, essa atividade não tem relevância e utilidade prática, na medida em que o objetivo do processo coletivo é resolver o conflito coletivo como um todo, independente da tripartição dos direitos²²⁴.

Ademais, o processo coletivo é basicamente o mesmo para todos os tipos de litígios, na medida em que o legislador não se preocupou em estabelecer procedimentos adaptáveis às peculiaridades do conflito coletivo, como se todos eles pudessem tramitar, de forma adequada, pelo modelo de procedimento comum previsto na Lei nº 7.347/1985.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ensinam que “o princípio do devido processo legal coletivo impõe que se construa um processo adequado às

222 “Observamos o erro metodológico utilizado por doutrina e jurisprudência para a qualificação de um direito como sendo difuso, coletivo ou individual. Correntemente vê-se a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo da tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. Da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais.” (NERY JR., Nelson. “O processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, 1991, p. 24-35 – versão digital)

223 “O maior risco proveniente da conceituação expressa e estanque dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos é a geração de um conceitualismo tão exacerbado que acarrete, em muitas hipóteses, a inviabilidade do processo de uma ação coletiva. Pelo que se pode extrair da experiência brasileira, muitas vezes o Poder Judiciário se nega a processar demandas coletivas não em virtude da ausência de interesse processual, mas sim por força de dificuldades (muitas vezes mais retóricas do que reais) no enquadramento formal da pretensão material deduzida em juízo a uma das categorias de interesses ou direitos referidas legislativamente.” (VENTURI, Elton. Disposições gerais. In: GIDI, Antonio; MARC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo ibero-americano*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 29-30.)

224 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 49-54.

peculiaridades do caso *concreto*”, na medida em que “um procedimento adequado apenas no plano legislativo, em tese, abstratamente, não concretiza suficientemente o princípio da adequação”²²⁵.

Note-se que, no direito norte-americano, não há essa classificação dos litígios coletivos. A Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, que disciplina as *class actions*, importou-se em estabelecer os requisitos legais para o manejo da ação coletiva, destacando a necessidade da existência de uma questão de fato ou de direito comum ao grupo, independentemente de qualquer tipologia dos direitos coletivos²²⁶.

2.2.3. A tipologia a partir dos litígios coletivos: a proposta de Edilson Vitorelli

A classificação dos litígios coletivos prevista no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (difusos; coletivos em sentido estrito; e individuais homogêneos) tem como pressupostos a necessidade de tutela desses direitos, sem a definição de sua natureza²²⁷.

Constata-se, portanto, que a tipologia prevista na legislação brasileira não responde ao seguinte questionamento: “o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais?”²²⁸.

Edilson Vitorelli critica que a doutrina brasileira não realizava “uma investigação mais profunda acerca de quem são os titulares dos direitos transindividuais”, razão

225 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 88.

226 Os pré requisitos da *class action* norte americana, previstos na Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, são: “(a) Um ou mais membros da classe podem processar ou serem processados como parte representante da toda classe somente se (1) A classe de ações é tão numerosa que a participação de todos é impraticável, (2) há questões de fato e/ou de direito comuns a todos os membros, (3) As demandas ou as defesas aduzidas pelos representantes são de fato homogêneas à toda a classe e (4) A representação é justa e adequada aos interesses da classe.” (tradução livre). No original: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

227 VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos Litígios Transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. In: *Revista de Processo*. Vol. 247 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353-384 – versão digital.

228 VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos Litígios Transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. In: *Revista de Processo*. Vol. 247 - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353-384 – versão digital.

pela qual “os estudiosos os atribuíam, de modo recorrente, à ‘sociedade’, a ‘grupos’ ou à ‘coletividade’”. Disso derivou uma concepção organicista de sociedade²²⁹, em que “os indivíduos reunidos formam uma entidade nova superior, distinta e superior a si próprios, subsistente autonomamente”²³⁰.

Por um lado, esses conceitos de “grupo”, “sociedade”, “coletividade” e similares visa a homogeneizar a titularidade dos direitos em litígios perante o Poder Judiciário. Contudo, por outro lado, tais conceitos ignora “as divergências existentes, no seio do próprio grupo, acerca da definição da pretensão coletiva”, o que pode acarretar uma falsa sensação de que “a vontade coletiva, que é personificada pelo legitimado, é uniforme”, na medida em que não revela a possível conflituosidade existente internamente no grupo²³¹.

A ausência da correta definição de quem são os membros titulares dos direitos coletivos dificulta na avaliação da adequação da pretensão deduzida pelo legitimado coletivo perante o Poder Judiciário, bem como da tutela jurisdicionalmente outorgada. A tutela adequada realiza-se em relação a alguma pessoa ou situação, de acordo com as peculiaridades do caso concreto; e, não, de forma abstrata²³².

Nesse contexto, em obra inovadora e premiada pela International Association of Procedural Law²³³, intitulada “O Devido Processo Legal Coletivo”, Edilson Vitorelli propõe a construção do devido processo coletivo a partir do tipo do *conflito*, adequado às peculiaridades do caso concreto; e, não mais, a partir do tipo do *direito* coletivo.

Para tanto, o jurista cinde os direitos transindividuais em três categorias, “de acordo com a sociedade que os titulariza, sob a perspectiva da lesão ou ameaça de lesão que é afirmada no processo e que sustenta a pretensão de tutela”²³⁴.

229 A expressão é de DEL VECHIO, Giorgio. *Teoria del Estado*. Barcelona: Editorial Bosh, 1956.

230 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 26-27.

231 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 27.

232 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22.

233 Em 2019, a International Association of Procedural Law elegeu o livro “O Devido Processo Legal Coletivo”, de autoria de Edilson Vitorelli, como a melhor obra sobre processo do mundo, escrita por um autor com menos de 40 anos.

234 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75.

Inicialmente, Edilson Vitorelli propõe a premissa teórica de que a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida após a lesão ou a ameaça provocada por algum agente; ou seja, quando está tratando de uma violação concreta²³⁵.

Na sequência, o doutrinador explica que os tipos de conflitos coletivos se diferenciam a partir de duas premissas variáveis: *complexidade* e *conflituosidade*. Um conflito será tão mais complexo quanto maior for a variedade de formas possíveis para a sua resolução²³⁶. Edilson Vitorelli leciona que a “complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito”, de modo que “um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente”. Assim, o grau de complexidade do litígio será maior quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela²³⁷.

Por sua vez, um conflito será tão mais conflituoso quanto menos uniforme for a posição dos integrantes da sociedade em relação ao litígio, na medida em que uma lesão que causa impacto de modo mais variável sobre as pessoas acarreta mais conflitos de interesses dentro do próprio grupo. A conflituosidade “é um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio”²³⁸.

Muitas vezes, os membros do grupo não têm opiniões uniformes sobre a pretensão relativa a determinado litígio. Essas divergências internas no grupo podem decorrer de fatores inerentes aos próprios indivíduos (como diferenças culturais,

235 Edilson Vitorelli aponta que “não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. Discutir a titularidade dos direitos transindividuais, enquanto permanecem íntegros, é um exercício que, para os propósitos da operação do sistema processual, carece de utilidade”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 75)

236 Edilson Vitorelli exemplifica que “um litígio coletivo sobre a despoluição de um rio é complexo, porque há inúmeras formas pelas quais o resultado prático desejado pode ser obtido, sem que se possa dizer, a priori, que uma delas seja a correta, técnica ou juridicamente.” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 77)

237 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 77

238 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 77

sociais, econômicas, ideológicas), mas também podem estar relacionadas ao modo como o litígio afeta cada pessoa. Edilson Vitorelli aponta que, “de modo geral, quanto menor for a uniformidade do impacto da lesão sobre as pessoas, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade”. Desse modo, “como pessoas tendem a preferir soluções que favoreçam a suas próprias situações, a diversidade de impactos fará com que elas passem a divergir entre si acerca de qual o resultado desejável do litígio”²³⁹.

Fixadas essas premissas, Edilson Vitorelli propõe a divisão dos litígios coletivos em três categorias: (I) litígios transindividuais de difusão global, (II) litígios transindividuais de difusão local; e (III) litígios transindividuais de difusão irradiada.

Os litígios transindividuais de difusão global decorrem de “situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa”, de modo que a sua “titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura”²⁴⁰. Nesta categoria de litígio coletivo, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, na medida em que as pessoas são atingidas pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível. Além disso, a complexidade também tende a ser baixa, tendo em vista que geralmente a providência é facilmente definível²⁴¹.

Os litígios transindividuais de difusão local decorrem de lesões que atingem, de modo específico e grave, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial²⁴². Constata-se, portanto, que o grupo atingido apresenta características mais homogêneas, como nos casos de comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos minoritários. Edilson Vitorelli ressalta que, nos litígios de difusão local, “as lesões a direitos transindividuais que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave”,

239 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 77

240 Edilson Vitorelli exemplifica os litígios transindividuais de difusão global: “Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 79).

241 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 79-83.

242 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 83.

de modo que, nesta situação, é justificável considerar que “eles são os titulares dos direitos transindividuais lesados”²⁴³. Nesse tipo de categoria, a conflituosidade tende a ser média, tendo em vista que, apesar da coesão da comunidade, não se pode presumir a inexistência de divergências internas acerca do resultado desejado para a solução do litígio.

Os litígios transindividuais de difusão irradiada decorrem de lesão que “afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais”; contudo, “essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio”²⁴⁴. Edilson Vitorelli destaca que, nos litígios de difusão irradiada, “o dano é distribuído de maneira distinta, qualitativa e quantitativamente, entre os integrantes da sociedade. Isso faz com que suas visões acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas”²⁴⁵. Essa categoria refere-se aos *megaconflitos*, que afetam variados grupos de pessoas com interesses diversos²⁴⁶, o que acarreta alta conflituosidade e complexidade²⁴⁷.

243 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 83.

244 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 88.

245 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 88.

246 Edilson Vitorelli exemplifica os litígios transindividuais de difusão global, através dos “conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 89)

247 Antonio do Passo Cabral e Hermes Zaneti Jr. ensinam que a “complexidade dos litígios coletivos ou de massa resulta de sua própria natureza. Pretensões que envolvem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos afetam milhares de pessoas, das presentes e futuras gerações, e não raro se apresentam cumuladas em litígios que ao mesmo tempo tratam de lesões jurídicas a um ou mais grupos, com um ou mais direitos ou tutelas aplicáveis e um sem-número de interesses juridicamente tutelados”. (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. “Entidades de

Os conflitos de difusão irradiada se distinguem dos conflitos de difusão global, posto que naqueles são identificáveis as pessoas que integram os grupos que sofreram as lesões. Já, em relação aos litígios coletivos de difusão local, os conflitos de difusão irradiada se diferenciam, pois neste não há uma única identidade, perspectiva e coesão do grupo a respeito do conflito.

Ademais, nos litígios transindividuais de difusão irradiada, de forma mais evidente e característica, é possível constatar que o dogma da indivisibilidade da tutela coletiva mostra-se inadequado, diante da diversidade de lesões e de visões acerca do melhor modo de solucionar o conflito.

O referido desastre do rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana – MG, exemplifica litígios transindividuais de difusão irradiada, tendo em vista as diferentes lesões e visões dos subgrupos de familiares das vítimas, moradores do distrito de Bento Rodrigues, proprietários rurais, índios, pescadores locais, habitantes das diversas cidades atingidas pela contaminação da água potável do Rio Doce, etc.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, Edilson Vitorelli propõe que eles não sejam categorizados de forma autônoma; mas sim dentro das perspectivas e características dos litígios coletivos, como os direitos transindividuais. O doutrinador propõe a categorização dos direitos individuais homogêneos globais, locais e irradiados, seguindo a mesma sistemática dos direitos transindividuais²⁴⁸.

A proposta de Edilson Vitorelli de construção do devido processo coletivo a partir do tipo do *conflito* (ao invés do *direito* coletivo) mostra-se correta, na medida em que se preocupa com as peculiaridades do caso concreto, buscando identificar quem são os membros titulares dos direitos coletivos objeto do litígio, para analisar a adequação da pretensão deduzida pelo legitimado coletivo perante o Poder Judiciário.

Infraestrutura Específica para Solução de Conflitos Coletivos: Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 287, jan/2019, p. 445-483)

248 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 100-114.

2.3. Direitos individuais homogêneos: defesa de direitos coletivos ou tutela coletiva de direitos?

Na abordagem dos direitos individuais homogêneos, observa-se uma polarização do entendimento doutrinário acerca da sua natureza jurídica, havendo: de um lado, linhas de pesquisa que preconizam a existência de uma categoria de direito material (ou subjetiva) autônoma; e, de outro lado, correntes doutrinárias que tratam o instituto como técnica processual.

No que tange à corrente que adota a visão material, Alcidez Munhoz da Cunha defende que os direitos individuais homogêneos são uma modalidade do gênero direitos coletivos, com características próprias, sob o aspecto substancial. Portanto, os direitos individuais homogêneos são categorias de direito substancial distinta dos direitos coletivos “clássicos” (difuso e coletivo em sentido estrito)²⁴⁹. Ou seja, os direitos individuais homogêneos seriam um desdobramento dos direitos transindividuais, possuindo natureza de direito subjetivo.

Este entendimento da visão material dos direitos individuais homogêneos chama a atenção para o fato de que é comum que a situação jurídica que acarreta violação a direito transindividuais acarrete lesão em direitos individuais homogêneos.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe destaca que, “no plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos ‘difusos’ e ‘individuais homogêneos’”. O doutrinador exemplifica que um conflito que envolva uma publicidade enganosa: (I) por um lado, viola o direito de um número indeterminável de pessoas, configurando como uma lesão a interesses ou direitos “difusos”; e (II) por outro lado, acarreta prejuízos individualizados e diferenciados aos consumidores que, em razão da publicidade, adquiriram o produto ou o serviço ofertado, caracterizando como lesão a interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’²⁵⁰.

Alcidez Munhoz da Cunha atribui aos direitos individuais homogêneos a natureza metaindividual, ao fundamento de que os “interesses metaindividuais, ao contrário dos individuais, caracterizam-se precisamente pelo dado de que há

249 CUNHA, Alcides Munhoz da. “Evolução das Ações Coletivas no Brasil”. Revista de *Processo*. vol. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan/mar 1995, p. 225-228

250 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80.

pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos, correlatos, incidentes sobre o mesmo bem indivisível”. Portanto, segundo o jurista, “a satisfação do interesse de um dos sujeitos importa necessariamente na satisfação contemporânea dos demais interessados”²⁵¹.

No mesmo sentido, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho afirma que “uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais”. Para o autor, uma ação coletiva por interesses individuais homogêneos caracteriza-se exatamente na busca de uma “tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas”. Desse modo, na concepção do doutrinador, esta situação seria completamente diferente da apresentação de inúmeras pretensões singularizadas, ajuizadas por cada um dos respectivos titulares do direito²⁵².

Nesse sentido, de acordo com a visão material, a tutela de direitos homogêneos individuais se divide em dois momentos processuais, sendo: (I) a fase cognitiva e decisória, formada por um conjunto de direitos individuais homogêneos, indivisíveis e de titularidade de pessoas determináveis, que culminaria na prolação de uma sentença genérica; e (II) a fase de liquidação e de execução, caracterizada por pretensões essencialmente individuais^{253 254}.

251 CUNHA, Alcides Munhoz da. “Evolução das Ações Coletivas no Brasil”. Revista de *Processo*. vol. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan/mar 1995, p. 224.

252 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.114.

253 “A despeito deste *nomen in iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude dos danos que têm origem comum. (...) Enquanto se busca a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção dessa condenação.” (CUNHA, Alcides Munhoz da. “Evolução das Ações Coletivas no Brasil”. Revista de *Processo*. vol. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan/mar 1995, p. 225-228). No mesmo sentido: NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 91-92.

254 No julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.231/SP, que tratava da ação civil pública manejada para discutir mensalidades escolares, o Ministro Maurício Corrêa (relator) adotou a concepção material dos direitos individuais homogêneos: “Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* atípico da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163.231/SP, Rel. Min.

Desse modo, na concepção da corrente doutrinária que defende a natureza material, os direitos individuais homogêneos detêm a característica de indivisibilidade do seu objeto, em sua fase cognitiva até a prolação da sentença genérica, o que revela a sua proximidade com os direitos transindividuais.

Admitindo a visão material, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ponderam que os “direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução”²⁵⁵. Contudo, tais doutrinadores sustentam uma concepção híbrida dos direitos individuais homogêneos, decorrentes de aspectos do direito subjetivo e processual. Os doutrinadores entendem que, em relação aos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após a ocorrência da lesão coletiva. Assim, “criado o grupo, permite-se a tutela coletiva, cujo objeto, como em qualquer ação coletiva, é indivisível (fixação da tese jurídica geral); a diferença, no caso, reside na possibilidade de, em liquidação e execução da sentença coletiva, o quinhão devido a cada vítima pode ser individualizado”²⁵⁶.

Contudo, entende-se que a indivisibilidade mencionada pela visão material dos interesses individuais homogêneos não é própria do bem jurídico em si, tutelado pela via da ação coletiva. Esta indivisibilidade refere-se apenas a uma das fases procedimentais da ação coletiva.

Nesse sentido, Sofia Temer destaca que, “ainda que se possa falar em indivisibilidade, esta será apenas da técnica processual coletiva. e não do próprio direito ou da relação substancial conflituosa”²⁵⁷.

Note-se que o fato dos sujeitos titulares dos direitos individuais homogêneos objeto da ação coletiva serem considerado um grupo (ainda que por ficção processual) não retira a sua individualidade e a divisibilidade do seu direito material em si. Os titulares desses direitos têm liberdade para, na fase de liquidação e executória, adotarem as medidas que entenderem conveniente, praticando atos individuais,

Maurício Corrêa, DJU 29.06.2001, p. 55)

255 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.78.

256 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.79.

257 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p.47.

podendo inclusive celebrarem transações ou permanecerem inertes em relação à execução e satisfação do seu direito subjetivo.

Além disso, na defesa da visão material, Eduardo Talamini argumenta que há interesses difusos subjacentes aos direitos individuais homogêneos tutelados pela via da ação coletiva, com o propósito de censurar comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias. Para o autor, há certo grau de “transindividualização” dos direitos tutelado pela via da ação coletiva, principalmente nos casos em que não é possível definir o número de atingidos pelo suposto ato lesivo, tanto que a lei prevê a possibilidade de destinação do valor da condenação para um fundo monetário, quando não houver execução da sentença de procedência por interessados em número compatível com a gravidade do dano (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor)²⁵⁸.

Nesse diapasão, Eduardo Talamini entende que a sanção pecuniária referente à destinação da condenação ao fundo monetário, de caráter punitivo e educativo, revela a “reação do ordenamento à violação do direito difuso”. Por consequência, os direitos individuais homogêneos não seriam a mera técnica processual de reunião de pretensões individuais, diante da existência desse “direito difuso subjacente aos direitos individuais homogêneos”²⁵⁹.

Apesar dessas interessantes ponderações na defesa da visão material dos direitos individuais homogêneos, entende-se que a possibilidade de reversão da condenação em favor de fundo monetário é apenas uma técnica processual, decorrente de uma escolha legislativa. Essa situação não tem o condão de transformar a violação a direitos individuais em direitos coletivos. Basta observar que não ocorre a destinação de qualquer recurso ao fundo monetário, na hipótese de existir execuções individuais em proporções compatíveis com a gravidade do dano.

Ademais, na hipótese de existir lesão específica a determinado direito difuso, além da violação dos direitos individuais, haverá a necessidade da tutela de tais direitos por vias distintas e autônomas. Portanto, possibilidade de coexistir ofensa a

258 TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 241, Mar/2015, p. 337-358.

259 TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 241, Mar/2015, p. 337-358.

direitos coletivos e a pretensões individuais decorrentes de um mesmo fato ou situação não torna os direitos individuais homogêneos uma extensão dos direitos difusos²⁶⁰.

Ressalta-se, ainda, que a existência de previsão legislativa com feição punitiva e educativa, própria da tutela coletiva, decorre do fato do ato ilícito ter provocado um vasto número de lesões individuais; contudo, entende-se que tal caráter pedagógico não torna os direitos individuais homogêneos uma categoria de direito material que difere ou distância das pretensões individuais.

Sérgio Cruz Arenhart pondera que a doutrina que sustenta a natureza material dos direitos individuais homogêneos, “a rigor, está preocupada em permitir o tratamento coletivo das questões, valorizando os interesses em questão”. Para o doutrinador, “não há, propriamente, a preocupação de caracterizar tais interesses como nova espécie de direito, mas apenas sublimar a relevância desses valores e salientar a necessidade de sua tutela adequada”²⁶¹.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., reconhecendo tal preocupação, ponderam que a visão processual “mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os direitos individuais homogêneos dos princípios gerais da tutela coletiva”²⁶². No mesmo sentido, Eduardo Talamini pondera que a “percepção da dimensão coletiva subjacente aos direitos individuais homogêneos ajuda a pôr em destaque um aspecto relevante para a definição da adequação da tutela coletiva”²⁶³.

Ocorre que a valorização da ação coletiva como a mais adequada para a tutela e efetivação dos direitos individuais homogêneos, a partir do argumento de que sua natureza é de direito material, implica por enfraquecer outras técnicas processuais, previstas no ordenamento jurídico para a tutela de tais interesses, por meio do processo individual repetitivo²⁶⁴.

260 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p.49.

261 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

262 DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p.81.

263 TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 241, Mar/2015, p. 337-358.

264 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed., Salvador: JusPodivm,

Desse modo, entende-se que o fato da tutela coletiva também se mostrar eficiente e adequada para a solução de lesão a direitos individuais homogêneos não implica na necessidade de caracterizá-los como de natureza de direito material (subjeto).

Assim, por outro lado, para os doutrinadores que consideram os direitos individuais homogêneos como técnica processual para o mero agrupamento de demandas subjetivas individuais, a tutela coletiva teria como objetivo fornecer soluções práticas aos conflitos jurídicos que possuem pontos de convergência²⁶⁵. São adeptos dessa corrente doutrinária: Ada Pellegrini Grinover²⁶⁶, Teori Zavascki²⁶⁷, Sérgio Cruz Arenhart²⁶⁸, José Maria Tesheiner²⁶⁹, Gustavo Osna²⁷⁰, Sofia Temer²⁷¹, Sérgio Shimura²⁷², entre outros.

Sérgio Cruz Arenhart assevera que os direitos individuais homogêneos não são “uma nova categoria de direitos subjetivos (ou materiais), mas um uma forma processualmente distinta de tratar direitos individuais”^{273 274}. A natureza e a definição

2018, p.51.

265 Para Antônio Herman Benjamin os direitos individuais homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”. (BENJAMIN. Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96)

266 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 20.

267 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.38-40.

268 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 131-142.

269 TESHEINER, José Maria. *Processos coletivos: ações transindividuais e homogeneizantes*. Porto Alegre: Edição do Autor, 2015, p. 26.

270 OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 72-81.

271 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p.52-64.

272 SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 30.

273 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

274 No mesmo sentido, Gustavo Osna sustenta que “falar em direitos individuais homogêneos viabiliza as repetidas tentativas de conceituar e analisar tais direitos como se fossem divergir

dos direitos individuais homogêneos devem ser estudadas a partir de critérios processuais, na medida em que são interesses individuais comuns, que em razão da similitude de uma mesma situação jurídica, devem merecer tratamento processual conjunto²⁷⁵.

Assim, a inserção da técnica da coletivização dos direitos individuais homogêneos na legislação teve como intuito a ampliação das regras do processo civil tradicional para abranger lides formadas por questões de direito comum, mas com pretensões individualmente determinadas.

Na obra “Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”, Teori Albino Zavascki defendeu que “os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza”. Segundo o jurista, trata-se de “um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles”²⁷⁶.

Desse modo, Teori Albino Zavascki conclui que os direitos individuais homogêneos são, em verdade, direitos comuns ou afins, cuja “coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”²⁷⁷.

A qualidade de homogêneos não desvirtua a natureza dos direitos subjetivos individuais, mas somente os relaciona e autoriza a defesa deles de forma coletiva.

estruturalmente dos demais interesses individuais. Essa insistência é um dos grandes entraves à maximização da tutela coletiva em território nacional, instaurando preocupação avessa à funcionalidade da disciplina e limitando sua atuação (...). Contrariamente, compreender que o instituto representa uma técnica processual permite colocá-lo no mesmo patamar teórico do litisconsórcio, do chamamento ao processo ou do julgamento antecipado da lide. Dessa forma, a preocupação não deve ser centralizada em conceituar o que os “instrumentos” são, mas em analisar para quais finalidades servem e em quais hipóteses é cabível seu manejo – o que, de fato, ocorre em todos os demais casos.” (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.)

275 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2019, p. 85.

276 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39-40.

277 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39-40.

Nesse sentido, Teori Albino Zavascki destaca que “é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais)”²⁷⁸.

Ademais, importante destacar que essa concepção processual dos direitos homogêneos individuais se encontra em consonância com os ordenamentos jurídicos estrangeiros, notadamente o direito norte-americano (*class action*)²⁷⁹ e o direito inglês (*Group Litigation Order - GLO*)²⁸⁰.

No direito inglês, a aglutinação de demandas é realizada a partir da análise da comunhão fática e/ou jurídica das pretensões²⁸¹, da adequada representação das associações bem como do interesse público da tese geral²⁸². Nessa perspectiva, a

278 ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 32, n. 127, jul/set. 1995, p. 84.

279 Sobre o tema, Antonio Gidi destaca que “não somente cada um dos institutos, como a própria estrutura do processo, do Judiciário, da profissão forense, do direito substantivo é completamente diferente nos Estados Unidos, dificultando uma análise pontual de determinado instrumento sem contextualizá-lo com o restante do processo, com o direito e a cultura. A própria função do processo na sociedade americana é diferente (...) Por mais técnica que seja a análise, não é possível compreender uma ação sem compreender o sistema processual em que ela se insere, não é possível compreender o direito processual sem conhecer o direito material e o sistema jurídico como um todo e não é possível conhecer um sistema jurídico de um povo sem compreender a sua cultura nas esferas social, econômico e política.” (GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.22).

280 “O procedimento do Group of Litigation Order (GLO) permite que todas as demandas definidas como homogêneas sejam incluídas e geridas conjuntamente, no mesmo Tribunal e pelo mesmo juiz. A ênfase é na eficiência da gestão processual. O Tribunal pode criar um grupo quando existe um número considerável de demandas similares, que contém questões fáticas ou jurídicas comuns” (tradução livre). No original: “The GLO procedure provides that all claims that fall within a definition of the group are included and will be managed together, in the same court by the same judge. The emphasis is on managerial efficiency. A court can make a GLO when there are a number of similar claims that ‘give rise to common or related issues of fact or law’.” (HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p.52).

281 Nos termos do Schedule 2, 19.10, da Emenda de 2000 ao Código de Processo Civil Inglês “19.10 A Group Litigation Order (“GLO”) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the “GLO issues”).”

282 “Como o nome sugere, os pré-requisitos da Regra 23 para a certificação da classe são apenas pré-requisitos. A Regra 23 exige que uma decisão do tribunal de que os pré-requisitos foram atendidos determine qual dos três tipos principais de ação coletiva deve ser criado. Os diferentes tipos de ação de classe correspondem a problemas familiares nas regras de junção, respondendo a demandas concorrentes por recursos, a indivisibilidade dos remédios buscados pela classe, ou os simples comandos de eficiência de tratamento agregado de pequenas causas que não mereceriam processo por conta própria.” (tradução livre). No original: “As the name would imply, the Rule 23 (a) prerequisites for class certification are just that: prerequisites. Rule 23 (b) then requires that a court finding that the prerequisites are met determine which of the three primary sorts of class action is to be created. The distinct class action types correspond to familiar problems in the joinder rules, responding to competing demands for insufficient resources, the indivisibility of the remedies sought by the class, or the simple efficiency commands of aggregate treatment of

utilização do termo direitos de massa (*mass litigation*) é comum no direito estrangeiro, dado que a coletivização seria uma técnica concebida para suprir a ineficiência do processo civil, mas estando subordinada a todos os princípios constitucionais do devido processo legal²⁸³.

Nesse sentido, entende-se que a natureza dos interesses individuais homogêneos decorre de técnica processual, que recomenda a tutela coletiva de direitos individuais, em razão da origem comum.

2.4. Fundamentos para o agrupamento dos direitos individuais homogêneos para tutela conjunta

Após a definição acerca da natureza jurídica dos interesses individuais homogêneos, decorrentes de “origem comum”, mostra-se necessário analisar os principais critérios que justificam a necessidade e a adequação para que tais direitos sejam agrupados para tratamento processual conjunto.

small claims that would not merit prosecution on their own”. (ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005. p.79).

283 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ensinam que “as ações coletivas têm, em geral, duas justificativas atuais de ordem sociológica e política: a primeira, mais abrangente revela-se no princípio do acesso à Justiça; a segunda, de política judiciária, no princípio da economia processual. As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra conseqüência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04). As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das ‘demandas de massa’ instigando uma ‘litigiosidade de massa’, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os ‘consumidores’ do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade” (DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 34-35)

2.4.1. A facilitação do acesso à justiça

A técnica processual de coletivização de demandas relativas a direitos individuais homogêneos pode facilitar o efetivo acesso à justiça aos indivíduos.

Recorde-se que, no “Projeto Florença”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth propõem na segunda ondas renovatórias novos mecanismos e institutos voltando para a representação dos interesses coletivos, diante da constatação de que “a concepção tradicional de processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos”²⁸⁴.

A promoção do efetivo acesso à justiça por meio das demandas coletivas pode ocorrer em variados aspectos, diante da carência da tutela adequada²⁸⁵.

Em relação à tutela dos direitos individuais homogêneos, é possível identificar situações em que os membros do grupo lesado deixam de exercer o direito constitucional de ação, por meio de processo individual, diante de dificuldades decorrentes do custo financeiro do processo, da falta de consciência da população, da baixa recompensa financeira (*small claims*²⁸⁶), do desgaste emocional e psicológico da demanda, etc²⁸⁷. Desse modo, a tutela desses interesses individuais por meio da ação coletiva pode propiciar a concessão de direitos aos membros do grupo que estavam inertes²⁸⁸.

Note-se que a expansão de ações de baixo valor econômico (*small claims*), que antes não seriam tuteladas pelo Poder Judiciário, visa não apenas ao ressarcimento

284 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49.

285 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Acesso à justiça e hipossuficiência organizacional: fundamentos e amplitude da legitimação da defensoria pública na tutela dos direitos metaindividuais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2013.

286 Acerca das *small claims*, especialmente relacionadas às relações de consumo: GILLES, Miriam. *Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions*. In: Cardozo Working Paper nº 278. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009.

287 BLENNERHASSET, Joanne. *A Comparative Examination of Multi-Party Actions*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016, p. 70-72.

288 O doutrinador norte-americano Dan Fenno Henderson, a partir de estudos comparados no Japão, destaca que, diferentemente dos EUA, “o sentimento popular de direitos judicializáveis ainda está basicamente ausente. E se a resolução de disputas é o contexto do qual derivam boa parte do crescimento, do significado social e da utilidade política dos direitos judicializáveis — e a experiência norte-americana sugere que é —, então a tradicional tendência dos japoneses de contar com as técnicas conciliatórias sublegais se torna o obstáculo-chave no caminho em direção ao Estado de direito previsto pela nova constituição”. (tradução livre). (HENDERSON, Dan Fenno . “Law and Political Modernization in Japan”. In: WARD, Robert E. (ed.). *Political Development in Modern Japan*. Princeton: Princeton University Press, 1968, p.488).

individual das vítimas, mas também uma diretiva global contra eventuais atos que impliquem lesões a direitos por parte de determinado réu, similar à ideia de danos punitivos (*punitives damages*)²⁸⁹.

O desequilíbrio entre as partes, antes e durante o curso da relação processual, pode ser outro fator importante para que as pessoas lesadas deixem de recorrer individualmente ao Poder Judiciário para a reivindicação dos seus direitos. Geralmente, o causador da lesão é o litigante que dispõe de maiores recursos materiais e humanos para a defesa dos seus interesses. O agrupamento desses interesses individuais homogêneos pode propiciar um reequilíbrio na paridade de armas entre os litigantes²⁹⁰.

Assim, inúmeras lesões aos direitos individuais que não seriam submetidas, de forma isolada e individual, ao Poder Judiciário podem ser analisadas por meio da tutela coletiva, principalmente mediante a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e de associações.

No julgamento do Recurso Especial nº 910.192/MG, a Ministra Nancy Andrighi destacou que “não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual”. No voto, a magistrada também ponderou que “assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito e de todos os seus órgãos”, destacando que “a questão ganha especial importância em hipóteses envolvendo pessoas de pouca instrução e baixo poder aquisitivo, que, não obstante

289 Robert Cooter e Thomas Ulen questionam “por que processar” e procura, firmando-se na economia, obter respostas através da aplicação da Teoria dos Jogos ao processo. Neste percurso, identifica cinco elementos imprescindíveis na tomada de decisão: (i) o valor do imbróglio; (ii) a dimensão da indenização; (iii) os custos inerentes ao litígio; (iv) a disponibilidade de advogados; e (v) a atuação dos advogados enquanto agentes. No original: “to file a complaint, the plaintiff must usually hire a lawyer and pay filing fees to the court. Filing a complaint creates a legal claim. To decide whether to initiate a suit, a rational plaintiff compares the cost of the complaint and the expected value of the legal claim. The expected value of the legal claim (EVC) depends upon what the plaintiff thinks will occur after filing a complaint (...) To decide whether to file a complaint, the rational plaintiff must attach probabilities and payoffs to these events”. (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 3ª ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000, p.377 e ss)

290 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p; 36-37

lesadas, veem-se tolhidas por barreiras econômicas e sociais, mantendo-se inertes”²⁹¹.

2.4.2. Homogeneidade da tutela: segurança jurídica e isonomia

No Estado Democrático de Direito, constituem direitos fundamentais dos jurisdicionados: a segurança jurídica, que tutela a confiança e as legítimas expectativas jurídicas; e a igualdade, que promove o mesmo tratamento aos indivíduos submetidos à mesma relação jurídica e assegura que casos desiguais sejam tratados de forma distintas.

A complexidade das relações sociais, diante dos riscos decorrentes da vida em comunidade, exige a consolidação da confiança mútua entre os cidadãos para a manutenção e desenvolvimento da sociedade, o que acarreta a formação de legítimas expectativas nas ações e condutas a serem adotadas pelos sujeitos de direito^{292 293}.

A segurança jurídica é essência do direito, sendo elemento intrínseco ao sistema jurídico, tendo em vista que o direito se estabelece a partir da fixação de normas jurídicas gerais, que asseguram uma previsibilidade relativa, sem a qual o ordenamento jurídico não iria cumprir a sua função de garantir a pacificação social²⁹⁴.

Logo, a segurança jurídica fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, por representar a confiança na estabilidade e na continuidade

291 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 910.192/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010.

292 No mesmo sentido: "O fato de o homem poder viver segundo regras preestabelecidas e por ele conhecidas pode ser considerado uma conquista de civilização. A simples circunstância de os padrões de avaliação de sua conduta serem conhecidos, independentemente do juízo de valor que a respeito destes padrões de avaliação se possa fazer, satisfaz e tranquiliza. Pode-se dizer que uma das mais relevantes funções do direito é a de, justamente, gerar previsibilidade". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. I, São Paulo: RT, 2012, p. 14)

293 Niklas Luhmann afirma que: "a questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança, há aumento de possibilidades para a experiência e a ação; há possibilidade do aumento da complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a confiança constrói uma forma mais efetiva de redução da complexidade." (LUHMANN, Niklas. *Confiança*. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad Iberoamericana, p. 1996, p. 14)

294 BOBBIO Norberto. La certezza del diritto è un mito?. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Vol. XXVIII, 1951, p. 146-152.

da ordem jurídica, no intuito de assegurar ao jurisdicionado a previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta²⁹⁵.

A isonomia é outra garantia decorrente do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República de 1988 prevê em seu preâmbulo a igualdade como valor supremo, bem como estabelece no artigo 5º, *caput*, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Portanto, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei e pela atividade jurisdicional.²⁹⁶

No âmbito do poder público, o princípio da igualdade se opera em dois planos distintos. Por um lado, junto ao legislador ou ao próprio executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo a criação de normas que exerçam desproporcionalidades infundadas a pessoas que se encontram em situações idênticas. Por outro lado, na obrigatoriedade do intérprete de aplicar o ordenamento jurídico de forma igualitária.

A tutela dos direitos coletivos visa a suprir as ineficiências do processo civil tradicional. A coletivização das demandas possui como benefícios principais a desoneração das estruturas jurisdicionais e a uniformização das decisões em atenção ao princípio da igualdade, evitando-se que o tratamento não isonômico dos processos, bem como assegurando a observância ao princípio da segurança jurídica²⁹⁷.

Dessa forma, Sérgio Cruz Arenhart pondera que, no ordenamento brasileiro, uma das finalidades da tutela dos interesses individuais homogêneos é "tratar de forma isonômica os interesses individuais de massa, diminuindo, na medida do possível, os riscos de decisões conflitantes a respeito do mesmo tema"²⁹⁸.

295 Neste sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 177; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21; MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. *A Força dos Precedentes*. Coord: MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 211.

296 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 154-172.

297 "Os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas (...) Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão-somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia" (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 41)

298 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses*

2.4.3. Eficiência da prestação jurisdicional

O direito processual é o instrumento para a efetivação do direito material dos jurisdicionados e a prestação da tutela jurisdicional deve ser compreendida como serviço público exercido pelo Poder Judiciário²⁹⁹.

O Poder Judiciário precisa gerir seus recursos (materiais e pessoais), de forma eficiente e econômica, de modo que se tornou necessário repensar os meios de tutela da litigiosidade repetitiva, de modo a assegurar o princípio da eficiência prestação jurisdicional³⁰⁰.

O italiano Michele Angelo Lupoi ensina que, “no contexto de uma nova visão de jurisdição, entendida como um 'serviço público', para a efetivação dos direitos subjetivos das pessoas, acredita-se que não podemos continuar a pensar a causa única como paradigma de referência para o modelo de julgamento justo, sem considerar o panorama geral de referência: qual seja, a multiplicidade de processos civis pendentes simultaneamente em tribunais mais ou menos sobrecarregados, sem meios e pessoal”³⁰¹.

Diante do crescente número de ações que versam a mesma questão de direito, especialmente tratando de interesses individuais homogêneos, tornou-se necessário

individuais homogêneos. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

299 CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Vol. 65, n. 2. Padova: Cedam, 2011, p. 391-392. Versão em português, com tradução de Sérgio Cruz Arenhart: CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas”. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, São Paulo: RT, fev. 2011, p. 400-401.

300 Acerca da necessidade do Estado criar procedimentos para gerir, de forma mais eficaz, a prestação jurisdicional: BIAVATI, Paolo. “Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: A perspectiva Italiana”. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (Orgs.). I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 225-243. ANDRADE, Érico. O Mandado de Segurança: A busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 137

301 Tradução livre. No original: “Nell’ambito di una nuova visione della giurisdizione, intesa come ‘servizio pubblico’ per l’attuazione dei diritti soggettivi dei privati, si ritiene che non si possa continuare a pensare alla singola causa come paradigma di riferimento del modello del giusto processo, senza considerare il panorama complessivo di riferimento: ovvero la molteplicità delle cause civili contemporaneamente pendenti in corti più o meno sovraccariche e prive di mezzi e personale” (LUPOI, Michele Angelo. *Tra flessibilità e semplificazione – Un embrione di case management all’italiana?* Bologna: Bononia University Press, 2018, p. 59). No mesmo

repensar e adequar a técnica processual, na medida em que o processo judicial idealizado para demandas individuais se mostrou inadequado para o julgamento da litigiosidade repetitiva.³⁰²

Nesse sentido, é evidente que a utilização de técnicas para o julgamento coletivo de diversas demandas individuais implica em maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional e trará mais benefícios ao Poder Judiciário, sob o aspecto da justiça enquanto serviço público.

Antonio Gidi afirma que “o objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva”; ou seja, “a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário”³⁰³.

Assim, quando houver expressiva dispersão dos lesados, mostra-se de extrema conveniência que o tratamento jurisdicional da mesma questão comum ocorra de modo molecular, para evitar a atomização do fenômeno coletivo em múltiplas demandas individuais homogêneas, com o risco de decisões conflitantes e dispares, bem como de prestação jurisdicional demorada e onerosa³⁰⁴.

Note-se que a doutrina francesa de Loïc Cadiet, Burkhard Hess e Marta Requejo Isidro, ao comentar o ordenamento jurídico brasileiro, destacou que “o paradigma brasileiro de coletivização das demandas repetitivas reflete uma aproximação entre a tradição europeia e norte-americana, tendo como objetivo a funcionalização do trabalho do Poder Judiciário”. Desse modo, os autores franceses ponderam que “tais técnicas traduzem o confronto atual de dois modelos jurisdicionais de organização processual. (...) Assim, a dimensão fática do litígio individual deve ser

302 Neste sentido, Leonardo Carneiro da Cunha destaca que "o processo deve adequar-se às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema. A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010, p. 139-174 – versão digital).

303 GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.26

304 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

repensada pelo legislador para garantir a manutenção dos pilares constitucionais do processo civil”³⁰⁵.

Do mesmo modo, Sérgio Cruz Arenhart pondera que, “sob a luz do critério da proporcionalidade, impõe-se o tratamento racional dos recursos judiciais”. Assim, em relação aos direitos individuais homogêneos, não há razão para que “*sempre e todos eles* sejam tratados, cada um, em uma demanda autônoma, recebendo uma decisão inteiramente nova e divorciada de outras, que possam ter sido dadas – ou que devam ainda ser dadas – em outros casos semelhantes”. Portanto, “do ponto de vista da gestão do serviço público ‘justiça’ não é razoável se impor, sempre, o novo exame da matéria já enfrentada”^{306 307}.

Desse modo, o gerenciamento de processos³⁰⁸, por meio da técnica de coletivização de demandas que versem sobre direitos individuais homogêneos, é medida de otimização da prestação da tutela jurisdicional.

305 Tradução livre. No original: “Dans une tradition proche, le modèle brésilien reflète également ces échanges procéduraux entre vieux continent et influence américaine. Le premier revient sur l’intégration de nouveaux mécanismes afin de diminuer l’engorgement des juridictions, notamment le Musterverfahren allemand. (...) Cela ne fait que traduire, sous un nouvel aspect, la confrontation de deux modèles juridictionnels, et organisationnels. Pour le juriste continental, la proximité avec le travail du législateur et la disparition de la dimension factuelle du litige sera évidemment interrogée.” (CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo. “Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods”. *Revue de Droit Internationale Privé*. Dalloz, jan.2019, p. 383).

306 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

307 Sobre as finalidades da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, Luiz Guilherme Marinoni destaca que: “em relação aos ditos ‘direitos individuais homogêneos’, o problema não repousa sobre a indivisibilidade do direito – pois tais direitos são individuais e, assim, podem ser reivindicados isoladamente ou por meio das tradicionais ações em que se colocam, no polo ativo da relação processual, várias pessoas em litisconsórcio. (...) Instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz, é fundamental para que o ordenamento jurídico – por exemplo, de proteção ao consumidor – não se transforme em letra morta. Uma única ação para a tutela de direitos individuais, pertencentes a várias pessoas, além de eliminar os custos das inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes e neutraliza as vantagens do litigante, que, não fosse a ação única, se transformaria em habitual, e assim teria vantagens sobre o litigante eventual.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 76)

308 Sobre o tema: ZUCKERMAN, Adrian. *The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation*. City University of Hong Kong Law Review. Kowloon: CityU, 2009. p.49-71

2.5. A necessária distinção entre os direitos individuais homogêneos e as questões repetitivas e o critério da preponderância de elementos homogêneos

Recorde-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a definição tradicional da doutrina italiana³⁰⁹ dos direitos individuais homogêneos, como aqueles “decorrentes de origem comum” (artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor)³¹⁰. Contudo, o legislador não cuidou de especificar o que seria a “origem comum”.

Diante desta indefinição do ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se necessário identificar se “origem comum” estaria vinculada à alguma relação jurídica base, a algum fato cotidiano único, à similitude de pretensões deduzidas em juízo, à identidade de causa de pedir ou à alguma outra característica³¹¹.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 113, estabelece a possibilidade de as pessoas litigarem em juízo em litisconsórcio, ativo ou passivo, quando houver: (I) comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; (II) conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; e (III) afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Com fundamento nesse dispositivo legal, parte da doutrina sustenta que a interpretação da expressão “origem comum” para identificar os direitos individuais homogêneos decorreria da afinidade prevista em qualquer dessas hipóteses

309 Para melhor estudo do “processo coletivo” na doutrina italiana: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979; GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Molino, 2008.

310 Barbosa Moreira referia-se aos direitos individuais homogêneos como “acidentalmente coletivos”, na medida em que “não apresentam as mesmas características daqueles [os coletivos lato sensu], sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto”, de modo que era “impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”. In: *Revista de Processo*. Vol. 61, ano 16, p. 187-200, jan/mar. 1991, esp. 188)

311 Gustavo Osna defende que “a própria expressão ‘direitos individuais homogêneos’ é desnecessária”, na medida que “falar em ‘direitos individuais homogêneos’ viabiliza as repetidas tentativas de conceituar e analisar tais direitos como se fossem divergir estruturalmente dos demais interesses individuais. Essa insistência é um dos grandes entraves à maximização da tutela coletiva em território nacional, instaurando preocupação avessa à funcionalidade da disciplina e limitando sua atuação”. (OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 82)

discriminadas no artigo 113 do Código de Processo Civil, inclusive a mais tênue que seria a de ponto comum de fato ou de direito³¹².

A presença de um ponto comum de fato ou de direito constitui a afinidade de questões exigida pela legislação processual para a formação de um litisconsórcio, a autorizar a cumulação de ações, com a efetiva participação dos titulares dos direitos firmados no processo. Desse modo, no âmbito da tutela coletiva, não há razão para ser diferente, exigindo-se a mesma afinidade de questões. Portanto, a origem comum prevista no artigo 81, parágrafo único, III, do CDC deve ser entendida na mesma dimensão da “afinidade de questões”, a que se refere o artigo 113 do Código de Processo Civil³¹³.

Ocorre que, como destaca Kazuo Watanabe, “origem comum” não significa, necessariamente, uma “unidade factual e temporal”, na medida em que há vínculo de homogeneidade decorrente de origem comum em situações que se repetem em meios e/ou locais distintos e um longo período de tempo. Por exemplo, os danos sofridos pelas vítimas de uma publicidade enganosa veiculada, em diversos dias, por vários órgãos de imprensa, bem como pelos consumidores de um produto nocivo à saúde, ofertado e adquirido em um largo espaço de tempo e em várias regiões, têm homogeneidade decorrente de origem comum³¹⁴.

Constata-se, portanto, que a origem comum (causa) pode ser *próxima* ou *remota*. Contudo, quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos e mais inviabilizada será a sua possibilidade de tutela pelos procedimentos da ação coletiva. Ademais, a existência de uma questão de fato ou de direito comum não é o único requisito para a identificação dos interesses individuais homogêneos, de modo a autorizar a reivindicação desses direitos por meio da utilização da técnica da ação coletiva.

312 “Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.39-40).

313 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

314 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 318.

Para que direitos individuais homogêneos sejam passíveis de serem tutelados de forma coletiva, além de decorrerem de origem comum, é necessário haver preponderância das questões coletivas sobre as questões individuais. A partir desse critério da preponderância, o direito será individual homogêneo caso existam no litígio questões de direito e de fato comuns mais relevantes ao grupo do que ao litigante individual (prevalência do “interesse público”³¹⁵ sobre o “particular”).

Fundamentando tal exigência, Ada Pellegrini Grinover ensina que “o requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais”. A jurista também aponta que ser considerado o requisito da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, que “leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem decisões”³¹⁶.

O critério da preponderância de elementos homogêneos é “um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva”. Nesta linha, Sérgio Cruz Arenhart pondera que, “se houver várias questões coletivas envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento ‘geral’, que aprecie as questões comuns em uma só decisão, porque com isso se poupa tempo e recursos judiciais nas ações individuais”³¹⁷.

A inspiração para esse critério da preponderância decorre das *class action* do direito norte-americano. A Regra 23 das *Federal Rules Civil Procedure* prevê que a *class action* será admitida, entre outros requisitos, se questões de direito ou fato comum aos membros da classe predominam sobre as questões que afetem apenas membros individuais³¹⁸. Contudo, importante destacar que, conforme ocorre no direito

315 Nesta situação, refere-se ao “interesse público” como interesse geral dos cidadãos; e, não, como interesse individual do Estado.

316 GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”. Revista de processo. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

317 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

318 “Regra 23: (...) (b) Tipos de ação coletiva - Uma ação coletiva pode ser admitida se a Regra 23 (a) for satisfeita e se: (...) (3) o tribunal considerar que as questões de direito ou fato comum aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetem apenas membros individuais, e que uma ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia de forma justa e eficiente. As questões pertinentes a essas conclusões incluem: (A) os interesses dos membros da classe em controlar individualmente a acusação ou defesa de ações

norte-americano, esse critério da preponderância não é analisado de forma isolada para a admissão da *class action*. Esse requisito deve ser cumulado com a verificação de que a ação coletiva é o método adequado para julgar a controvérsia de maneira justa e eficiente³¹⁹.

O critério da preponderância preocupa-se em identificar as situações jurídicas em que o seu tratamento processual de forma coletiva promoveria um ganho maior à sociedade, diante da relevância de pretensões isomórficas (direito ou fato comum) entre os integrantes de determinado grupo.

Em consonância com o critério da preponderância, a tutela coletiva dos direitos individuais ocorrerá caso as questões homogêneas tenham maior relevância dos que as heterogêneas, gerando interesse nos outros membros do grupo e promovendo um menor esforço judicial – diante da possibilidade de resolver várias demandas de uma única vez – e um ganho maior para a comunidade³²⁰.

separadas; (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada por ou contra os membros da classe; (C) a conveniência ou indesejabilidade de concentrar o litígio das reivindicações no foro específico; e (D) as prováveis dificuldades em administrar uma ação coletiva.” (tradução livre). No original: “Rule 23: (...) (b) Types of Class Action - A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

319 Critico à utilização do critério da preponderância no Brasil, Antonio Gidi afirma que: “o requisito da predominância é absolutamente desnecessário e inaplicável à nossa realidade e pode conduzir a sérios problemas na aplicação prática dos processos coletivos no Brasil (...) Esse é apenas mais um exemplo em que se utiliza o direito norte-americano de forma acrítica e inadequada, sem o menor conhecimento de seu contexto (...) Trata-se, portanto, de utilização mal-feita, acrítica, descontextualizada e desnecessária do direito processual norte-americano.” (GIDI, Antonio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.189-190).

320 Neste sentido: “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1. Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009). 2. Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, “não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)”. 3. Recurso Especial conhecido, mas não provido.” (BRASIL, Superior Tribunal de

Portanto, a essência da aplicação do critério da preponderância consiste em avaliar as situações individuais que podem ser tratadas, de forma mais adequada, pelo uso da tutela coletiva. Por meio do uso do critério da preponderância está a preocupação adjacente de se analisar se o tratamento do litígio pela via coletiva acarretará menos esforço judicial e maior ganho para o interesse das partes³²¹.

Ocorre que, podem existir situações de fato ou de direito sobre as quais os elementos pessoais de cada indivíduo atuaram de modo complementemente diferente na situação jurídica comum. Em consequência, será necessário apurar se há prevalência da dimensão coletiva sobre a individual, que justifique o tratamento coletivo dos litígios individuais³²².

O critério da preponderância visa a criar balizas para o exercício da tutela coletiva de direitos individuais, evitando que a ação coletiva seja utilizada para situações jurídicas excessivamente heterogêneas, diante das diversas peculiaridades de cada membro do grupo³²³.

Para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos há a exigência de que eles decorram de situações jurídicas comuns (origem comum) e que, no litígio, ocorra a prevalência das pretensões isomórficas sobre as heterogêneas.

Nesse sentido, é necessário fazer a distinção entre os direitos individuais homogêneos e as questões comuns que se repetem em processos que não têm qualquer similitude de pretensões.

É o que ocorre, por exemplo, com questões de natureza meramente processuais acerca de contagem de prazo, de admissibilidade de recurso, de

Justiça. REsp 1353801/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)

321 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 144-145.

322 WATANABE, Kazuo. "Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso". In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*. México: Porrúa, 2003, p. 9.

323 Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna relatam que, no caso *Barnes v. American Tobacco Co*, o "Judiciário americano também recusou a certificação para uma classe – envolvendo, do mesmo modo, litígio sobre a dependência causada por tabaco – sob a alegação de que não havia a preponderância de questões coletivas sobre individuais. É que, nos termos postos, haveria a necessidade de apurar a razão pela qual cada pessoa iniciara o uso de cigarro, a quantidade, a duração do vício, as eventuais reações ao fumo e o conhecimento prévio sobre os riscos do cigarro. Como essas questões deveriam ser apuradas em relação a cada indivíduo, não haveria a predominância exigida pela lei" (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87).

formalidade de atos processuais, de incidência de uma multa, de legalidade de depósito prévio para admissibilidade de determinado mecanismo processual, etc. Nestas hipóteses, as demandas podem não versar sobre pretensões isomórficas (fato ou direito comum), mas apresentarem essas questões processuais comuns.

No plano do direito material, também é possível identificar discussões comuns acerca do prazo de prescrição ou decadência relativas às situações jurídicas distintas. A título de exemplo, verifica-se que a recente decisão da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.280.825/RJ, que fixou o entendimento de que “nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos”³²⁴, pode ter incidência situações jurídicas heterogêneas, que envolvam contratos ou responsabilidade extracontratuais distintos.

A ação coletiva não visa a resolver a litigiosidade decorrente de processos em que não há pretensões isomórficas (similitude de direito material vinculado a elementos de fato ou de direito comuns), mas que se repetem alguma questão comum³²⁵. Para tal situação, o ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos como o rito dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que tutelam questões mais amplas, além dos litígios decorrentes dos direitos individuais homogêneos, conforme será abordado a frente³²⁶.

324 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1280825/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018.

325 Defendendo a ampliação da coletivização das demandas e uma concepção elástica dos direitos individuais homogêneos, Sérgio Cruz Arenhart pondera que “surge a necessidade de dar maior amplitude à tutela coletiva dos direitos individuais, seja dando aos direitos individuais interpretação mais atual, seja ampliando ainda mais o campo de atuação dessa coletivização das demandas individuais”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 151-152). No mesmo sentido: OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 86.

326 Antonio do Passo Cabral destaca que o “incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável às chamadas pretensões isomórficas, aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns. São estes os casos mais frequentes de litigância seriada. Não obstante, embora seja termo comum para definir as questões que são debatidas nos processos de litigância repetitiva, deve-se frisar que o IRDR não se aplica apenas às ‘pretensões isomórficas’ porque a expressão parece remeter a hipóteses em que o traço comum diga a respeito ao direito material, enquanto o IRDR cabe também em relação a questões de natureza processual

2.6. Dificuldades e resistências para o uso da tutela coletiva para o tratamento da litigiosidade repetitiva

Diante da insuficiência da tutela individual, inicialmente, imaginou-se que o processo coletivo poderia solucionar os conflitos decorrente da litigiosidade repetitiva³²⁷.

No ordenando jurídico brasileiro, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos começou a ser dimensionada a partir da edição da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717), em 1965³²⁸. Posteriormente, na década de 1980, a proteção coletiva dos direitos foi fortalecida, com a vigência da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e a promulgação da Constituição da República de 1988, que conferiu aos indivíduos o direito a diversas garantias fundamentais e estabeleceu a adoção de uma série de políticas públicas de inclusão. Por fim, o microsistema brasileiro de proteção coletiva dos direitos se consolida e aperfeiçoa com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que disciplina instrumentos e meios processuais da tutela coletiva.

Contudo, a tutela coletiva não se mostrou totalmente apropriada para satisfazer, de forma efetiva, todas as demandas relativas à litigiosidade repetitiva, especialmente aquelas representativas de direitos individuais homogêneos.

(...) IRDR não se aplica apenas a relações jurídicas equivalentes aos conhecidos 'direitos individuais homogêneos' (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), famosos na classificação legal dos direitos coletivos no Brasil (...) as questões objeto do IRDR podem ser comuns a inúmeros direitos, relações e situações jurídicas de estrutura muito heterogênea, mas no bojo das quais haja um estrato comum da discussão." (CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos arts. 976 a 987*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1439)

327 Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que "a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema". (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50).

328 A Constituição da República de 1934, estabelecia em seu artigo 113, inciso 38, que "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios". Contudo, essa possibilidade de ação popular não tinha efetiva aplicação na prática, antes da edição da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965).

No Brasil, o parcial insucesso, na prática, do processo coletivo para tutelar direitos individuais homogêneos decorre de vários fatores que apontam deficiências da via coletiva e resistências ao seu uso.

Inicialmente, cita-se a restrição em relação a algumas matérias que não podem ser objeto de processo coletivo, como as pretensões de natureza tributária. Exemplo disso, é a vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que estabelece que não é cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados³²⁹.

Além disso, a ação coletiva também não foi idealizada para tutelar demandas heterogêneas, em que não há pretensões isomórficas, mas que possuem uma litigiosidade repetitiva decorrente de alguma questão processual comum. Sofia Temer destaca que a tutela coletiva “não se demonstrou totalmente efetiva para solucionar os problemas relacionados à litigiosidade repetitiva”. Entre os fatores do parcial insucesso, a doutrinadora aponta o fato de “não ser possível tutelar, via ações coletivas, todos os conflitos classificados como repetitivos (o que evidencia um espaço vazio de normatividade processual que, por si só, já aponta para a necessidade de desenvolver uma técnica processual específica)”, bem como a existência de “algumas fragilidades do sistema brasileiro de proteção coletiva de direitos individuais homogêneos”³³⁰.

A limitação da legitimação para a propositura de ações coletivas a determinado rol de entidades previstas no ordenamento jurídico é outro fator que dificulta o uso da tutela coletiva, na medida em que a restrição da legitimidade ativa da pessoa natural acaba por estimular o ajuizamento de demandas individuais em massa, em razão da maior facilidade na propositura da ação de forma isolada³³¹.

329 Vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985: "Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) Parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

330 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 35.

331 LANGENEGGER, Natalia. Legitimidade ativa de pessoas físicas em ações coletivas: incentivos e desincentivos institucionais. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de

Guilherme Rizzo Amaral critica o fato de o ordenamento jurídico brasileiro limitar um determinado rol de entidades designadas pelo legislador como os únicos legitimados para a propositura de ações coletivas. Para o autor, tal requisito “coloca os juízes na posição de meros espectadores do crescimento assombroso das demandas individuais de massa, sem nada poderem fazer para provocar uma solução conjunta e uniforme para elas”, ressalvada a possibilidade de os juízes oficiar os entes legitimados, em geral o Ministério Público, acerca da litigiosidade repetitiva e esperar que seja ajuizada a ação coletiva correspondente. Contudo, ainda nessa hipótese, eventual reação dos entes legitimados é tardia³³².

Além disso, a desmobilização da sociedade civil, diante da ausente cultura associativa também acaba por impor resistência à proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos³³³. Os artigos 5º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985 e 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor estabelecem que as associações têm legitimidade ativa para o ajuizamento da ação coletiva, desde que legalmente

Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

332 AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança massificação e a proposta de um 'incidente de demandas repetitivas'. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 196, jun/2011, p. 237.

333 Michele Taruffo destaca que “Não importa se se tratam de agentes privados ou públicos, o modelo fundamental de contencioso ainda é aquele de busca individual dos direitos. Neste contexto, uma associação representativa coletiva ou difusa é algo estranho e incomum - não se encaixa bem com as ideias tradicionais de como o litígio civil é perseguido e, portanto, não é facilmente reconhecida como parte no processo. Associações são geralmente autorizadas a litigar com o objetivo de proteger seus próprios interesses ou regras, mas - como regra e com algumas exceções específicas - eles não têm permissão para litigar sobre em nome de seus membros, muito menos atuar como representantes de empresas maiores ou até mesmo grupos indeterminados ou classes de pessoas (por exemplo, consumidores, trabalhadores, ou pessoas que vivem em áreas poluídas) . Para abrir o caminho para uma função tão ampla de associações, regras estatutárias específicas são necessárias, mas essas regras normalmente são feitas como exceções aos princípios tradicionais que regem a questão do litígio. Na verdade, essas regras são relativamente raras, e na maioria dos casos, eles cobrem apenas uma faixa de situações específicas”. (tradução livre). No original: “No matter whether private or public, the fundamental model of litigation is still that of individuals pursuing the protection of individual rights against other individuals. In this context, an association representing collective or diffuse interests is something strange and unusual—it does not fit well with traditional ideas of how civil litigation is pursued, and therefore is not easily acknowledged as a procedural party. Associations are usually allowed to litigate with the aim of protecting their own institutional rights or interests (in other words, as single subjects), but—as a rule and with a few specific exceptions—they are not allowed to litigate on behalf of their members, let alone act as representatives of larger or even undetermined groups or classes of people (e.g., consumers, workers, or people living in polluted areas). To open the way to such a broad function of associations, specific statutory rules are usually required, but these rules are normally intended as exceptions to the traditional stable principles governing the issue of individual standing to sue. In fact, such rules are relatively infrequent, and in most cases, they cover only a narrow range of specific situations.” (TARUFFO, Michele. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.11, Julho, 2000, p.416)

constituídas há pelo menos um ano e que tenham dentre suas finalidades institucionais a defesa dos interesses e direitos objeto da lide. Assim, as associações deveriam ser os principais legitimados para a propositura da ação coletiva, tendo em vista a sua maior capacidade de representatividade adequada dos interesses dos membros do grupo, diante da sua proximidade com a realidade fática e com os indivíduos titulares do bem jurídico. Contudo, o que se constata é que, no Brasil, o principal autor de ações coletivas acaba sendo o Ministério Público, diante da falta de mobilização da sociedade civil³³⁴.

A pesquisa “Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva”, desenvolvida pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), que integra a 2ª edição da Série Justiça Pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³³⁵, aponta que “o sistema de tutela coletiva nasceu e permaneceu sob a égide dos atores estatais, mais do que da própria sociedade civil a quem supostamente veio a abrir caminho. A decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, se confirmou nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes. A recente incorporação da Defensoria Pública, outro agente estatal, também ecoa nos principais resultados”. A pesquisa conclui que resta demonstrada “a baixa utilização, por parte de setores da sociedade civil, das ações coletivas como estratégia e instrumento de defesa de seus interesses”³³⁶.

A falta de critérios para conferir e controlar efetivamente a adequação da representação e a deficiente forma de comunicação (edital) aos eventuais interessados acerca da propositura da ação coletiva também são fatores para o

334 Sérgio Cruz Arenhart destaca que “o grande problema, porém, da atuação dessas entidades é o fato de que elas não estão suficientemente organizadas para o exercício dessa atividade. Há poucas entidades destinadas a esse fim, e muitas das que existem não estão adequadamente aparelhadas para a atuação jurisdicional. Prestam-se, no mais das vezes, para levar o problema existente ao conhecimento do Ministério Público ou de algum outro legitimado, mas não têm capacidade para, sozinhas, exercer a tutela judicial dos direitos de massa.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70).

335 Esta pesquisa visou investigar como se dá a formação, o julgamento e a execução de ações coletivas no Brasil, a partir do exame de 52 mil ações coletivas e processos que utilizam essas ações como precedente nos sites dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho) e de seis tribunais estaduais (Alagoas, Ceará, Goiás, Pará, São Paulo e Rio Grande do Sul).

336 Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). *Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva*. Série Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017, p. 212-215.

insucesso do uso da ação da coletiva na proteção dos direitos individuais homogêneos, na medida em que, muitas das vezes, não há efetivo conhecimento dos membros do grupo acerca da existência do processo coletivo que pode vir a beneficiá-lo³³⁷.

A tutela coletiva também apresenta dificuldades na solução dos problemas relacionados à tutela plurindividual no Brasil, especialmente no que tange à adequada representação dos interessados na formação do conteúdo decisório³³⁸. Assim, discute-se atualmente a implementação dos processos ou medidas estruturantes do direito norte-americano, que visam a resolução de conflitos jurídicos complexos envolvendo vários sujeitos e objetos³³⁹. A ideologia dessas medidas é de conjugar

337 José Marcelo Menezes Vigliar, criticando as ferramentas de comunicação acerca do uso da tutela coletiva, indaga “como pretender que um indivíduo tenha conhecimento da publicação do edital que noticia o ajuizamento de demanda que pode vir a beneficiá-lo (rectius: demanda coletiva apenas poderá beneficiá-lo), se a publicação se deu no Diário Oficial de um outro Estado-Membro? (...) Sem hipocrisia, por favor: quem lê o Diário Oficial (com exceção dos obrigados por dever de ofício)?” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos”. In: MILARÉ, Edis; et al (Coords). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 323-329).

338 Daniel Carneiro Machado sintetiza os “inconvenientes processuais” advindos da substituição processual característica das ações coletivas, tais como: a) “o de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em Juízo direitos de uma coletividade geograficamente dispersa, cujos indivíduos não são conhecidos na sua totalidade, e que, muitas vezes, não possuem sequer notícia da demanda coletiva e dos seus efeitos”; b) a existência de possíveis “conflitos internos na classe representada que não são considerados ou sequer conhecidos pelo legitimado quando da propositura da ação ou no julgamento do conflito coletivo”; c) o fato de que “alguns órgãos do Estado ou mesmo entidades representativas, legitimadas em caráter geral e abstrato, podem não estar tão próximos do conflito para melhor compreendê-lo, o que dificultará a busca da solução mais adequada” (MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62-63)

339 Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos apontam que, “por ter adotado um modelo *ope legis* de controle da representação, ao invés do *ope iudicis* norte-americano, a legislação brasileira não exige que o representante coletivo, ao propor uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, demonstre concretamente sua capacidade para adequadamente representar o grupo, sendo esta presumida quando a ação coletiva preenche as – pouco rigorosas – condições legais. Isso faz o nosso controle de representação ser bem menos rigoroso do que o norte-americano, assimetria que se justifica pelo fato de as *class actions*, nos EUA, terem o condão de fazer coisa julgada pro et contra (a favor ou contra as partes processuais), o que não ocorre no Brasil, pois optou-se, aqui, pelo modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, em que a coisa julgada não se forma em desfavor dos autores se julgada improcedente a ação. Naturalmente, nosso modelo abre espaço para representações inábeis e defeituosas, ou, o que é pior, por atores que, ainda que habilmente postulando em juízo, não consultam os interesses daqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão. Naturalmente, nosso modelo abre espaço para representações inábeis e defeituosas, ou, o que é pior, por atores que, ainda que habilmente postulando em juízo, não consultam os interesses daqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão. Disso resulta que uma sentença de procedência proferida em uma ação coletiva pode, sim, prejudicar os indivíduos a que se destina. Basta que não reflita seus reais interesses.”

diversos mecanismos processuais (como *amicus curiae*, audiência pública, cooperação jurídica, gerenciamento de casos, adaptabilidade do procedimento) justamente para garantir o direito à ampla participação de todos os interessados³⁴⁰.

Ademais, a condenação genérica e a necessidade de se instaurar a execução individual³⁴¹, a falta de formas adequadas para flexibilizar e adequar a tramitação do processo coletivo³⁴² e os entraves técnicos e econômicos que comprometem a agilidade de sua tramitação³⁴³ também são apontados como deficiências da ação coletiva para a tutela da litigiosidade de massa.

Destaque-se, ainda, que a extensão dos efeitos da coisa julgada no microsistema do processo coletivo também contribui para a litigiosidade em massa de demandas individuais³⁴⁴, na medida em que a previsão de coisa julgada *erga*

(DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio. Victor Ribeiro dos. “Evolução da técnica processual do individualismo exacerbado ao coletivismo artificial: o IRDR como ferramenta de equilíbrio do sistema”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. 22, p. 143-169, 2021 – versão digital)

340 MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 71-106.

341 Neste sentido: GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*. vol. 953, mar/2015, p. 223-257; SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*. vol 236, out/2014 (versão digital).

342 ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 536-542.

343 Heitor Sica destaca que “embora, em teoria, o nosso sistema processual de tutela coletiva figure entre os mais avançados do mundo, na prática são muitos os problemas que impedem seu funcionamento adequado e eficiente, sobretudo para o fim de excluir dos órgãos judiciários demandas individuais. A insuficiência dos mecanismos de tutela essencialmente coletiva (direitos difusos e coletivos em sentido estrito, conotados por indivisibilidade) gera o fenômeno das chamadas demandas *pseudoindividuais*. De outro lado, desponta particularmente evidente a inaptidão da ação coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos para desestimular os mecanismos de tutela individual decorrentes do mesmo macro-litígio. Há várias causas para tanto, das quais se destacam as seguintes: (a) há ponderável chance de o jurisdicionado ignorar a existência do processo coletivo cuja sentença poderia beneficiá-lo individualmente; (b) o cidadão pode eventualmente contar com a sorte de sair vencedor da demanda individual a despeito da improcedência do processo coletivo (que não lhe afeta); (c) a amplitude do contraditório no processo coletivo e alguns entraves técnicos e econômicos comprometem a agilidade de sua tramitação. Isso sem se falar que a ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos não leva o jurisdicionado até o ponto culminante da outorga de tutela jurisdicional (a satisfação concreta do direito material), mercê da necessidade de liquidação e execução individuais da sentença coletiva genérica (tal como o cidadão que usa o transporte público apenas por parte do seu trajeto, que precisa ser completado por um automóvel particular). Sem tutela coletiva completa, adequada e eficiente, é inviável pensar-se em estímulo para que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual.” (SICA, Heitor. Congestionamento viários e congestionamento judiciário. *Revista de Processo*. vol 236, out/2014 - versão digital)

344 Michele Taruffo aponta que, em relação à litigiosidade coletiva, o princípio de acesso à jurisdição encontra dificuldades práticas de ser implementado na maior parte dos sistemas jurídicos de Civil Law, entre elas: a resistência da ampliação dos efeitos da coisa julgada, que, em regra, não poderia vincular aqueles que não foram partes da lide. Eis o texto do autor italiano: “A extensão

omnes secundum eventum probationis (art. 16 da LACP, art. 103, I e II do CDC) ou mesmo *secundum eventum litis* (art. 103, III, do CDC) não impede o ajuizamento de ações individuais após a instauração do processo coletivo^{345 346}.

Assegura-se ao autor o direito de não se vincular à tutela coletiva (*opt-out*), prosseguindo com a sua demanda individual e, conseqüentemente, não se sujeitar aos efeitos da sentença coletiva, caso lhe seja desfavorável (coisa julgada *secundum eventum litis*). As demandas individuais continuam sendo ajuizadas, independentemente da existência da ação coletiva.

Ressalta-se que a restrição da atuação das associações, estabelecida nos acórdãos do STF, proferidos nos Recursos Extraordinários nº 573.232³⁴⁷ e nº

dos efeitos do coisa julgada - o que é típico de ações representativas e é o núcleo de sua função - é, em princípio, excluída. Parece que na medida em que esses padrões tradicionais são mantidos como válidos e vinculativos, não há espaço para mecanismos processuais com base no pressuposto de que um julgamento pode afetar um grupo ou uma classe de indivíduos que não participaram ativamente no processo. Mesmo outras soluções, como a coisa julgada *secundum eventum litis* (ou seja, apenas em favor de não partes) que é permitido na versão brasileira das ações coletivas, são dificilmente compatíveis com esses princípios (e, de fato, a questão da preclusão *secundum eventum* é admitido por regras legais *ad hoc* apenas em casos excepcionais e muito limitados). (tradução livre). No original: "The extension of res judicata effects beyond the parties—which is typical of representative actions and is the core of their function—is, in principle, excluded. It seems that insofar as these traditional standards are retained as valid and binding, there is no room for procedural mechanisms based on the assumption that a judgment may affect a group or a class of individuals that were not actually parties to the proceeding. Even other solutions, such as the effect of res judicata *secundum eventum litis* (i.e., only in favor of non-parties) that is allowed in the Brazilian version of class actions, are hardly compatible with those principles (and, in fact, the issue preclusion *secundum eventum* is admitted by ad hoc statutory rules only in exceptional and very limited cases)." (TARUFFO, Michele. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol.11, Julho, 2000, p. 417)

345 Guilherme Rizzo Amaral aponta que "o segundo e principal aspecto diz respeito à impossibilidade de a sentença, nas ações coletivas que tratam de direitos individuais homogêneos, fazer coisa julgada contrária aos indivíduos interessados. Ao instituir a coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* (art. 16 da LACP, art. 103, I e II do CDC) ou mesmo *secundum eventum litis* (art. 103, III, do CDC), permitiu o legislador que convivessem com ações coletivas centenas de milhares de ações individuais tratando de questões comuns a todos os indivíduos, em grave prejuízo do funcionamento da máquina judiciária." (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança massificação e a proposta de um 'incidente de demandas repetitivas'. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 196, jun/2011, p. 237).

346 Aluisio de Castro Mendes pondera que "o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes [ações coletivas] com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual." (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. "Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO, Aluisio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007, P. 435)

347 Eis a ementa do acórdão: "REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República

612.043³⁴⁸, julgados sob o regime de repercussão geral (temas 82³⁴⁹ e 499³⁵⁰, respectivamente), também prejudicou o uso da ação coletiva por associações na proteção de interesses individuais homogêneos.

Nesses julgamentos, o STF entendeu que a extensão da legitimação e, conseqüentemente, dos benefícios da sentença de procedência da ação coletiva ao grupo de associados somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que detinham, até a data da propositura da demanda, a condição de membro da associação e constassem da lista apresentada com a peça inicial.

Destaque-se que, nesses acórdãos, o STF estava referindo-se somente ao regime das ações coletivas de rito ordinário, ajuizadas por associação civil, que agem em representação processual (*opt in*), conforme autoriza o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição da República de 1988. Trata-se da tutela direito alheio em nome alheio³⁵¹
352.

encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 573.232/SC, Relator: Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJ 18/09/2014).

348 Eis a ementa do acórdão: “EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 612.043/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017 DJ 05/10/2017)”

349 Tema 82 de repercussão geral do STF: “I – A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II – As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial.”

350 Tema 499 de repercussão geral do STF: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.”

351 Ressalta-se que a *ratio decidendi* dos referidos precedentes do STF não se aplica às ações coletivas por substituição processual (*opt out*), previstas no artigo 129, III e §1º, da Constituição da República de 1988. Essas ações coletivas por substituição processual tutelam direito alheio em nome próprio.

352 A interpretação equivocada dos tribunais acerca dos temas 82 e 499 de repercussão geral, ensejou que o STF, em sede de Embargos de Declaração no RE 612.043/PR, esclarecesse melhor o precedente, de modo a limitá-lo às ações coletivas de rito ordinário, ajuizadas por associação civil,

Camilo Zufelato aponta que “a exigência das autorizações individuais para a tutela de direito coletivo *lato sensu* implica a transformação da concepção político-jurídica que está na raiz da ampla e diversificada legitimidade ativa do processo coletivo”, que confiou “às associações um papel de obtenção de tutela jurisdicional, para toda uma comunidade de sujeitos, indistintamente”. A concepção político-jurídica das associações está “muito além dos seus associados”, de modo que não se justifica exigir delas o “papel burocrático e mesquinho de reunir certos indivíduos e tutelar somente a eles, numa perspectiva individualista incompatível com as premissas do processo coletivo”³⁵³.

Ressalta-se que, recentemente, o STJ, fazendo a correta distinção entre as ações coletivas de representação processual (artigo 5º, inciso XXI, da Constituição da República de 1988) e substituição processual (artigo 129, inciso III e §1º, da Constituição da República de 1988), fixou a seguinte tese: “em Ação Civil Pública proposta por associação na condição de substituta processual por consumidores, possui legitimidade para a liquidação e execução da sentença todos os beneficiados

que agem em representação processual (*opt in*). Eis o voto do Ministro Marco Aurélio: “Inexiste vício no que incluída, na tese, referência à abrangência territorial versada no artigo 2ª-A da Lei nº 9.494/1997. A matéria, abordada nos votos proferidos, está vinculada à eficácia subjetiva da coisa julgada a membros de ação ajuizada por associação, discussão retratada no recurso submetido à sistemática de repercussão geral. Por fim, cumpre prestar esclarecimento quanto ao alcance da tese, a qual se mostra restrita às ações coletivas de rito ordinário. O que articulado no tocante às ações civis públicas foi enfrentado quando do julgamento do extraordinário. Salientei a distinção no voto. Atentem para os debates constantes das páginas 119 a 121 do acórdão formalizado, das quais colho o seguinte trecho: ‘O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O que não julgamos foi a problemática da ação civil pública. Por isso, não devemos inserir, na tese, algo a respeito. O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Estou de acordo também. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas será que fica? Eu me satisfaria, por exemplo, se nós disséssemos: não abrangendo a ação coletiva. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A tese que propus é alusiva à ação coletiva de rito ordinário. A ação civil pública tem rito todo próprio [...] O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na tese, na própria tese, refiro-me, categoricamente, à ação coletiva de cobrança de rito ordinário. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu trabalho no Supremo com respeito sempre ao que propõe o Relator. Se Sua Excelência está assegurando que, na tese proposta e no voto que desenvolve, o tema está circunscrito a esse processo de conhecimento de rito ordinário... O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Essa espécie de ação. O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então eu me dou por satisfeito, porque a tese tem que ser realmente minimalista.’” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 612.043 ED, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018, DJe 03-08-2018)

353 Camilo Zufelato criticava a antiga interpretação do STJ acerca dos julgados do STF: ZUFELATO, Camilo. Atuação das associações no processo coletivo e tentativa de desfazimento de um grave mal-entendido na jurisprudência do STF e STJ: ainda o tema dos limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*. vol. 269, jul/2017, p. 347-386 – versão digital.

pela procedência do pedido independentemente de serem filiados à associação promovente” (tema repetitivo nº 948 – STJ).

Importante pontuar também que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pode apresentar contradições teóricas e obstáculos práticos decorrentes da permissão de que alguns sujeitos, autorizados e legitimados pela lei, demande em juízo em favor de membros de uma coletividade dispersa geograficamente, que não são conhecidos em sua totalidade e que sequer têm conhecimento do ajuizamento do processo coletivo e dos seus efeitos.

Essa coletividade de indivíduos, muitas das vezes, apresentam interesses divergentes, relativos a conflitos internos da própria comunidade, que não são considerados na ação coletiva, em razão desses legitimados em caráter geral e abstratos (órgãos do Estado e entidades representativas) não estarem tão próximos aos fatos e ao grupo³⁵⁴.

Antonio do Passo Cabral pondera que “a substituição processual permite que alguns entes postulem em favor de uma coletividade dispersa geograficamente, da qual, muitas vezes, sequer possuem notícias de todos os integrantes”. O doutrinador pondera que determinados entes do estado, legitimados para o ajuizamento de ações coletivas, como o Ministério Público, “muitas vezes não estão próximos dos fatos como as associações, sindicatos e outros entes da sociedade civil, em contato direto e por vezes diário com os membros da comunidade envolvida”.³⁵⁵

Do mesmo modo, Edilson Vitorelli, abordando os conflitos interclasse em litígios de interesse público, afirma que é possível constatar o “paradoxo da interpretação de que o legitimado coletivo e o Judiciário agem para concretizar o direito objetivo”, na medida em que, “quanto mais complexo e conflituoso o litígio se torna, menores são as possibilidades de se identificar, com clareza, os limites das posições divergentes,

354 Neste sentido: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62-63.

355 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*. Vol. 147, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007, p. 125.

quais são os subgrupos em posições adversas, ou quais as variáveis que poderão impactar sobre a eficácia futura da decisão”³⁵⁶.

Portanto, a questão da legitimidade extraordinária no processo coletivo também é um dos inconvenientes que dificulta a tutela dos interesses dos indivíduos envolvidos no conflito³⁵⁷.

Desse modo, o processo coletivo mostrou-se, na prática, parcialmente insuficiente para a proteção dos direitos individuais homogêneos e da litigiosidade em massa, em razão da existência das referidas deficiências, aliadas às resistências do seu uso pelos operadores do direito e ao seu próprio descabimento em algumas matérias e/ou situações jurídicas³⁵⁸. Assim, mostrou-se necessário repensar outros meios e instrumentos processuais para tutelar e gerir a litigiosidade repetitiva^{359 360}.

356 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 429-430.

357 Edilson Vitorelli, abordando os conflitos interclasse em litígios de interesse público, destaca que “é possível perceber o paradoxo da interpretação de que o legitimado coletivo e o Judiciário agem para concretizar o direito objetivo: quanto mais complexo e conflituoso o litígio se torna, menores são as possibilidades de se identificar, com clareza, os limites das posições divergentes, quais são os subgrupos em posições adversas, ou quais as variáveis que poderão impactar sobre a eficácia futura da decisão” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 429-430).

358 Ada Pellegrini Grinover assevera que “é certo que o Poder Executivo tem tomado diversas iniciativas capazes de limitar a abrangência das ações coletivas; que o Poder Judiciário, como um todo, tem hesitado em relação a teses que oscilam entre a abertura e o fechamento das vias coletivas; que o juiz, via de regra, não sabe lidar e não gosta de ações coletivas, preferindo sempre a solução individual; que os legitimados subutilizam as ações coletivas, sobretudo em campos como o da saúde, em que se multiplicam e proliferam as ações individuais. E o legislador brasileiro não se tem mostrado sensível à necessidade de aperfeiçoamento do sistema”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Requiem para a reforma dos processos coletivos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 213-218, esp. 213-214)

359 Antonio do Passo Cabral aponta que, “nas últimas três ou quatro décadas, proliferaram-se estudos sobre a tutela coletiva e os instrumentos processuais de proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mais recentemente, até porque os mecanismos de tutela coletiva não foram eficazes em resolver o problema da quantidade de processos praticamente idênticos, muitos ordenamentos processuais, em vez de desenharem “procedimentos representativos”, com ficções legais no campo da legitimidade extraordinária e da coisa julgada, procuraram tratar o problema da litigância de massa por meio das “ações de grupo”, procedimentos de resolução coletiva ou agregada de processos sem as técnicas das ações coletivas. Entre estes mecanismos destacou-se o desenvolvimento de espécies de “incidente de coletivização” deflagrado a partir de um processo individual. No incidente, resolver-se-iam uma ou mais questões comuns a uma massa de litígios, e proferida decisão a ser replicada em todos os processos em que debate similar seja observado. Este tipo de técnica busca equacionar os reclamos por uma eficiência sistêmica do Judiciário com o respeito à condução individual dos processos, reduzindo ainda alguns problemas das ações coletivas”. (CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 202)

360 Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos sustentam que “o estado atual da processualística

3. OS MECANISMOS DE GESTÃO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. Breve histórico das recentes reformas processuais para o tratamento da litigiosidade repetitiva

No âmbito do tratamento da litigiosidade repetitiva, com o intuito de reduzir a morosidade do Poder Judiciário (garantia da duração razoável do processo), a imprevisibilidade das decisões e a instabilidade da jurisprudência (garantia da segurança jurídica e da isonomia), bem como evitar a transformação dos tribunais superiores em instâncias revisionais, o legislador pátrio vem promovendo diversas e sucessivas reformas processuais. Tais reformas têm o objetivo de valorizar os efeitos vinculantes e/ou impor a observância dos precedentes judiciais, em nítido processo de padronização decisória.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas as decisões judiciais decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade possuíam efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 03/1993 ao §2º do artigo 102 da Constituição da República de 1988³⁶¹.

não posiciona mais a tradicional tutela coletiva como o modelo mais adequado para lidar com os problemas da litigiosidade massiva, e que a opção do Brasil pela tutela pluri-individual é proposital, calcada nos avanços mais recentes sobre o tema, buscando impedir que prevaleça, aqui, o que em outra oportunidade denominei de *ideologia coletivizante*". (DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. "Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das class actions levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual". In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: paranoma e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 117-141, esp. 134)

361 Marcelo Alves Dias de Souza pontua que "a Constituição Federal, na redação dada ao seu §2º do art. 102 pela Emenda Constitucional 03/93, era expressa ao atribuir à ação declaratória de constitucionalidade, além de eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante. Entretanto, nada dizia em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Criou-se, então, à época, o debate: a decisão na ação direta de inconstitucionalidade possui ou não efeito vinculante? Havia quem entendesse que, dos textos da Constituição referentes à ação direta de inconstitucionalidade e à ação direta de constitucionalidade, tinham sido estabelecido dois regimes diversos. A declaração de procedência da ação direta de inconstitucionalidade tinha eficácia *erga omnes* (atingia a todos), mas não tinha efeito vinculante. Isso seria dizer que, se a Administração ou o Poder Judiciário aplicasse determinado ato normativo declarado inconstitucional por ação direta de inconstitucionalidade, o prejudicado teria de buscar os meios legais e recursais para sua invalidação administrativa ou judicial. (...) Na caminhada em direção ao reconhecimento do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade, um grande passo certamente foi dado com a Lei 9.868, de 10.11.1999, que regulamentou o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Esse diploma legal equiparou os efeitos das decisões que reconhecem a

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a “Reforma do Judiciário”, estabeleceu novos institutos e mecanismos, como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário, que revelam o propósito do legislador constituinte derivado de atribuir efeito vinculante aos enunciados de súmula³⁶² e padronizar o entendimento da jurisprudência do STF.

A edição de enunciados de súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição da República de 1988 e, posteriormente, também regulada pela Lei nº 11.417/2006) ocorre pelo Plenário do STF, após decidir sobre matéria constitucional³⁶³, com a finalidade de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, ao entendimento da Corte Suprema³⁶⁴.

O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu a padronização das decisões do STF proferidas em controle incidental de constitucionalidade. Nos recursos extraordinários,

constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo em ambas as ações (...). Foi o reconhecimento legal do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade, apesar do silêncio constitucional. (...) Por fim, vem a Emenda Constitucional 45/04 dando nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal. Ao consagrar o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, ela afasta quaisquer dúvidas quanto à presença do efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade.” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente à sumula vinculante*. Curitiba: Juruá, 1ª edição - ano 2006 - 2ª reimpressão - ano 2013 - p. 211-217).

362 Na década de 1960, por sugestão do Ministro Víctor Nunes Leal, os enunciados de súmula (sem força vinculante) foram criados com a finalidade de facilitar o trabalho dos juízes e dos advogados, na medida em que o entendimento dominante da jurisprudência do Tribunal estaria em pequenos textos sumarizados, dispensando a pesquisa nas decisões anteriores acerca de determinada questão de direito. Acreditava-se que os enunciados de súmula preveniriam recursos inúteis, bem como pacificaria eventual divergência de interpretação da questão de direito. Contudo, o número de recursos não diminuiu e não se resolveu o “problema” das divergências de interpretação; ao contrário, passou-se a conferir também interpretações diversas aos próprios textos sumarizados. É que os enunciados de súmulas são pequenos textos gerais e abstratos (tais como as normas legisladas), sujeitos a interpretações diversas no momento da aplicação. Os enunciados de súmula precisam ser interpretados em consonância com os precedentes judiciais que os formaram, no intuito de apurar adequadamente quais são as circunstâncias fáticas (fatos determinantes) que autorizam a sua aplicação. A sua interpretação e a sua aplicação não devem ser feitas de forma isolada, como se norma codificada fosse.

363 O requisito de exigência de “reiteradas decisões sobre a matéria constitucional”, previsto no *caput* do art. 103-A da CRFB, foi relativizado pelo Supremo Tribunal Federal na edição da Súmula Vinculante nº 11, na medida em que tal enunciado foi criado após somente dois julgamentos: HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006 e HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008.

364 Ressalta-se que o Congresso Nacional e o próprio Supremo Tribunal Federal não estão vinculados aos enunciados das súmulas, de modo a garantir o princípio da reserva legal, possibilitando que o Congresso Nacional edite ato normativo que revogue indiretamente o teor da súmula vinculante e a possibilitar que a Corte Suprema altere seu entendimento.

apesar de o controle de constitucionalidade ser difuso, a análise da constitucionalidade é feita em tese (de forma abstrata), de modo a orientar os demais Tribunais a adotar o mesmo entendimento.

Além disso, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o legislador infraconstitucional promoveu reformas que tinham o evidente propósito de *acelerar* ou *aglutinar* processos individuais repetitivos³⁶⁵, visando a gerenciar a litigiosidade de massa.

Entre as reformas do Código de Processo Civil de 1973 que instituiu técnicas que visavam a *acelerar* o processamento e o julgamento dos processos repetitivos estão: (I) a autorização para substituição do julgamento colegiado por decisões monocráticas do relator no segundo grau de jurisdição e nos tribunais superiores (exemplificativamente, Leis nº 8.038/1990, nº 9.756/1998 e nº 10.352/2001); (II) a permissão para o julgamento liminar de improcedência, quando o juízo de primeiro grau já tivesse entendimento consolidado sobre a questão de direito objeto da demanda repetitiva (artigo 285-A, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006); e (III) a limitação do cabimento de recursos em causas cujo objeto fosse questão jurídica já pacificada pelos tribunais superiores (artigo 518, §1º, com redação dada pela Lei nº 11.276/2006).

As técnicas de *aglutinação* processos, para a gestão de recursos repetitivos no âmbito do STF e do STJ, foram criadas com as Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008. Nestas reformas processuais, criou-se o regime do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, estabelecendo a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia (“casos-piloto”) para serem julgados e o sobrestamento dos demais recursos que versavam sobre a mesma questão de direito. Posteriormente, com o julgamento do recurso representativo da controvérsia, a tese jurídica fixada aplica-se aos demais casos sobrestados.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o sistema processual brasileiro acreditou na valorização dos precedentes judiciais e na agregação de processos repetitivos como mecanismos para gerenciar e promover a racionalização

365 SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 257, Jul/2016, p. 269 – 281 – versão digital.

da litigiosidade de massa, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Nesta tendência de reformas legislativas, em 17 de março de 2015, foi sancionado o Código de Processo Civil de 2015, que continuou investindo na força dos precedentes judiciais e na agregação de processos repetitivos como forma adequada para tutelar a litigiosidade de massa³⁶⁶.

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador pátrio buscou desenvolver e aprimorar técnicas processuais específicas para a litigiosidade repetitiva. Por meio dessa reforma processual, criou-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), a ser julgado, em regra, pelos tribunais de segunda instância; e, excepcionalmente, pelos tribunais superiores, nos casos de sua competência recursal ordinária e de competência originária^{367 368}. Além disso, o

366 Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos sustentam que “No Brasil, para dar cabo a um problema generalizado de litigiosidade de massa, adotamos como inspiração técnicas processuais que foram criadas para solucionar situações específicas de litigiosidade de massa (*Musterverfahren* e *Group Litigation Order*). No entanto, pouco nos perguntamos por que razão o direito alemão e o direito inglês, nos quais buscamos a inspiração de nossa técnica, não se valeram de suas respectivas ações coletivas, ou demais mecanismos de tutela coletivizada, para solucionar as milhares de demandas que justificaram a criação daqueles procedimentos. Arriscamos o seguinte: tais ferramentas são uma resposta direta à dificuldade das *class actions* de oferecerem uma solução massificada capaz de prestigiar, sem supressões, a autonomia individual na tutela massificada dos direitos individuais homogêneos – o que ficou evidente na experiência norte-americana com as *class actions* indenizatórias.” (DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio. Victor Ribeiro dos. “Evolução da técnica processual do individualismo exacerbado ao coletivismo artificial: o IRDR como ferramenta de equilíbrio do sistema”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. 22, p. 143-169, 2021 – versão digital)

367 A Corte Especial do STJ, no Agravo Interno na Petição nº 11.838/MS, entendeu, por maioria, que é cabível o IRDR diretamente no STJ nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária, quando preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. Eis a ementa do julgado: “AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. RECLAMAÇÃO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). INSTITUTO AFETO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DE TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA (ESTADUAIS OU REGIONAIS FEDERAIS). INSTAURAÇÃO DIRETA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE RESTRITA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS (ART. 976 DO CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. NÃO CABIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INSTITUTO. (...) 2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. 3. Quando a reclamação não ultrapassa o juízo de admissibilidade, não cabe a instauração do incidente de demandas repetitivas no Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo interno desprovido”. (BRASIL, STJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019).

368 Em sentido contrário, no âmbito da Petição nº 8245/MA, o Ministro Min. Dias Toffoli, na condição de Presidente do STF, entendeu que não é cabível a instauração de IRDR nos tribunais superiores. Eis a decisão monocrática: “Esse importante incidente de realização da isonomia processual e formação de pauta de conduta é da competência originária do tribunal estadual ou federal a que o juiz da causa estiver vinculado, pois em razão do regime de direito estrito, as hipóteses de ações,

legislador pátrio aperfeiçoou-se o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, de competência dos tribunais superiores.

Nesse contexto, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta o microsistema de julgamento de casos repetitivos, que é composto, precipuamente, pelas normas do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos (artigo 928 do CPC)³⁶⁹. Este microsistema tem a dupla função de: (I) gerir e julgar casos repetitivos; e (II) formar precedentes obrigatórios/vinculantes³⁷⁰.

3.2. O microsistema de julgamento de casos repetitivos: análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos

O IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos são técnicas de julgamentos de casos repetitivos, criadas com o propósito de solucionar o problema da litigiosidade em massa e voltadas especificamente para a resolução de controvérsias relativas às questões jurídicas homogêneas.

recursos e incidentes da competência da Suprema Corte estão taxativamente disciplinadas no art. 102 da Lei Maior. Para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, o Código de Processo Civil de 2015 reservou ao Supremo Tribunal Federal o incidente de resolução de recursos extraordinários repetitivos, que, conjugado com a repercussão geral, prevista no § 3º do art. 102 da Carta da República, permite a Suprema Corte, a partir de criteriosa admissibilidade de representativos da controvérsia, a seleção de temas constitucionais de envergadura maior, para a formação de pautas de condutas de observância obrigatória pelas instituições do sistema de justiça. (...) Depreende-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um incidente a ser suscitado perante os tribunais de segundo grau. Essa orientação igualmente é revelada ao longo da própria memória do processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015. Em momento algum as Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados fizeram constar em seus relatórios a possibilidade de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar esse relevante instrumento de formação de padrão decisório. (...) Assim, consideradas as hipóteses estritas versadas no art. 102 da Lei Maior, essa Suprema Corte não detém competência originária para processar e julgar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Ante o quadro, não conheço do incidente suscitado.” (BRASIL, STF, Pet. 8245/MA, Min. Dias Toffoli, Presidência, DJe 15/10/2019).

369 Neste sentido, no âmbito do Agravo Interno na Petição nº 11.838/MS, a Corte Especial do STJ consignou que: “O novo Código de Processo Civil instituiu microsistema para o julgamento de demandas repetitivas - nele incluído o IRDR, instituto, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal -, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional”. (BRASIL, STJ, AgInt na Pet 11.838/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019)

370 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590.

O artigo 976, inciso I, do Código de Processo Civil, ao dispor sobre os requisitos do IRDR, disciplina que é necessária a “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”. E, de igual modo, o artigo 1.036 do Código de Processo Civil, ao regulamentar o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, estabelece a necessidade de “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito”.

No IRDR e no rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, em regra, o órgão julgador, além de julgar o caso concreto representativo da controvérsia, irá estabelecer a tese jurídica (*ratio decidendi*) de observância obrigatória pelos demais magistrados (artigo 927, inciso III, do CPC)³⁷¹. Constata-se, portanto, que, no julgamento desse incidente ou no rito dos recursos repetitivos, o órgão julgador vai além dos limites e dos argumentos do caso concreto, para estabelecer uma tese jurídica, com o fim de uniformizar a interpretação da norma.

Ressalta-se, contudo, que, na formação do precedente judicial, o tribunal deve levar em consideração os elementos fáticos do caso concreto³⁷². No âmbito do atual Código de Processo Civil, o legislador destaca a importância das circunstâncias fáticas na construção do precedente e na própria edição dos enunciados de súmulas (artigo 926, §2º).

Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que o STJ e o STF, ao apreciar o recurso especial ou extraordinário, “julgam a causa, aplicando o direito ao caso concreto, ou seja, atuam no nível do *jus litigatoris*, e por isso não podem decidir,

371 Eis relevante ponderação dos Professores Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade acerca da *ratio decidendi*: “Tradicionalmente, se apresenta as seguintes considerações a respeito da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, na linha, reitere-se, da utilidade da sua aplicação nos sistemas de *civil law*: a) a *ratio decidendi* exprime o princípio de direito ou a tese jurídica à luz da qual o caso concreto objeto do processo foi realmente decidido, e por isso sua elaboração deve ser permeada por maior cuidado e responsabilidade; b) como a *ratio decidendi* se coloca no centro da sustentação da decisão judicial, presume-se que foi discutida e aprovada por todos os juízes integrantes do órgão decisório, enquanto o *obiter dictum* reflete uma espécie de ‘voo de pensamento’, tomado sem maior responsabilidade em relação à decisão do caso concreto; c) no âmbito da *ratio decidendi*, considerada como base de sustentação da decisão, o princípio ou a tese jurídica nela fixada deve estar ancorado ao caso concreto e ao fato jurídico que o integra, devendo-se evitar apenas a afirmação de princípios ou normas gerais e abstratos”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90)

372 TARUFFO, Michele. Note sparse sul precedente giudiziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2018, n. 1, p. 114.

mesmo no ambiente dos precedentes vinculantes, sem a referência ao caso concreto”^{373 374 375}.

O Código de Processo Civil, ao disciplinar o IRDR, prevê que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente (parágrafo único do artigo 978). Além disso, a lei estabelece que, após o julgamento do incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, presentes e futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Da mesma forma, ao dispor sobre o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, o Código de Processo Civil estabelece que serão selecionados 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia e que o tribunal superior, ao julgá-los, deve fixar a tese jurídica, abrangendo todos os seus fundamentos relevantes (§3º do artigo 1.038). Após esse julgamento, a tese jurídica fixada no rito dos recursos repetitivos deve orientar a decisão dos demais casos análogos.

373 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 69. Nesta obra, os doutrinadores, abordando o direito italiano, apresentam a seguinte ponderação: “é interessante apresentar uma crítica recente encontrada no âmbito do direito italiano – e que pode servir de alerta para o direito brasileiro – no sentido de que o juiz da corte superior italiana julga o caso concreto da mesma forma que o juiz de primeiro grau, e por isso não pode ver sua atuação jurídica apenas sob o enfoque normativo ou de criar precedentes vinculantes, ‘sem sujar as mãos aos fatos’. A Corte de Cassação se insere no âmbito do *jus litigatoris*, de julgar o caso concreto, e não apenas no *jus constitutionis*, de criar precedentes ou orientações teóricas para casos futuros, e por isso deve aplicar o direito ao caso concreto, razão pela qual não pode se afastar dos fatos da causa. Na mesma direção se tem a orientação, no Brasil, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, que, ao julgar o recurso especial, em razão da violação de lei federal, aplica o direito ao caso concreto, julgando efetivamente a causa, e, por isso atua no nível do *jus litigatoris*, razão pela qual é preciso estar atento ao debate em relação a propostas que tendem a tentar reduzir ou eliminar a atuação no âmbito do *jus litigatoris* e inserir o Superior Tribunal de Justiça apenas para criar precedentes ou orientações para casos futuros, ou seja, atuar no campo do *jus constitutionis*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 63-65)

374 Acerca diferença entre o *jus litigatoris* e o *jus constitutionis*, bem como a atuação institucional das cortes superiores e o julgamento do caso concreto, ver: TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 125; SASSANI, Bruno. La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici. *Rivista di Diritto Processuale*. 2019, n. 1, p. 45-46.

375 Defendendo que a atuação das Cortes Superiores brasileiras, especialmente STF e STJ, deve ocorrer no campo da fixação da interpretação do direito do que na decisão de casos concretos: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98-100; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 313-314.

Na formação dos precedentes judiciais decorrentes do julgamento do IRDR³⁷⁶ e/ou do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, é estabelecido ao órgão julgador a criação de dois discursos a partir da decisão judicial: um, relativo à solução do caso concreto; e o outro com a finalidade de fixar uma tese jurídica, com o propósito de promover a unidade do direito, que é voltado para a sociedade em geral.

Nesse sentido, Daniel Mitidiero defende que o precedente judicial tem "um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica". Segundo o doutrinador, o primeiro discurso "constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF/1988)", enquanto que o segundo discurso "é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa".³⁷⁷

Desse modo, o IRDR e o rito dos recursos repetitivos são técnicas processuais que têm o objetivo comum de atribuir tratamento adequado e racional à litigiosidade repetitiva.

As normas que regulamentam o IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, que a tem a dupla finalidade de gerir e julgar casos repetitivos e formar precedentes obrigatórios/vinculantes.

376 Em sentido diverso, Luiz Guilherme Marinoni defende que não há formação de precedente no julgamento do IRDR: "O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é obvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos." (MARINONI, Luiz Guilherme. "O 'problema' do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 249, Nov./2015, p. 399 - 419 – versão digital)

377 MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 62.

Por comporem o microssistema de julgamento de casos repetitivos, os dispositivos normativos dessas duas técnicas processuais são complementares reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente³⁷⁸.

Destaque-se, ainda, que, além das normas do Código de Processo Civil, que dispõem sobre o IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, esse microssistema também é composto pelas normas: (I) do Incidente de Assunção de Competência e do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, no que tange a função de formar precedentes obrigatórios/vinculantes; e (II) da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foram inseridas pela Lei nº 13.015/2014, que versam sobre o julgamento de casos repetitivos³⁷⁹.

O microssistema de julgamento de casos repetitivos tem normas que preveem, entre outras regras: (I) o sobrestamento dos demais processos, em razão de conexão por afinidade, até o julgamento dos casos representativos da controvérsia, com o propósito de promover a gestão das demandas repetitivas; (II) a ampliação da cognição e da participação das partes, dos interessados e do Ministério Público, a fim de qualificar o debate e tentar assegurar a representatividade adequada dos litigantes (habituais, eventuais e “ausentes”) na formação do precedente; (III) a seleção de casos representativos da controvérsia que contenham argumentação abrangente; (IV) a ampla análise das argumentações suscitadas pelas partes e interessados, de modo que a decisão paradigma apresente fundamentação racional, que aborde necessariamente a análise de todos os fundamentos relevantes da tese jurídica discutida; (V) a ampla publicidade do procedimento de julgamento e da tese jurídica fixada; (VI) o regramento comum do abandono ou da desistência da causa-piloto, que não impossibilita a fixação da tese jurídica; (VII) a aplicação da tese jurídica aos processos individuais e coletivos, presentes e futuros, que versem sobre a mesma questão de direito e que tenham circunstâncias fáticas semelhantes ao precedente

378 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.”

379 Eis o posicionamento de parte da doutrina, constante do Enunciado 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microssistema de solução de casos repetitivos”. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590-591.

paradigma; (VIII) a comunicação aos órgãos, entes ou agências reguladoras da tese firmada no julgamento do caso repetitivo para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada; e (IX) a possibilidade de distinção e superação do precedente judicial³⁸⁰.

Para o desenvolvimento da tese objeto deste trabalho, mostra-se necessário a análise do microssistema de julgamento de casos repetitivos e, conseqüentemente, do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, com foco no modo como está disciplinada a participação e a representação dos litigantes nestes procedimentos de gestão da litigiosidade repetitiva³⁸¹.

3.2.1. Natureza jurídica: causa-piloto (julgamento por amostragem) ou procedimento-modelo (técnica processual objetiva)

A partir do estudo do direito estrangeiro é possível extrair dois sistemas de tratamento e resolução de causas repetitivas: (I) “causa-piloto”; e (II) “procedimento-modelo”.

No sistema de “causa-piloto”, adota-se um procedimento *subjetivo*, no qual ocorre o julgamento por completo de uma ou mais causas representativas da controvérsia (julgamento por amostragem) e a fixação da tese a ser aplicada nos demais casos³⁸².

O sistema de “causa-piloto” caracteriza-se pela unidade de processo e julgamento, no qual o órgão julgador conhece e resolve o caso representativo da

380 Neste sentido: ZANETI JR., Hermes. “Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro”. In: *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 502-503.

381 A análise a seguir do microssistema de julgamento de casos repetitivos não tem a finalidade de exaurir todas as questões interpretativas acerca dos institutos do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos.

382 “Trata-se de uma técnica conhecida em diversos países, que a denominam de ‘caso-piloto, ‘caso-teste’ ou ‘processo-mestre’. Consiste o mecanismo em permitir que, entre várias demandas idênticas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para o contencioso administrativo).” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Coord: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 5)

controvérsia por completo; não apenas julgando a questão comum. Desse modo, no sistema de “causa-piloto”, há fixação da tese acerca da questão jurídica comum e o julgamento do caso concreto, com a apreciação de todas as demais questões relativas à lide. Após o julgamento por completo do processo representativo da controvérsia, há a aplicação da tese aos casos similares³⁸³.

O sistema de “causa-piloto” é adotado na ordem de litígio em grupo (*Group Litigation Order* - GLO) do direito inglês³⁸⁴, prevista nas *Rules 19:10* até 19:15 e na *Practice Direction 19B* das *Civil Procedure Rules* inglesas³⁸⁵. Este incidente processual foi inserido na legislação processual inglesa por meio de emenda (*Amendment Rules, 200, nº 221*), que entrou em vigor em 02 de maio de 2000³⁸⁶.

A Regra 19.10 das *Civil Procedure Rules* inglesas define a *Group Litigation Order* (GLO) como uma ordem para estabelecer, nos termos da Regra 19.11, o gerenciamento (*case management*) coletivo de demandas³⁸⁷ que versam sobre

383 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.436.

384 O instituto do *Pilotverfahren* austríaco também se utiliza do sistema de “causa-piloto” (artigo 29 do KSchG). Sobre o *Pilotverfahren* austríaco: KANTNER, Mag. Manfred. “Il contenzioso di massa” in Austria. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008, n.2.2.d, p. 151-152; SOUZA, Artur César de. *Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 112-113.

385 Eis alguns trabalhos que abordam a *Group Litigation Order* inglesa: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 553-561; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 352-371; LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da *Group Litigation Order* Britânica. *Revista de Processo*, n. 196, ju.2011, p. 185-187; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2002, p. 60-61; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 167-178; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 76-80.

386 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 357-358.

387 O jurista inglês Lord Wolf, ao relatar o caso que se tornaria paradigma na aplicação das regras da GLO, aponta que “decorria da experiência das cortes que se um litígio envolvendo um número significativo de requerentes tivesse que ser administrados de forma adequada, era essencial que houvesse algum procedimento que conferisse aos tribunais poderes muito amplos para gerir o processo. Era no interesse do tribunal para a administração adequada de outros litígios que a corte tivesse esses poderes.” (tradução livre). No original: “It was the experience of the courts that if litigation involving a substantial number of claimants was to be managed in the appropriate way, it was essential that there should be some procedure which provided the courts with very wide powers to manage the proceedings. It was in the court’s interest for the proper dispatch of other

questões comuns de fato ou de direito (denominadas ordem de litígio em grupos comuns - *GLO issues*)³⁸⁸.

No direito inglês, a instauração da *Group Litigation Order* (GLO) é determinada quando o Tribunal identifica a efetiva ou a potencial multiplicidade de demandas acerca de alguma questão de fato ou jurídica comum³⁸⁹. A ordem de litígio em grupo pode ser concedida a requerimento da parte interessada ou *ex officio* pelo Tribunal e

litigation that the court should have those powers". (Court of Appeal, T (formerly H) vs. Nugent Care Society (formerly Catholic Social Services). j.19.01.2004, referência [2004] 1 W.L.R. 1129).

388 Eis a redação da *Rule 19.10* das *Civil Procedure Rules* inglesas: "19.10. A Group Litigation Order ('GLO') means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues')." Disponível em <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#III>>

389 De acordo com o autor Neil Andrews, os principais componentes do sistema GLO são: 1º) A aprovação pelo tribunal de uma ordem de contencioso coletivo. 2º) A "aceitação" de cada indivíduo; 3º) A adesão ao grupo e o estatuto geral de "parte no processo civil" de pleno direito. 4º) Durante a tramitação do GLO, o tribunal exercerá ampla gestão e emitirá orientações. As instruções do tribunal podem incluir o seguinte: uma ou mais reivindicações no registro de grupo devem estar presentes para prosseguimento da ação; nomeação do procurador de uma ou mais partes para ser o procurador principal do requerentes ou réus; especificação dos detalhes a serem incluídos em uma declaração de caso, a fim de mostrar que os critérios para inscrição da reclamação no registro do grupo foram atendidos; ou especificação de uma data limite para adição de demandas ao registro do grupo. 5º) Se o grupo perde o caso, cada membro do grupo é responsável perante a parte vitoriosa, tanto pela parte desse membro nos custos comuns do processo e por quaisquer custos individuais especificamente incorridos com relação ao seu direito; mas se o grupo for vitorioso, a parte derrotada é responsável pelo pagamento de custos atribuíveis a ambos "custos comuns" e os "custos individuais". Finalmente, as decisões sobre questões "comuns" são vinculativas e em favor do grupo. Uma parte que é adversamente afetada por um julgamento ou ordem pode solicitar permissão para apelo" (tradução livre). No original: "The main components of the GLO system are. First, the court must approve a group litigation order. Secondly, group litigation involves "opting-in" by each individual. Thirdly, a group member enjoys both membership of the group and the general status of a fully-fledged "party to civil proceedings". Fourthly, during the progress of the GLO, the court will exercise extensive case management and issue directions. The court's directions can include the following: providing for one or more claims on the group register to proceed as test claims; appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants; specifying the details to be included in a statement of case in order to show that the criteria for entry of the claim on the group register have been met; or specifying a date after which no claim may be added to the group register unless the court gives permission. Fifthly, if the group loses the case, each group member is liable to the victorious party both for that member's share of the common costs of the proceedings and for any individual costs specifically incurred with respect to his claim; but if the group is victorious, the defeated party is liable to pay costs attributable both to the "common costs" and the "individual costs". Finally, decisions on "common" issues are binding on, and in favour of, the group. A party who is adversely affected by a judgment or order can seek permission to appeal." (ANDREWS, Neil. "Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol.167. jan/2009, p. 271 – 287, esp. 273).

tem a finalidade de gerir a litigiosidade repetitiva³⁹⁰, por meio da instauração de incidente que irá processar e julgar uma ação-modelo (*test claim*)³⁹¹.

A análise da definição da *Group Litigation Order* (GLO) revela que o instituto é versátil e abrangente, na medida em que gerencia e administra questões comuns relativas às matérias de fato ou de direito, de modo que não há restrição acerca da temática das ações que possam ser atingidas pela ordem de litígio em grupo³⁹².

Caso a ação representativa da controvérsia (*test claim*) seja extinta por acordo das partes, o Tribunal Gestor (*the management court*), responsável por gerir as várias demandas com questões comuns e julgar a ação-modelo, determinará a substituição por outra ação, de modo a permitir o julgamento de um caso concreto³⁹³.

Após a adoção de todas as medidas necessárias para o gerenciamento e processamento das causas repetitivas, o Tribunal Gestor (*the management court*) julgará, por completo, a ação-modelo, proferindo decisão que resolverá as questões comuns (de fato ou de direito) e que servirá de paradigma para as demais ações individuais³⁹⁴.

390 Em relação a *Group Litigation Order* inglês, que adota o sistema de julgamento de causas-piloto, Neil Andrews destaca que: "esse tipo de ordem é a mola mestra do sistema inglês quanto ao tratamento dado aos litígios com múltiplas partes (um sistema de *opt-in*) As GLO – *Group Litigation Orders* – são uma forma específica de reunião das partes, por meio de listagem de ações com registro em grupo. Seus principais componentes são: (i) o tribunal deve aprovar a ordem do litígio em grupo; (ii) ao contrário do modelo de representação, o litígio em grupo envolve *opt-in* de cada indivíduo; (iii) um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão, do processo; (iv) durante o trâmite das GLO, o tribunal exerce administração intensa do caso e da instrução; (v) as decisões sobre questões 'comuns' atingem o grupo, sendo a seu favor; (vi) os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrem das questões 'comuns'." (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 553-554. Outros textos de Neil Andrews sobre o tema: ANDREWS, Neil. Complex civil litigation in England. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 153, nov/2007, p. 87; ANDREWS, Neil. Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 167, jan/2009, p.271; ANDREWS, Neil. Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 169, mar/2009, p. 62.

391 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 357-358.

392 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 558.

393 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 365-366.

394 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 366.

Por sua vez, no sistema de “procedimento-modelo”, utiliza-se de técnica processual *objetiva*, que visa a fixação da tese em abstrato, com a resolução pontual da questão comum controvertida.

No “procedimento-modelo”, há a instauração do incidente com a finalidade de fixar a tese jurídica, sem que ocorra a escolha e o julgamento de uma causa representativa da controvérsia. Neste incidente processual, analisa-se a controvérsia acerca das questões comuns objeto da litigiosidade repetitiva e define-se a tese, deixando o julgamento do caso concreto e a adequada aplicação da tese para os juízos dos processos originários³⁹⁵.

Dessa forma, ocorre a cisão cognitiva e decisória no sistema de “procedimento-modelo”, com a divisão de competência entre o órgão julgador do incidente, que apenas aprecia as questões comuns, e os demais órgãos jurisdicionais que irão julgar os casos concretos, com a aplicação da tese definida anteriormente³⁹⁶.

O sistema do “procedimentos-modelo” foi adotado pelo instituto do *Musterverfahren* alemão, inserido no ordenamento, em agosto de 2005, pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para investidores em mercado de capitais (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, abreviada de *KapMuG*)³⁹⁷ e com prazo certo³⁹⁸.

395 SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021, p. 119-120.

396 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 1.436.

397 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 131.

398 Marcos de Araújo Cavalcanti ensina que “a referida lei, que entrou em vigor em 01.11.2005, foi concebida como uma experiência temporária, com previsão de término de vigência em 01.11.2010. Passados alguns anos de sua edição, o governo federal alemão entendeu que a *KapMuG* deveria ter sua vigência prorrogada e que seu objeto necessitaria ser estendido para abranger outros tipos de conflitos de massa. (...) Assim, no intuito de permitir maior tempo de estudo e de reflexão para a reforma sugerida, o legislador, em seguida, prorrogou a vigência da lei por mais dois anos, ou seja, até 31.10.2012. Após dois anos de estudo e discussões para a reforma legislativa, em 01.11.2012, entrou em vigor a nova *KapMuG*, prorrogando por mais oito anos, ou seja, até 01.11.2020, o instituto do *Musterverfahren* no âmbito das controvérsias do mercado de capitais.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. “Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 238, Dez/2014 – versão digital)

Acerca do procedimento-modelo do *Musterverfahren* alemão, Antonio do Passo Cabral aponta que “o escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo”. Segundo o doutrinador, o objetivo do procedimento é “fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas”³⁹⁹⁴⁰⁰.

No *Musterverfahren* alemão, há a resolução de apenas algumas questões comuns controvertidas (*Streitpunkte*), que devem ser expressamente indicadas pelo requerente e fixados pelo órgão julgador, para posterior aplicação nos litígios individuais⁴⁰¹.

A cognição do *Musterverfahren* alemão pode abarcar elementos fáticos ou questões jurídicas de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral destaca que “o objeto da cognição judicial neste procedimento pode versar tanto sobre questões de fato como de direito”, o que evidencia “a possibilidade de resolução parcial dos fundamentos da pretensão, com a cisão da atividade cognitiva em dois momentos: um coletivo e outro individual”⁴⁰².

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina é pacífica em reconhecer que o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos tem a natureza jurídica de “causa-piloto” (julgamento por amostragem)⁴⁰³.

399 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 132.

400 Também abordando sobre o procedimento do *Musterverfahren* alemão: BAKOWITZ, M. The German Experience with Group Actions – The Verbandsklage and the Capital Markets Models Case Act (KapMuG). In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, p. 153/170; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122-131; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 325-352; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 68-76; NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 471-483.

401 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 132.

402 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 132.

403 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que, “no sistema brasileiro, os recursos

Em relação ao rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, o Código de Processo Civil estabelece que serão escolhidos dois ou mais recursos representativos da controvérsia (artigo 1.036). Os recursos afetados deverão ser julgados pelo STF ou STJ, no prazo de 1 (um) ano, e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os *habeas corpus* (artigo 1.037, §4º).

Portanto, no âmbito do rito dos recursos repetitivos, os tribunais superiores julgam os recursos representativos da controvérsia, decidindo por completo as causas nele contidas (causa-piloto) e fixando a tese jurídica objeto das questões comuns homogêneas. Esta decisão paradigma constitui precedente vinculante, que deve ser observado pelos órgãos julgadores e aplicado aos demais casos similares que abordem a mesma questão repetitiva (artigo 927).

Contudo, em relação ao IRDR, a definição acerca da sua natureza jurídica mostra-se polêmica e controversa na doutrina.

No processo legislativo do Código de Processo Civil de 2015, a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto declarou, na Exposição de Motivos, que o IRDR era um instituto criado com inspiração no *Musterverfahren* do direito alemão⁴⁰⁴. Ocorre que, no final da tramitação do projeto de lei, inseriu e aprovou-se o parágrafo único do

especial e extraordinário repetitivos são processados e julgados como *causa-piloto*". (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica". In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 316). No mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. "A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos". *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 203; NUNES, Dierle. "Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo". In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320; SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021, p. 122; ROQUE, André Vasconcelos. "Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos". In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017.

404 "Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...) Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta." (BRASIL, Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. p. 29) Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

artigo 978 do CPC, que estabelece expressamente que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”, o que sugere que o IRDR adotou, em regra, o sistema de “causa-piloto”, diante da ausência de cisão cognitiva e decisória.

Destaca-se que alguns doutrinadores defendem que o parágrafo único do artigo 978 do CPC é formalmente inconstitucional, por violação do devido processo legislativo. Tal fundamento decorre do fato de que, nas versões do CPC aprovadas inicialmente no Senado Federal e na Câmara dos Deputados Federais, não havia previsão similar a este dispositivo legal. A inclusão da referida normal ocorreu quando o texto legislativo retornou ao Senado Federal, como “emenda de redação”, alterando significativamente o conteúdo da norma, o que não é permitido⁴⁰⁵.

Além disso, há doutrinadores que sustentam a inconstitucionalidade material do parágrafo único do artigo 978 do CPC, ao fundamento de que é competência privativa dos tribunais fixar as suas atribuições internas, dispondo acerca da competência e do funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais, por meio do regimento interno, nos termos do artigo 96, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição da República^{406 407}.

405. Neste sentido, Sofia Temer entende que o artigo 978, parágrafo único, do CPC “corresponde a uma burla no devido processo legislativo. Defende-se abertamente a inconstitucionalidade formal do dispositivo, porque ausente previsão similar nas versões aprovadas na Câmara e no Senado. Não se pode compreender que tal dispositivo tenha surgido como “emenda de redação”, porque tem conteúdo substancial distinto das versões anteriores. Defende-se em doutrina, ainda, a inconstitucionalidade material, por afronta ao art. 96, I da Constituição da República, que atribuiu privativamente aos tribunais a elaboração e seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 110). No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 617-618; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453.

406 Neste sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 71; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 453.

407 Cassio Scarpinella Bueno sustenta que o artigo 978, parágrafo único, do CPC é inconstitucional, no aspecto formal e material: “O parágrafo único do art. 978 dispõe que o órgão colegiado, competente, além de julgar o Incidente e ‘fixar’ a tese jurídica, ‘julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária’ de onde ele se originou. Trata-se, não há por que colocar em dúvida, de regra que elimina fundada dúvida que, desde o início, o novel instituto vinha suscitando, sobre qual o papel a ser desempenhado pelo órgão do Tribunal competente para fixar a tese jurídica justificadora do Incidente: apenas fixá-la ou, indo além, julgar, desde logo, o processo no qual ela, a tese, teve nascimento, aplicando-a in concreto, portanto.

No âmbito do Conflito de Competência nº 0004214-80.2016.4.02.0000 (2016.00.00.004214-5), o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região declarou a inconstitucionalidade formal e material do parágrafo único do artigo 978 do CPC, ao fundamento de que: (I) a inclusão do texto legal “foi feita na Câmara dos Deputados (casa revisora), sem devolução ao Senado, violando-se o art. 69, parágrafo único, da Constituição da República”; e (II) a referida norma “violou o artigo 96, inciso I, letra a, da Constituição da República, segundo o qual compete privativamente aos Tribunais ‘dispor sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos’”⁴⁰⁸

Assim, acerca da polêmica sobre a natureza jurídica do IRDR, a primeira corrente entende que o IRDR tem natureza jurídica de “procedimento-modelo”, constituindo técnica processual objetiva, que apenas resolve a questão jurídica

Ambas as alternativas eram inequivocamente sustentáveis e ambas tinham, nas suas respectivas defesas, prós e contras de variadas ordens. O que ocorre, no entanto, é que o parágrafo único do art. 978, ao fazer escolha expressa sobre a controvérsia – e não há razão para colocar em dúvida as boas razões que a justificaram – violou o devido processo legislativo. Trata-se de regra que, por não ter correspondência com o Projeto aprovado pelo Senado Federal nem com o Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, viola o parágrafo único do art. 65 do CF. Deve, consequentemente, ser considerado inconstitucional formalmente. Mesmo para quem discorde da última afirmação, há outra, de diversa ordem, mas que conduz ao mesmo resultado de inconstitucionalidade na perspectiva substancial. Não cabe à lei federal definir a competência dos órgãos dos Tribunais Regionais Federais nem dos Tribunais de Justiça dos Estados. A iniciativa viola, a um só tempo, os arts. 108 e 125, § 1º, da CF. Decisão Aquilo que o caput do art. 978 tem de virtuoso, como querem mostrar as anotações anteriores, o seu parágrafo único tem de vicioso. Trata-se, aliás, de entendimento que, na dúvida noticiada, levava diversos estudiosos do tema – e incluo-me, entre eles – a criticar a compreensão de que o Incidente pudesse levar o Tribunal a julgar, desde logo, a causa de onde originada a tese jurídica. No máximo, caberia a ele fixar a tese, deixando-a para ser aplicada pelo órgão de primeira instância, a exemplo, aliás, do que, no âmbito dos recursos extraordinário ou especial repetitivos, acabou prevalecendo (não sem críticas) no art. 1.040, III. Por esta razão, a inconstitucionalidade formal e substancial do parágrafo único do art. 978 acaba conduzindo o intérprete à compreensão de que a aplicação da tese jurídica deve ser feita pelos juízos de origem, perante os quais tramitam os ‘casos repetitivos’ que ensejaram a instauração do Incidente. Somente quando os pressupostos do art. 976 surgirem no âmbito do próprio Tribunal ao julgar um recurso, um processo de competência originária ou, até mesmo, a remessa necessária é que ele terá competência para, desde logo, aplicá-la ao caso concreto e, mesmo assim, se o Regimento Interno assim permitir. É que, nesses casos, sua competência deriva não do dispositivo (lei federal) aqui anotado, mas, bem diferentemente, do arcabouço constitucional (federal, estadual e regimental) prévio, que outorga a competência para julgamento do recurso, do processo ou da remessa necessária.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 617-618).

408 BRASIL, TRF 2ª Região, Conflito de Competência nº 0004214-80.2016.4.02.0000 (2016.00.00.004214-5), Órgão Especial, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, julg. 31/07/2018.

comum, de forma abstrata, fixando a tese jurídica, sem julgar o caso representativo da controvérsia, que ensejou a instauração do incidente⁴⁰⁹.

Para essa primeira corrente, no IRDR haveria uma cisão cognitiva e decisória, com a fixação da tese de forma objetiva pelo tribunal. O julgamento do caso concreto ocorreria pelo juízo de origem, com a incidência da tese jurídica fixada pelo tribunal.

Sofia Temer sustenta que o entendimento de que o IRDR adota o sistema de “procedimento-modelo” decorre, principalmente, das seguintes razões: (I) “no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da ‘demanda’”; (II) “a desistência do que seria a ‘causa-piloto’ não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito

409 Defendendo que o IRDR consiste em um tipo de “procedimento-modelo”: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 69- 74; OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. “Os requisitos do IRDR: entre o procedimento-modelo e a causa-piloto”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 45-102; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 103-109; NUNES, Dierle. “Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.396; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1324; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1273-1274; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 538-539; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 1.337; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 105-121; ROQUE, André Vasconcelos. “Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 29; LEMOS, Vinicius Silva. “O recurso da decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas e a sua tramitação no tribunal superior”. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 539-574; BRASIL, TJRJ, IRDR no 0023205-97.2016.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Nildson Araujo da Cruz, julg. 16.5.2016; BRASIL, TJRJ, IRDR nº. 32321-30.2016.8.19.0000, Seção Cível Especializada, Rel. Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, julg. 22.9.2016; BRASIL, TJPA, IRDR nº. 0006691-10.2016.8.14.0000, Pleno, Rel. Des. Maria do Ceo Maciel Coutinho, julg. 30.11.2016; BRASIL, TJPA, IRDR nº. 0010765-10.2016.8.14.0000, Pleno, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, julg. 11.11.2016.

subjetivo subjacente, corroborando com o caráter objetivo; e (III) “a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos de sistemática processual, para que seja possível aplicar a teses às demandas fundadas na mesma questão”; e (IV) a natureza objetiva mostra-se mais adequada para “viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais”⁴¹⁰.

A segunda corrente defende que o instituto adota o sistema de “causa-piloto”, com o julgamento por amostragem, no qual ocorre a resolução de todas as questões do caso concreto (representativo da controvérsia) e a fixação da tese jurídica⁴¹¹.

Portanto, na concepção dessa segunda corrente, no IRDR há a unicidade cognitiva e decisória na resolução do conflito subjetivo (caso representativo da controvérsia), com a posterior aplicação da tese jurídica sobre as questões comuns objeto dos demais casos presentes e futuros.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ponderam que, ainda que não houvesse o texto do parágrafo único do artigo 978 do CPC, o IRDR continuaria a adotar, em regra, o sistema de “causa-piloto”, na medida em que “não é possível que

410 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 70.

411 Defendendo que o IRDR adota o sistema de causa-piloto: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594-595; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p. 1436-1441; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 485-486; TALAMINI, Eduardo. “A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 160; ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital; DANTAS, Bruno. “Comentários ao artigo 978”. In: *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. (Coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2185; BRASIL, TJGO, IRDR nº. 97851-57.2016.8.09.0000, Corte Especial, julg. 14.12.2016; BRASIL, TJMG, IRDR: 1.0000.16.032795-3/000, Relatora: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 23/01/2017, 2ª Seção Cível, Data de Publicação: 03/02/2017; BRASIL, TJES, IRDR nº. 0037928-30.2016.8.08.0000, Pleno, Rel. Des. Ewerton Schwab Pinto, julg. 6.3.2017; BRASIL, TJSP, IRDR nº. 2138039-84.2016.8.26.0000, Turma Especial – Público, Rel. Des. Leonel Costa, julg. 26.8.2016; BRASIL, TJAP, IRDR nº. 0000560-25.2016.8.03.0000, Pleno, Rel. Des. Luciano Assis, julg. 31.8.2016; BRASIL, TJPR, IRDR nº. 1567649-4, Seção Cível, Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Junior, julg. 17.2.2017; BRASIL, TJDF, IRDR nº. 20160020134714, Câmara de Uniformização, Rel. Des. José Divino, julg. 6.6.2016; BRASIL, TJRS, IRDR nº. 70070178678, Primeira Turma Cível, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julg. 5.8.2016.

o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal”⁴¹².

Caso fosse possível a instauração do IRDR sem que tivesse um caso pendente de julgamento no tribunal, haveria a transferência de cognição de um processo originário (e não de um incidente), que deveria ser realizada pelo juízo de primeira instância, para o juízo de segunda instância⁴¹³. Essa hipótese seria inconstitucional, diante da impossibilidade do legislador ordinário criar competências originais para os tribunais, em atenção aos artigos 108 e 125, §1º, da Constituição da República de 1988. Desse modo, entende-se que apenas seria possível ao legislador ordinário criar incidentes processuais para causas originais ou recursais que estejam pendentes de julgamento pelos tribunais^{414 415}.

412 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 317.

413 Também defendendo a exigência processos pendentes de julgamento no respectivo tribunal como requisito necessário para a instauração do IRDR: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p. 1436-1441; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 485-486; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 431; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 99-104; MATTOS, Luiz Norton Batista. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no novo CPC. In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca (coord). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Magistratura*. Vol. I, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 170-172.

414 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 317-318.

415 Esse foi o posicionamento dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, no julgamento do Recurso Especial nº 1.631.846/DF. Eis o voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: “Com efeito, a doutrina nacional majoritária posiciona-se no sentido de que não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os Tribunais de Justiça. Conforme a doutrina, em verdade, o legislador ordinário pode criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos próprios tribunais, não lhe competindo, no entanto, criar novas competências originárias para os Tribunais. (...) Nesse contexto, não merece acolhida o pedido de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) formulado pela recorrente, porquanto, além de extrapolar a competência da corte de origem, é necessária a existência de causa pendente no próprio Tribunal de Justiça”. Eis o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: “Na espécie, sem reafirmar o que está expressamente disposto no § 1º do art. 125 da Constituição Federal - que cabe à Constituição do Estado a definição da competência dos tribunais estaduais -, o Tribunal de origem não reconheceu a sua competência para o julgamento do incidente enquanto não tramitasse processo sob a sua jurisdição, fazendo-o à luz do Código de Processo Civil de 2015, em especial ao interpretar o disposto no parágrafo único do seu art. 978, o que parece ser apropriado, pois, do contrário, estaria adotado o julgamento de questão sem caso, isto é, em abstrato, o que não se poderia admitir, sob o risco de usurpação da função

Ressalta-se, contudo, que alguns doutrinadores dessa segunda corrente reconhecem que o IRDR tem natureza híbrida⁴¹⁶. Tal entendimento decorre do fato de que, em regra, adota-se o sistema de “causa-piloto”; entretanto, excepcionalmente, na hipótese de ocorrer a desistência ou abandono do recurso ou processo afetado, haverá a substituição das partes pelo Ministério Público, que assumirá a titularidade da ação (artigo 976, §§1º e 2º, do CPC⁴¹⁷). Nesta situação, o órgão julgador cuidará apenas de fixar a tese jurídica acerca da questão de direito controvertida, que se apresenta de forma repetitiva, afastando-se dos fatos concretos e das alegações de direito subjetivas do caso específico. Portanto, o IRDR prossegue com seu processamento e julgamento, no formato do “procedimento-modelo”⁴¹⁸.

legiferante. (...) No entanto, independentemente se causa-piloto ou procedimento-padrão, não estaria afastada a natureza jurídica do IRDR como incidente, o que torna indispensável a tramitação de pelo menos um processo perante a segunda instância. Assim, dada a natureza incidental do IRDR, é também requisito para a sua admissão o trâmite de pelo menos um processo perante a segunda instância, seja ele de competência originária, de remessa necessária ou de recurso. Nesse contexto, ainda que considerada a natureza do parágrafo único do art. 978 como simples regra de prevenção, ela está apenas a indicar que essa prevenção deve se dar especificamente para que o incidente não tramite de maneira isolada, pois daí, ontologicamente, estaria desnaturada a sua natureza incidental e, como pontuado na trecho supratranscrito, estaria inviabilizado o exame dos requisitos do art. 976 (efetiva repetição de processos com mesma questão de direito controvertida e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica) pelo Tribunal de segundo grau.” (BRASIL, STJ, REsp 1631846/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019).

416 Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p. 1436-1441; p. 318-319; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318-319; ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital; SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021, p. 125.

417 O parágrafo único do artigo 998 do CPC prevê semelhante tratamento no âmbito do rito dos Recurso Extraordinário e/ou Especial repetitivos: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

418 Marcelo Eugênio Feitosa Almeida destaca que: “o IRDR, tal como previsto no CPC, muito se afastou do *Musterverfahren*. Afastou-se, outrossim, do *Testprozess* do direito processual austríaco, símbolo do procedimento-modelo. Sem ignorar ou alongar o debate doutrinário, o fato é que o IRDR, tal como previsto no CPC e tal como vem sendo tratado nos TRFs, como veremos adiante, não adotou puramente nenhum dos sistemas conhecidos. Mais uma vez, como típico no Direito Brasileiro, desenvolvemos um modelo próprio, um *tertium genus* procedimental para solução de demandas de massa. Garantidamente não é causa-modelo (*Musterverfahren*), pois o CPC e os Tribunais buscam, sempre que possível, o julgamento concomitante do processo pendente (seja

Constata-se, portanto, que, no caso de o IRDR seguir para julgamento depois da desistência do recurso ou da ação, mediante a substituição dos jurisdicionados pelo Ministério Público, "existe exercício de jurisdição fora do padrão tradicionalmente observado no direito brasileiro", na medida em que, "historicamente, sempre se pensou a jurisdição como tendo referência a um caso concreto, para a resolução de direitos subjetivos".⁴¹⁹

Quando ocorre a seleção de um caso, para o julgamento no âmbito do IRDR ou do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, tem-se a instauração de um novo procedimento incidental, que não se confunde com o processo principal de competência originária ou com o recurso representativo da controvérsia (ou remessa necessária). Assim, paralelamente, passa a existir dois procedimentos a ser decidido pelo órgão julgador: (I) o processo originário ou recurso, que é o procedimento principal, no qual será decidida as questões individuais dos litigantes, com o julgamento subjetivo do caso; e (II) o procedimento incidental de fixação da tese jurídica, que deverá ser observada pelos demais órgãos jurisdicionais no julgamento dos demais casos presentes e futuros (art. 927, inciso II, do CPC)⁴²⁰.

Desse modo, na hipótese de desistência ou abandono do recurso ou processo afetado, somente seria atingido o procedimento principal relativo à causa representativa da controversa. O procedimento incidental de fixação da tese jurídica permanece apto para prosseguir com seu processamento e julgamento.

Entende-se que a corrente que defende que o IRDR tem a natureza jurídica híbrida apresenta-se correta, de modo que, em regra, o instituto adota o sistema de

uma ação originária, seja um processo em fase recursal ou devolvido por força de remessa necessária). Oportunamente veremos claramente a tendência dos TRFs de, sempre que possível, atrelarem o caso concreto ao incidente, inclusive sob um mesmo Relator. Garantidamente não é causa-piloto, pois o CPC permite 'vida própria' ao incidente em caso de desistência do caso concreto adjacente. Ademais, reconhecendo-se a possibilidade de IRDR em matéria de juizados, por óbvio, o Tribunal jugará a questão jurídica sem julgar o caso concreto, sobre o qual falece competência". (ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. *Musterverfahren X Pilotverfahren: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. Publicações da Escola da AGU*. Vol. 9 - n. 4 - Brasília-DF: out./dez. 2017, p. 149-151)

419 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 1.438.

420 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica". In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318-319.

“causa-piloto” e apenas, excepcionalmente, quando houver a desistência ou abandono do recurso ou processo afetado, é possível a sua conversão no formato de “procedimento-modelo”.

Contudo, defende-se que o mais adequado é que o IRDR sempre seja processado e julgado com base no sistema da “causa-piloto”, de modo que ocorra a escolha de novo processo e/ou recurso representativo da controvérsia, na hipótese de desistência ou abandono daquele inicialmente afetado⁴²¹.

Recorde-se, inclusive, que, no sistema de julgamento da *Group Litigation Order* (GLO) do direito inglês, que adota o formato da “causa-piloto”, há a previsão de substituição da ação representativa da controvérsia (*test claim*), quando há acordo entre as partes (Regra 19.15 das *Civil Procedure Rules*⁴²²), de modo a permitir que a fixação da tese ocorra por meio do julgamento de um caso concreto⁴²³.

Apesar de reconhecer a adoção do sistema híbrido pelo legislador, entende-se que a melhor opção é o órgão julgador afetar novas causas em caso de desistência, permanecendo o IRDR sobre a sistemática da “causa-piloto”, com o exercício de jurisdição à luz de pretensões e alegações de direitos subjetivos concretos.

O exercício do direito jurisprudencial depende da análise interpretativa entre o precedente judicial e o caso concreto. Inicialmente, o órgão julgador deve identificar a tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente judicial, na medida em que é preciso apurar quais foram os fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica.

Ademais, é necessário que o magistrado interprete o precedente judicial, separando a essência da tese jurídica dos argumentos jurídicos acessórios e

421 Neste sentido: ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital

422 “Test claims. 19.15. (1) Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim.”

423 Cita-se o exemplo da *Group Litigation Order* (GLO) do direito inglês, por ele adotar o sistema da “causa-piloto”. Contudo, é importante destacar que há diversas diferenças entre o instituto inglês e o IRDR, tais como: (I) a *Group Litigation Order* somente é utilizada de forma subsidiária, caso não seja possível instaurar um processo coletivo sobre a questão comum; (II) a *Group Litigation Order* admite que a questão comum seja de fato ou de direito, enquanto que a instauração do IRDR somente é possível sobre questão de direito; e (III) na *Group Litigation Order*, os processos repetitivos são geridos por um Tribunal Gestor (*the management court*).

secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*), tendo em vista que apenas a *ratio decidendi* se vincula ao julgamento dos demais processos⁴²⁴.

Após a identificação dos fatos fundamentais e relevantes para a formação da tese jurídica, o órgão julgador poderá verificar se as circunstâncias fáticas, que foram determinantes para a construção da tese jurídica do precedente judicial, também encontram-se presentes, de forma análoga, no caso concreto; ou se o caso *sub judice* apresenta alguma peculiaridade, que justifica a não aplicação do presente judicial.

Desse modo, o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da “causa-piloto”, no âmbito do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, mostra-se adequado, diante da relevância dos fatos no raciocínio de aplicação de precedentes judiciais.

Na aplicação da tese jurídica formada no âmbito do microsistema de julgamento de casos repetitivos, há o exercício de raciocínio por comparações entre casos (precedente paradigma e o caso concreto), no qual se leva em considerações acerca das circunstâncias fáticas (situações, eventos, qualidades e atributos), a fim de se verificar se o caso concreto deve ser julgado da mesma forma que o caso paradigma.

Na aplicação do direito jurisprudencial, mostra-se necessária e de extrema importância a análise e identificação dos fatos determinantes para a formação da tese jurídica, tendo em vista que as analogias e as contra-analogias são realizadas a partir dos elementos essenciais e não essenciais que podem ser encontrados no precedente paradigma e no caso concreto⁴²⁵.

424 Visando a identificação da tese jurídica, Hermes Zaneti Jr. defende que, “na formação do precedente, os tribunais devem individualizar as categorias fáticas de maneira a construir uma relação entre os fatos e a tese a ser aplicada, demonstrando a unidade fático-jurídica nos fundamentos determinantes de sua decisão. A identificação da universalização dos argumentos fáticos e jurídicos na redação do acórdão, da ementa e dos enunciados de súmula facilita a compreensão do interprete futuro. (...) Lembre-se que o requisito da universalização dos argumentos fáticos e futuros é um requisito de racionalidade da decisão e permite, mais facilmente, sua correta aplicação nos casos futuros.” (ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.324)

425 Acerca da importância da análise dos fatos determinantes para a formação da tese jurídica e da precisa identificação da *ratio decidendi*, Dierle Nunes e André Frederico Hortam destacam que: “A relevância desses fatos se justifica na medida em que o raciocínio por precedentes é, essencialmente, um raciocínio por comparações entre casos (o do precedente e o do presente). Nesse raciocínio – que leva em consideração situações, eventos, qualidades e atributos –, analogias e contra-analogias são estabelecidas a fim de se determinar se o caso presente deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso, à

Observe que o órgão julgador não deve interpretar o precedente como se fosse uma norma geral e abstrata, aplicando-o de forma automática e mecânica a todo e qualquer caso em que os elementos fáticos dão a impressão de serem semelhantes. O correto é o magistrado, após completa análise comparativa entre a decisão paradigma e o caso concreto, verificar em qual aspecto o precedente judicial poderá servir na resolução do caso *sub judice*^{426 427}.

luz do princípio da igualdade substancial. Em qualquer sistema jurídico em que o direito jurisprudencial é relevante para o desenvolvimento do Direito, as analogias e as contra-analogias são realizadas considerando os elementos essenciais e não essenciais que podem ser encontrados no caso precedente e no presente (DUXBURY, 2008, p. 113). Até mesmo para que as comparações e a própria utilização desse direito jurisprudencial sejam relevantes na aplicação do Direito, não se pode prescindir da relevância dos fatos como um dos elementos que conferem força normativa a esse direito jurisprudencial. Por isso é que os juristas familiarizados com a doutrina do precedente judicial preocupam-se em descrever com considerável grau de precisão quais são os fatos materiais das decisões passadas, dada sua influência no discurso jurídico e na solução de outros casos a partir do direito jurisprudencial. Esses fatos materiais guardam estreita relação com a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes, para se valer da expressão do CPC-2015), cujo conceito, por sua vez, constitui um dos mais controvertidos conceitos na doutrina do precedente judicial. Essa importância que lhe é atribuível decorre da constatação de que o elemento normativo do precedente reside nela própria, *ratio decidendi*, e as pessoas (cidadãos comuns ou autoridades) debaterão intensamente sobre quais direitos e obrigações jurídicas decorrem do que foi dito no precedente. Por isso, definir a *ratio decidendi* de um precedente não se resume a uma simples tarefa de categorização científica de partes de uma decisão; pelo contrário, pois tais fundamentos guardam aptidão não apenas para contribuir para a solução de outros casos mas para incrementar o histórico institucional do Direito." (NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). Novo CPC. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015).

426 THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 303-304.

427 O fato do precedente judicial e o caso concreto não apresentarem fatos absolutamente idênticos não impede a aplicação da tese jurídica da decisão paradigma. Mesmo após o órgão julgador ter constatado que os fatos relevantes para a construção da tese jurídica do precedente não se apresentam de forma idêntica no caso concreto, é possível que o magistrado estenda ao caso *sub judice* a mesma solução conferida no precedente judicial, por entender que, apesar das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica ainda lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*). Neste caso, haverá a ampliação da hipótese fática de incidência do precedente judicial. Contudo, caso o órgão julgador entenda que as peculiaridades fáticas do caso concreto não possibilitam a aplicação da tese jurídica do precedente judicial (*restrictive distinguishing*), deverá julgar livremente o caso *sub judice* sem qualquer vinculação a decisão paradigma. Neste caso, o órgão julgador está dando uma interpretação restritiva ao precedente judicial, de modo a restringir a hipótese fática da aplicação da sua tese jurídica.

O direito jurisprudencial não pode ser aplicado a partir do mero uso de ementas de precedentes ou enunciados de súmulas, sem a necessária e adequada recuperação dos casos concretos que deram origem à formação da tese jurídica⁴²⁸⁴²⁹.

Visando a evitar a utilização dos precedentes judiciais como se fossem comando gerais e abstratos, o Código de Processo Civil estabelece que, na aplicação dos precedentes judiciais, o órgão julgador tem o dever de identificar os seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada (art. 489, §1º, inciso V, e 927, §1º). Ademais, em observância à garantia do contraditório, o Código de Processo Civil também disciplina que o órgão julgador não pode deixar de seguir precedente judicial suscitado pela parte, que tenha força vinculante, sem

428 Eis a doutrina italiana neste sentido: PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile*. Torino: Giappicheli Editore, 2018, p. 118-176; TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 2001, n. 1, p. 14-15; SERIO, Mario. La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglesi. *Europa e diritto privato*. 2013, n. 2, p. 391.

429 Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que, “como os tribunais, porém, só decidem perante circunstâncias fáticas, cujos efeitos de direito decorrem sempre da subsunção dessa quadra circunstancial ao ordenamento legal vigente, é necessário que o enunciado da tese formadora de jurisprudência ou precedente vinculante, de alguma forma, se reporte às ‘circunstâncias fáticas’ que conduziram à sua criação (CPC, art. 926, §2º)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 83-84). No mesmo sentido, Rodrigo Barioni assevera que: “Essa ausência da descrição fática mais elaborada conduz à sérios problemas no uso dos precedentes. Evidentemente, o que se deseja com um modelo de precedentes é que as decisões proferidas em determinadas circunstâncias – no caso brasileiro, aquelas proferidas segundo o art. 927 do CPC – regulem situações jurídicas análogas. (...) A percepção de que o precedente deve ter seus contornos definidos pelos fatos é imprescindível para o adequado desenvolvimento do tema no direito brasileiro. A melhora da qualidade das decisões, a respeito da apresentação dos fatos considerados para a decisão, é, sobretudo, uma exigência do devido processo legal. À medida que há a generalização dos fatos, com narrativa superficial a respeito da situação jurídica considerada, o precedente perde força e legitimidade, devido à carência de nitidez em suas fronteiras”. (BARIONI, Rodrigo. *Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas*. *Revista de Processo*. Vol. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez./2020, p. 265-291 – versão digital). Ressalta-se, ainda, a doutrina de Maurício Ramires: “O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro, como já se viu, é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremê-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas ‘propriedades imutáveis’. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando um coro de muitas vozes dissonantes.” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140).

demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação racional (art. 489, §1º, inciso VI). É direito da parte que invocou o precedente judicial ter uma resposta que justifique, a partir de uma análise argumentativa e interpretativa, se é coerente a aplicação da decisão paradigma ao caso concreto.

Por fim, destaca-se que a Primeira Seção do STJ, no julgamento da Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.881.272/RS, entendeu, por maioria, que não é possível o conhecimento de Recurso Especial interposto contra acórdão de IRDR, no qual adotou-se o sistema do “procedimento-modelo”, ao fundamento de que não houve o julgamento do caso concreto⁴³⁰.

No referido caso, houve a instauração de IRDR, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para tratar de questão de direito controvertida, relativa à matéria de direito previdenciário, surgida em ação que tramita perante os Juizados Especiais

430 Eis a ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. JULGAMENTO FINAL DA CAUSA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA. REQUISITO CONSTITUCIONAL. INOBSERVÂNCIA. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. NÃO AFETAÇÃO. 1. Trata-se de proposta de afetação para julgamento repetitivo de recurso especial oriundo de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2. O art. 987, caput e § 2º, do CPC/2015 estabelece o cabimento de recurso especial (ou extraordinário, conforme o caso), com efeito suspensivo e abrangência em todo território nacional, contra o acórdão proferido no IRDR, o qual, segundo o art. 256-H do RISTJ, deverá seguir o rito dos recursos especiais repetitivos. 3. Para o conhecimento de controvérsia nesta Corte, é necessária a análise do cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso especial e da especificidade relativa ao exame do caso concreto pelo Tribunal de origem, no julgamento do IRDR, de modo a dar cumprimento ao pressuposto de “causas decididas em única ou última instância”, como exige o art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. 4. Hipótese em que o Tribunal Regional decidiu a questão jurídica sem examinar o caso concreto, visto que o incidente origina-se de controvérsia surgida em ação que tramita perante os Juizados Especiais Federais, sendo certo que a causa haverá de ser julgada no âmbito das Turmas Recursais dos JEFs. 5. Pela sistemática estabelecida no parágrafo único do art. 978 do CPC/2015, “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”, orientação que visa o esgotamento do trâmite recursal na instância ordinária e que está de acordo com os enunciados 21, 22 e 44 do Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. 6. Eventual divergência de entendimento entre decisões de Turmas Recursais deve ser decidida no âmbito da Turma Nacional de Uniformização - TNU, podendo ascender ao STJ pela via do pedido de uniformização de interpretação de lei - PUIL, enquanto os entendimentos divergentes no âmbito dos Tribunais continuarão subindo para esta Corte por meio de recurso especial, após o julgamento do caso concreto, mas não pela adoção de um sistema híbrido. 7. Havendo conhecimento de tese jurídica dissociada do exame do caso concreto, não se cumpre o comando constitucional de que o recurso especial ascenda ao STJ para análise de “causas decididas em única ou última instância”, ex vi do art. 105, III, da CF/1988. 8. Recurso especial não afetado ao rito do julgamento repetitivo. (BRASIL, STJ. ProAfR no REsp 1881272/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 26/11/2021).

Federais⁴³¹. O tribunal de segunda instância julgou o IRDR sob a sistemática do “procedimento-modelo”, sem examinar e solucionar o caso concreto⁴³². Contra o acórdão do julgamento do IRDR, que fixou da tese jurídica⁴³³, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social apresentou Recurso Especial. Após a sua distribuição, o Ministro Sérgio Kukina apresentou proposta de afetação do Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos.

A Primeira Seção do STJ, a partir do voto vencedor do Ministro Gurgel de Faria⁴³⁴, decidiu pela não afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ, art. 257-A, § 2º), em razão do não conhecimento do recurso especial pela ausência do requisito de causa decidida “em única ou última instância”⁴³⁵. Em seu voto, o Ministro Gurgel de Faria destacou que “o TRF-4ª Região decidiu por adotar a corrente que reconhece a natureza jurídica de procedimento-modelo do IRDR”, de modo que “decidiu a questão jurídica sem examinar o caso concreto, visto que o incidente se origina de controvérsia surgida em ação que tramita perante os Juizados Especiais Federais da 4ª Região”. O Ministro concluiu que não é possível conhecer do Recurso Especial, visto que a fixação da tese jurídica está dissociada do exame

431 A matéria controvertida era “definir se o segurado, ao encerrar intercalado período de labor urbano e retornar ao trabalho rural, pode, em relação a este segundo período campesino, valer-se de documentos contemporâneos em nome de terceiros, integrantes de seu núcleo familiar, para realizar o início de prova material de que trata o art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, com o objetivo de reconhecimento da condição de segurado especial.”

432 “Desse modo, no presente caso, porque se trata de IRDR admitido em processo que tramita no JEF, vai-se adotar a posição segundo a qual o incidente apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros, sem solucionar o caso concreto. Assim, passo a enfrentar a tese jurídica proposta no presente IRDR: [...]”. (BRASIL, TRF-4ª Região. IRDR nº 5032883-33.2018.4.04.0000, Terceira Seção, Relator: Des. João Batista Pinto Silveira, julg. em 21/08/2019)

433 A tese fixada no IRDR é a seguinte: “viável a consideração, como início de prova material, dos documentos emitidos em nome de terceiros integrantes do núcleo familiar, após o retorno do segurado ao meio rural, quando corroborada por prova testemunhal idônea”.

434 Acompanham o voto vencedor do Ministro Gurgel de Faria, os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães.

435 No julgamento da Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.881.272/RS, o Ministro Sérgio Kukina destacou, em seu voto-vencido, que a “Primeira Seção veio de julgar, recentemente, situação assemelhada à ora presente (REsp 1.807.665/RS, j. 28/20/2020), em que e. TRF da 4ª Região também havia produzido decisão colegiada em sede de IRDR, sem vínculo com qualquer caso concreto, relativamente a demandas que tramitavam em diversos juizados especiais federais daquela mesma 4ª região. É verdade que a questão relativa à admissão da afetação, nestes termos, não chegou a ser objeto de debate na ocasião, a recomendar, portanto, o seu ostensivo enfrentamento por este colegiado”.

do caso concreto, “descumprindo o comando constitucional de que o recurso especial ascenda ao STJ para análise de ‘causas decididas em única ou última instância’, ex vi do art. 105, III, da CF/1988”^{436 437}.

Ressalta-se, contudo, que, no Recurso Especial repetitivo nº 1.937.827/SP, a Primeira Seção do STJ conheceu do Recurso Especial interposto contra o acórdão do TJSP, que julgou IRDR por meio do sistema do “procedimento-modelo”, ao fundamento de que nesta situação houve o enfrentamento do caso concreto pelo tribunal de segunda instância, apesar dele ter ocorrido em separado, diante da cisão do julgamento⁴³⁸.

436 BRASIL, STJ. ProAfR no REsp 1881272/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 26/11/2021.

437 Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha ponderam que considerar o acórdão do IRDR, que foi julgado com base na sistemática do “procedimento-modelo”, como irrecorrível, por não ter havido a decisão de nenhum caso, “é uma interpretação que se pode considerar como conservadora. Adapta-se, para o incidente de julgamento de casos repetitivos, o entendimento tradicional do STF criado para o incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, consolidado em enunciado 513 da sua súmula: somente cabe o recurso extraordinário contra a decisão que aplicar a tese firmada pelo plenário ou órgão especial, não sendo cabível recurso contra o acórdão que julgar o incidente. Para este entendimento, ‘decisão de causa’, nos termos dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, pressuposto para cabimento do recurso extraordinário ou especial, significa ‘decisão de um caso’. Se o tribunal somente fixasse a tese, sem julgar o caso, não caberia recurso extraordinário ou recurso especial. Seria preciso esperar a aplicação da tese às causas sobrestadas para, então, caber o recurso especial ou o recurso extraordinário, a exemplo do que ocorre no incidente de inconstitucionalidade”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 324).

438 Eis o voto do Ministro Gurgel de Faria (Relator) acerca desta questão e fazendo a distinção com a Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.881.272/RS: “Merece maior atenção, entretanto, a análise do pressuposto constitucional contido no art. 105, inciso III, da Carta Política, relativo à existência de causa decidida em única ou última instância. Conforme dito acima, o TJ/SP cindiu o julgamento do processo, vindo a proferir um acórdão no IRDR, para firmar a tese, e outro na apelação, para decidir o caso concreto, em desatenção à regra contida no parágrafo único do art. 978 do CPC/2015: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.” Assim, julgada a causa pelo Tribunal de origem, com exaurimento de instância, preenchido está tal requisito constitucional, sendo desinfluyente o fato de órgãos diversos de um mesmo tribunal terem examinado em momentos diferentes a tese jurídica e o caso concreto. Cumpre ressaltar que o novo Código de Processo Civil prestigia de tal modo a uniformização da jurisprudência, sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926, caput), especialmente por meio de precedentes obrigatórios, que permite o julgamento do mérito do IRDR mesmo nos casos de “desistência ou abandono do processo” originário (art. 976, § 1º). Nesse panorama, eventual equívoco procedimental cometido pela Corte estadual não pode prejudicar o interesse de parte, no caso, da Fazenda Pública municipal, de rever a tese jurídica firmada no julgamento do IRDR, que, como cediço, orienta, com caráter vinculativo, o julgamento de feitos idênticos. Acrescento, por oportuno, que a situação dos autos é distinta daquela tratada no julgamento do ProAfR no Recurso Especial n. 1.881.272/RS, publicado no DJe de 26/11/2021, em que fiquei como relator para o acórdão. Nessa ocasião, verificou-se que o Tribunal Regional

Portanto, considerando que o Código de Processo Civil admite expressamente o cabimento de Recurso Extraordinário e/ou Especial contra o acórdão que julga o mérito do IRDR (artigo 987), bem como prevê a legitimidade do *amicus curie* para interpor recurso contra o referido *decisum* (artigo 138, §3º), mostra-se necessário e adequado que os Tribunais de segunda instância julguem o IRDR sob a sistemática da “causa-piloto”, de modo a permitir o conhecimento dos recursos excepcionais pelos tribunais superiores, diante da resolução de um caso concreto, em única ou última instância, em atenção ao disposto nos artigos 102, III, e 105, III da Constituição da República de 1988.

Por todo o exposto, conclui-se que, para o tratamento adequado da litigiosidade repetitiva, é importante que se entenda que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da “causa-piloto”, no âmbito do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, com o julgamento por completo a causa representativa da controvérsia e a fixação da tese jurídica (unicidade cognitiva e decisória).

3.2.2. Pressupostos de admissibilidade

3.2.2.1. Pressupostos de admissibilidade do IRDR

O artigo 976, incisos I e II, do Código de Processo Civil estabelece o cabimento do IRDR quando houver, simultaneamente: (I) efetiva repetição de processos; (II) controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (III) existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Além disso, a análise do ordenamento jurídico brasileiro evidencia que ainda são necessários os seguintes requisitos para a admissibilidade do IRDR: (IV) inexistência de afetação da questão de direito material ou processual repetitiva no âmbito dos tribunais superiores, sob o rito dos recursos repetitivos (caráter subsidiário do incidente); e (V) necessidade de existência de

Federal da 4ª Região decidiu tese jurídica sob o rito do IRDR sem que tivesse havido qualquer julgamento acerca do caso concreto, o qual nem sequer era de sua competência, por se tratar de matéria afeta aos Juizados Especiais Federais. Já na hipótese ora em exame, houve enfrentamento do caso concreto pela Corte de origem, não obstante tenha ocorrido em separado, o que demonstra a diferença entre os dois cenários. Satisfeitos, portanto, todos os requisitos processuais de admissibilidade, conheço do recurso especial, passando, doravante, ao exame de seu mérito.” (BRASIL, STJ, REsp 1937821/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022).

recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal.

Tais pressupostos são cumulativos, de modo que o não preenchimento de qualquer um deles inviabiliza ou prejudica a admissibilidade do IRDR.

3.2.2.1.1. *Efetiva repetição de processos*

O IRDR é mecanismo para o tratamento e solução da litigiosidade repetitiva. A exigência de efetiva repetição de processos revela que o IRDR não tem caráter preventivo.

No âmbito do processo legislativo do Código de Processo Civil vigente, o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas (artigo 895) e o Projeto de Lei nº 166/2010 aprovado no Senado Federal (artigo 930) previam que era cabível o IRDR “sempre que identificada controvérsia com *potencial* de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de fato e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

Portanto, caso tivesse sido aprovada essa redação, seria possível a instauração do IRDR de forma preventiva, sem que houvesse a necessidade de multiplicidade de demandas acerca da questão de direito comum⁴³⁹.

Ocorre que, após fortes críticas de parte da doutrina⁴⁴⁰, em debates e audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados, houve alteração do texto

439 Defendendo o caráter preventivo do IRDR, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues ponderam: “Outra importante constatação acerca deste primeiro artigo que disciplina o incidente refere-se ao seu caráter preventivo. Com efeito, a expressão “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos” deixa evidente tal característica. E é altamente desejável que assim o seja, tendo em vista que um dos seus objetivos precípuos é justamente o de evitar a coexistência de decisões conflitantes, provocadora da insegurança jurídica que tanto descontenta nossa sociedade. No que diz respeito ao momento de sua instauração, há quem sustente que o ideal seria que o incidente fosse suscitado somente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Para esta parcela da doutrina, o incidente deveria ter apenas caráter repressivo e respeitar um maior amadurecimento da questão no âmbito do processamento das demandas repetitivas no primeiro grau. Com efeito, uma vez acolhida tal proposta, restaria comprometido o caráter nitidamente preventivo que a comissão de juristas designada para elaborá-lo procurou atribuir ao procedimento-modelo.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. “Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 211, Set/2012, p. 191-207 – versão digital).

440 A título de exemplo, eis a crítica apresentada por Leonardo José Carneiro da Cunha: “Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados

legislativo para dispor acerca da necessidade de *efetiva* repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito⁴⁴¹.

Entende-se adequada a vedação ao caráter preventivo do IRDR, na medida em que o modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro deve ocorrer com o esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica.

Dierle Nunes destaca que “padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo em um contraditório dinâmico”, de modo que é necessário que o órgão julgador tenha “o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie”. Nesse sentido, conclui o jurista que “o papel do IRDR deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate”⁴⁴².

A utilização precoce do IRDR, sem que um significativo número de litigantes tenha apresentado em juízo os seus argumentos acerca da tese jurídica, bem como que diversos órgãos jurisdicionais tenham apreciado a matéria de direito, poderia

todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, preventivamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 193, mar./2011, p. 262). No mesmo sentido: NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 267-268.

441 Luiz Henrique Volpe Camargo criticou a alteração do projeto de lei realizada pela Câmara dos Deputados, sustentando que a modificação legislativa retirou “a possibilidade de instauração do incidente preventivo, ou seja, antes da concreta reprodução massificada de causas. (...) a versão do Senado é mais afinada com um dos principais objetivos do incidente, que é desafogar o Poder Judiciário de questões repetitivas”. (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*. vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 283)

442 NUNES, Dierle José Coelho. Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 267-268

culminar em decisões-modelos desconectada da realidade fática dos casos concretos⁴⁴³.

A necessidade da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito promove o amadurecimento da discussão, com a ampliação dos argumentos acerca da tese jurídica pelos litigantes.

A mera discussão teórica acerca da correta interpretação de determinada norma jurídica não autoriza a instauração do IRDR. Contudo, importante destacar que, para o cabimento do IRDR, não se exige uma grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão de direito; basta que haja efetiva repetição capaz de gerar risco aos princípios da isonomia e da segurança jurídica⁴⁴⁴. Além disso, o requisito da efetiva repetição pode ser relativizado e ponderado de acordo com o volume de processos e o tamanho de cada tribunal.

Para ilustrar tal fato na realidade prática dos tribunais, cita-se o “I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs” da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), coordenado pelo Professor Camilo Zufelato. Este relatório analisou os IRDRs suscitados nos Tribunais Estaduais e nos Tribunais Regionais Federais brasileiros, no período de 16 de março de 2016 (data de vigência do Código de Processo Civil de 2015) a 15 de junho de 2018. A análise dos acórdãos de admissão dos IRDRs revelou que, na maior parte dos casos, o tribunal não apurou o requisito da efetiva repetição de processos, a partir de fundamentação com base em dados⁴⁴⁵:

443 GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. “Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de informação legislativa: RIL*. Vol. 52, n. 208, p. 189-202, out./dez. 2015, p. 193.

444 Enunciado nº 87 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 626; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 914.

445 ZUFELATO, Camilo (Org) et al. *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019, p.82. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/1o-relatorio-de-pesquisa-do-observatorio-brasileiro-de-irdrs/>>.

Figura 1 — Tabela 15 – Efetiva Repetição

Análise da efetiva repetição de processos	Número de incidentes
Fundamentação em dados	148
Mera menção de que existe ou inexistente repetição, sem apresentar dados	212
Não foi possível constatar	317
Total Geral	677

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDRs

Fonte: Observatório Brasileiro de IRDRs

Destaca-se, ainda, que, na hipótese de existir demanda com relevante questão de direito, com grande repercussão social, porém sem efetiva repetição de processos, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o cabimento do Incidente de Assunção de Competência (artigo 947 do CPC), que também tem a função de formar precedentes obrigatórios/vinculantes.

Desse modo, constata-se que o IRDR é um instituto concebido para exercer uma função *repressiva* (e, não, *preventiva*) de controvérsias, de modo que é necessário comprovar a efetiva repetição de processos envolvendo a mesma questão de direito.

3.2.2.1.2. Questão unicamente de direito

A finalidade do IRDR é a resolução de controvérsia acerca de questão comum “unicamente de direito” (artigo 976, inciso I, do CPC), com a fixação da tese jurídica. O objeto do IRDR são questões de direito material ou processual, sendo vedada a sua admissão para a definição de questões de fato.

O artigo 928, parágrafo único, do CPC é expresso em reconhecer que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou

processual, não havendo qualquer restrição de matéria jurídica que possa ser objeto do IRDR.

Parte da doutrina, por meio do Enunciado nº 88 do Fórum Permanente dos Processualistas Civil, dispõe que “não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento”.

Nesse ponto, a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos por meio do IRDR mostra-se mais ampla e abrangente do que em relação às ações coletivas, na medida em que o legislador pátrio impôs a restrição do uso do processo coletivo para algumas matérias, como as pretensões de natureza tributária, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985⁴⁴⁶.

Além disso, torna-se importante destacar que é possível a instauração do IRDR com base em processos que abordem casos heterogêneos (que não contêm causa de pedir e pedido similares), não havendo necessidade da efetiva repetição de demandas que versem necessariamente sobre um direito individual homogêneo. É possível que exista uma diversidade de processos que versam sobre alguma questão de direito processual comum (por exemplo, a possibilidade de incidência de multa cominatória no caso de descumprimento de obrigação de exhibir documentos ou coisa⁴⁴⁷), mas as ações não tratam de pretensões isomórficas, na medida em que não há similitude de direito material vinculado a elementos de fato ou de direito comuns (por exemplo, as demandas versam sobre direito bancário, previdenciário ou securitário).

Destacando que é necessário individualizar o tema *questão* de direito, diferenciando-o do caso, Hermes Zaneti Jr. pondera que, “como o incidente pode versar sobre apenas parcela da controvérsia, não necessariamente será um caso (no

446 Vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985: "Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) Parágrafo único: Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

447 Esta matéria foi objeto do Tema Repetitivo nº 1000 do STJ.

sentido de causa) repetitivo que será discutido, mas apenas a *questão* repetitiva, comum a muitos processos”⁴⁴⁸.

Apesar da lei utilizar o termo “demandas repetitivas” (inclusive para a denominação do instrumento processual), o IRDR é cabível para tratar também causas heterogêneas, quando elas apresentam áreas de homogeneidade, relativas à determinada questão comum, independente de eventual similitude de causa de pedir e pedido^{449 450}.

A única restrição ao objeto do IRDR refere-se à matéria de questão de fato. Nesse sentido, constata-se que o IRDR pressupõe a individualização ou o isolamento da uma questão e direito, que, apesar de estar vinculada ou apoiada a determinadas circunstâncias fáticas, não pode exigir a investigação probatória⁴⁵¹.

Recorde-se, inclusive, que essa opção do legislador brasileiro de impedir a instauração do IRDR acerca de questões de fato é contrária aos outros mecanismos de tratamento da litigiosidade repetitiva existentes em modelos estrangeiros, como a

448 ZANETI JR., Hermes. “Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro”. In: *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 492.

449 Luiz Guilherme Marinoni ensina que “o incidente propõe-se a julgar uma ‘questão’ e não propriamente demandas repetitivas. Isso tem grande importância, pois as demandas repetitivas, embora dependam do julgamento de uma mesma questão, certamente podem exigir a consideração de outras circunstâncias, que podem variar conforme cada uma das ações individuais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51)

450 Antonio Adonias Aguiar Bastos aponta que as demandas de massa são categorizadas pelo critério de “identidade em tese, e não em concreto, da causa de pedir e do pedido, associada à repetição em larga escala. A elas contrapõem-se demandas *que lhes são* heterogêneas, cujos elementos objetivos encerram traços distintivos, não guardando similitude *com aquelas* causas homogêneas, nem *o mesmo* julgamento conjunto ou com base *nos mesmos* precedentes. (...) Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar. São as demandas-tipo, que versam sobre questões afins, cujos liames jurídicos concretos são similares entre si, embora não consistam num só e mesmo vínculo. As demandas homogêneas se identificam no plano abstrato, no que diz respeito à questão fática ou jurídica em tese, mas não no âmbito de cada situação concreta.” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. 2012, 266p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. – versão digital).

451 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54

Group Litigation Order (GLO) do direito inglês⁴⁵² e o *Musterverfahren* do direito alemão⁴⁵³.

Nesse sentido, por exemplo, não seria cabível o IRDR para se apurar as causas do rompimento de determinada barragem de mineração; contudo, é possível a instauração do incidente para fixar: (I) se a responsabilidade civil da mineradora é objetiva ou subjetiva em relação aos prejuízos causados às vítimas desse acidente ambiental (questão de direito material); e (II) se os Juizados Especiais Cíveis teriam competência para processar e julgar essas ações indenizatórias, diante de eventual alegação da imprescindibilidade de produção de prova pericial complexa⁴⁵⁴ (questão de direito processual).

Ocorre que a cisão da cognição judicial entre fato e direito é complexa⁴⁵⁵ e pode evidenciar uma artificialidade perigosa, na medida em que o afastamento do órgão julgador dos fatos relativos ao caso concreto do aresto paradigma acarreta na aplicação automática do precedente judicial, sem a observância da necessária correlação entre as circunstâncias fáticas dos casos⁴⁵⁶.

Antonio do Passo Cabral pondera que, “se na atividade de cognição judicial, fato e direito estão indissociavelmente imbricados, a abstração excessiva das

452 Reconhecendo que a *Group Litigation Order* (GLO) do direito inglês admite questões de fato e de direito: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 558; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 359.

453 Reconhecendo que o *Musterverfahren* do direito alemão admite questões de fato e de direito: CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 132.

454 Esta matéria foi objeto do IRDR nº 1.0105.16.000562-2/001, no âmbito do TJMG, referente ao rompimento da barragem da Samarco (Rio Doce).

455 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha asseveram que “é muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que a questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 626-627).

456 Júlio César Rossi aponta que a cisão da cognição judicial entre fato e direito é “fantasiosa na medida em que, firmada a tese vinculante no bojo de um IRDR, dificilmente saberemos distinguir o que é uma matéria ou questão de direito e o que é de fato, aplicando nosso precedente à brasileira por critério de silogismo ou mero procedimento”. (ROSSI, Júlio César. “O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 208, jun/2012, p. 233).

questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão⁴⁵⁷.

Note-se que a opção do legislador de vedar a instauração do IRDR para as matérias de fato está em dissintonia com o papel constitucional dos tribunais de segunda instância, que, em regra, são cortes de revisão, que cuidam de fazer a subsunção do fato à norma⁴⁵⁸. Desse modo, o fato do objeto do IRDR restringir-se às questões unicamente de direito evidencia a inequívoca tendência de também atribuir aos tribunais de segunda instância o papel de elaboração de normas gerais e abstratas⁴⁵⁹.

Conclui-se, portanto, que o IRDR é cabível para a resolução de controvérsia relativa à determinada questão unicamente de direito, diante de discordância acerca da interpretação da norma jurídica, que independa de dilação probatória.

3.2.2.1.3. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

O IRDR é mecanismo de tratamento da litigiosidade repetitiva, que visa a assegurar os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica aos litigantes, diante da existência de casos repetitivos, que versam sobre questão de direito material ou processual comum.

Decorre do princípio da isonomia a necessidade de conferir resolução semelhante para aqueles litigantes que se encontram em situação idêntica ou similar.

457 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 132-133.

458 Neste sentido, Daniel Carneiro Machado destaca que “essa tentativa do legislador de proceder à cisão entre os dois fenômenos revela uma tendência de atribuir aos tribunais de segundo grau a prerrogativa de elaboração de normas cada vez mais gerais e abstratas, cada vez mais distantes das peculiaridades dos casos concretos, o que foge ao tradicional papel do Poder Judiciário de fazer a subsunção do fato à norma para a composição da lide no caso concreto. Esse distanciamento se mostra mais alarmante no caso do IRDR, porquanto o papel constitucional dos tribunais locais e regionais como meras cortes de revisão não é o de estabelecer teses jurídicas gerais e abstratas, mas o de proceder à subsunção dos fatos às normas para composição dos litígios que se apresentam”. (MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93).

459 GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. “Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Vol. 52, n. 208, p. 189-202, out./dez. 2015, p. 193.

Em vista disso, mostra-se necessário que o ordenamento jurídico não trate essas demandas repetitivas de forma isolada; mas, sim, por meio de instrumentos que garantam uma solução uniforme, a fim de evitar e eliminar as divergências jurisprudenciais.

A segurança jurídica também é outra garantia constitucional a ser observada pelos mecanismos de resolução da litigiosidade repetitiva. Leonardo Carneiro da Cunha destaca que a segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em duas vertentes: (I) “manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada”; e (II) “garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais”⁴⁶⁰.

A necessidade de uniformização do entendimento jurisprudencial acerca de determinada questão de direito assegura essa previsibilidade aos indivíduos, na medida em que passa a orientar o seu comportamento.

Atualmente, não se mostra razoável e desejável que os jurisdicionados continuem recebendo provimentos judiciais absolutamente diversos, em casos substancialmente iguais, principalmente nas demandas repetitivas, que decorrem de interesses de massas, que envolvem milhares (ou até milhões) de pessoas⁴⁶¹. Desse modo, o artigo 976, inciso II, do Código de Processo Civil disciplina o cabimento do IRDR quando houver “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. Esse requisito reforça a função do IRDR de formação de precedentes obrigatórios/vinculantes, no âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos.

O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica estará configurado quando houver sentenças ou decisões interlocutórias divergentes, não bastando a simples repetição de processos sobre a mesma questão de direito.

Entende-se, portanto, que a existência de prévia controvérsia acerca do tema é requisito para a instauração do IRDR, de modo que deve ser demonstrada decisões

460 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *Revista de Processo*. vol. 179, jan/2010, p. 139-174 – versão digital

461 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 133.

com interpretações divergentes, a justificar uma atual e efetiva insegurança e tratamento desigual^{462 463}.

Humberto Theodoro Júnior ensina que, para a instauração do IRDR, o Código de Processo Civil exige “que seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da norma jurídica”, de modo que o incidente “não foi concebido para exercer uma função *preventiva*, mas *regressiva* de controvérsias jurisprudenciais preexistentes”.⁴⁶⁴

A existência de decisões divergentes acerca da questão de direito comum favorece o debate e implica no amadurecimento dos fundamentos referentes a correta interpretação da norma jurídica, de modo a estimular a formação de um precedente judicial mais qualificado⁴⁶⁵.

462 Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 627; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 1.441; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 593-594; MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 96-98; GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. “Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista de informação legislativa: RIL*. Vol. 52, n. 208, p. 189-202, out./dez. 2015, p. 194; ROSSI, Júlio César. “O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 208, jun/2012, p. 231.

463 Em sentido contrário, defendendo que não é necessária a existência de julgamentos conflitantes acerca do tema: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 420-421.

464 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 914

465 Daniel Amorim Assumpção Neves aponta que: "Cabe registrar que no projeto aprovado originariamente no Senado o incidente tinha natureza preventiva porque poderia ser instaurado quando 'identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito'. A redação aprovada afasta essa realidade a exigir a existência de múltiplos processos, dando a entender que a questão jurídica deve ser enfrentada e decidida em diversos processos antes de ser instaurado o incidente processual. A redação final do dispositivo deve ser elogiada porque é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. O dissenso inicial, apesar de ofender a isonomia e a segurança jurídica, é essencial para uma maior exposição e mais aprofundada reflexão sobre todos os entendimentos possíveis a respeito da matéria. Compreende-se o temor de parcela da doutrina de que não se pode esperar que o caos se instaure em primeiro grau, com milhares de decisões conflitantes, para só então se instaurar o incidente. E nesse sentido essa corrente doutrinária defende que a mera existência de algumas dezenas de processos, que versem sobre uma mesma matéria jurídica que, inexoravelmente, gerará muitos outros, já seja o suficiente para a insaturação do IRDR. Entendo que deve ser encontrado um meio termo. Não se deve admitir o IRDR quando exista apenas um risco de múltiplos processos com decisões conflitantes, como também não será plenamente eficaz o IRDR a ser instaurado quando a quebra da segurança jurídica e da isonomia já forem fatos

Daniel Carneiro Machado defende que a interpretação teleológica mais coerente com as garantias fundamentais do processo “impede a instauração prematura do IRDR antes que efetivamente existam posicionamentos antagônicos sobre a questão jurídica isomórfica”. O autor sustenta que a exigência de controvérsia jurisprudencial preexistente ao IRDR favorece “o debate processual para que a tese jurídica somente seja firmada por meio do incidente a partir do surgimento de ampla divergência”⁴⁶⁶.

Constata-se, portanto, que não é suficiente o mero receio de decisões conflitantes (*timor ne varie dicetur*) acerca da questão jurídica comum, sendo necessária a efetiva existência de provimentos judiciais com entendimentos divergentes, para que se configure o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica capaz de autorizar a instauração do IRDR.

3.2.2.1.4. *Inexistência de afetação da questão de direito repetitiva no âmbito dos tribunais superiores*

Os dois principais institutos processuais que compõem o microsistema de julgamento de casos repetitivos são o IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos. Ocorre que o IRDR tem caráter subsidiário em relação ao rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, na formação da tese jurídica e uniformização da jurisprudência.

O parágrafo 4º do artigo 976 do Código de Processo Civil prevê um requisito negativo para a instauração do IRDR, ao estabelecer que não é cabível o incidente 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. Da mesma forma, também não era admissível o IRDR quando o tribunal superior já tiver fixado a tese no julgamento de algum recurso representativo da controvérsia, sob o rito dos repetitivos.

consumados. A instauração, dessa forma, precisa de maturação, debate, divergência, mas não pode demorar demasiadamente a ocorrer”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.401)

466 MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 97.

Esse caráter subsidiário do IRDR traz coerência ao ordenamento jurídico, na medida em que não faz sentido admitir a instauração do incidente (e conseqüentemente utilizar-se da prestação jurisdicional do tribunal de segunda instância), se um dos tribunais superiores já adotou o procedimento necessário para decidir a controvérsia e fixar a tese jurídica, que será vinculante em todo o território nacional (artigo 927 do CPC)⁴⁶⁷.

O IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos têm a mesma finalidade no tratamento da litigiosidade repetitiva, de modo que não faz sentido buscar resolver a mesma questão de direito de forma simultânea por meio dos dois institutos⁴⁶⁸.

A afetação de recurso para a definição de tese jurídica, sob o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, ou a anterior fixação da *ratio decidendi* pelos tribunais superiores têm efeito prejudicial externo à instauração do IRDR.

3.2.2.1.5. Necessidade de existência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal

Entende-se que, em regra, o IRDR adota o sistema de “causa-piloto” (julgamento por amostragem), no qual há o julgamento do caso concreto e a fixação da tese, com unicidade cognitiva e decisória, conforme analisado no item 3.2.1 deste trabalho. Portanto, é necessária a existência de recurso, remessa necessária ou

467 Neste sentido, Daniel Carneiro Machado aponta que “Trata-se de medida que confere coerência ao sistema processual já que, nessa hipótese, a definição da tese jurídica caberá ao tribunal superior, cuja atribuição para uniformização da interpretação jurídica é prevista na própria Constituição da República. Como é cediço o julgamento do tribunal superior surtirá efeitos sobre todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo primazia sobre as interpretações dos tribunais locais, de modo que a instauração do IRDR seria inócua. O IRDR possui, portanto, papel subsidiário quanto à definição de teses jurídicas e uniformização jurisprudencial, cedendo espaço para a atuação preponderante do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cuja atribuição de uniformização da interpretação da Constituição e da legislação federal infraconstitucional é extraída da própria Constituição.” (MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98-99).

468 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 977.

processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal para a instauração do IRDR^{469 470}.

Por meio da análise desse recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, o órgão julgador competente (de acordo com o regimento interno do tribunal) irá resolver o mérito do caso concreto e fixar a tese jurídica a ser aplicada aos demais casos semelhantes (artigo 978, parágrafo único).

A Segunda Turma do STJ, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.470.017/SP, por unanimidade, entendeu que “o cabimento do IRDR, condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada”⁴⁷¹.

Destaca-se, ainda, que alguns tribunais têm inserido em seu regimento interno a exigência de causa pendente em segunda instância como requisito de admissibilidade do IRDR. Por exemplo, o artigo 261, §2º, do Regimento Interno do

469 Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 2016, p. 1436-1441; p. 318-319; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318-319; ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1399; MACHADO, Daniel Carneiro. A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98-104; SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021, p. 125; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, abr., 2012, p. 252; BRASIL, TJMG, IRDR nº 1.0000.20.450926-9/002, Relator: Des. Renato Dresch, 1ª Seção Cível, julgamento em 20/04/2021; BRASIL, TJMG, IRDR nº 1.0312.18.001321-0/004, Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 2ª Seção Cível, julgamento em 29/09/2020; BRASIL, TJGO, IRDR nº 0110797-61.2016.8.09.0000, Relator: Des. Itamar de Lima, Corte Especial, julgamento em 28/06/2017; BRASIL, TJES, IRDR nº 100190043917, Relator: Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho, Tribunal Pleno, julgamento em 14/11/2019; BRASIL, TJSC, IRDR n. 5030513-85.2021.8.24.0000, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgamento em 25-08-2021; BRASIL, TJDFT, IRDR nº 07401476020208070000, Relator: Mario-Zam Belmiro, Câmara de Uniformização, julgamento em 17/5/2021.

470 Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

471 BRASIL, STJ, AREsp 1470017/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

TJPR estabelece que o IRDR “somente será admitido pelo Presidente do Tribunal se já existir em tramitação, no 2º grau, processo de competência originária, remessa necessária ou recurso que verse sobre a questão de direito repetitiva, possibilitando seja este feito selecionado como representante da controvérsia”. Em sentido semelhante, é a redação do artigo 222, §2º, do Regimento Interno do TJBA⁴⁷². O Regimento Interno do TJPE é ainda mais expresso, na medida em que o seu artigo 433⁴⁷³ relaciona a “existência de causa pendente no tribunal” juntamente (e de forma cumulativa) com os demais requisitos de admissibilidade do IRDR, previstos no artigo 976 do CPC.

Ocorre que essa questão ainda é controvertida nos tribunais. No julgamento do Recurso Especial nº 1.631.846/DF, os Ministros que compõem a Terceira Turma do STJ apresentaram exposições acerca necessidade de existência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal⁴⁷⁴. Nesta ocasião, por um lado, os Ministros Marco Aurélio Bellizze e Paulo Dias de Moura Ribeiro posicionaram expressamente no sentido de que o IRDR adota o sistema do “procedimento-modelo”, de modo que a existência de causa pendente não é condição *sine qua non* para a instauração do IRDR. Por outro lado, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva entenderam que “é necessária a existência de causa pendente no próprio Tribunal de Justiça”, por força do artigo 978, parágrafo único, do CPC⁴⁷⁵.

A exigência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal está em consonância com o princípio

472 Eis a redação do artigo 222, §2º, do regimento interno do TJBA: “Art. 222 (...) § 2º – O incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado por Juiz de Direito somente será admitido se houver, no Tribunal, processo de competência originária, remessa necessária ou recurso que verse sobre a questão de direito repetitiva, que será selecionado como representativo da controvérsia.”

473 Eis a redação do artigo 433 do Regimento Interno do TJPE: “Art. 433. É admissível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, existência de causa pendente no tribunal, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, observando-se o disposto no art. 976 e seguintes do Código de Processo Civil.”

474 Acerca desse julgamento, ver o seguinte artigo: RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 103-109.

475 BRASIL, STJ, REsp 1631846/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrihí, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

constitucional do contraditório efetivo e substancial, na medida em que permite um maior debate acerca da questão de direito controvertida, possibilitando o amadurecimento dos argumentos favoráveis e contrários no procedimento de formação de tese jurídica vinculante.

A instauração do IRDR a partir de processos em trâmite somente na primeira instância, sem que haja a indicação de algum caso pendente de julgamento no tribunal, faria com que a tese jurídica vinculante fosse formada sem que qualquer órgão judiciário de primeiro grau daquele estado ou região tivesse apreciada e decidida acerca da questão de direito controvertida⁴⁷⁶. Ou seja, haveria a formação de um precedente vinculante (artigo 927, inciso III, do CPC) de menor qualidade, diante da inobservância do contraditório efetivo e substancial.

Dierle Nunes aponta que uma das premissas essenciais para a utilização dos precedentes judiciais é o "esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente)". Segundo o autor, "ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado". O esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados é premissa basilar para o exercício adequado do direito jurisprudencial. Desse modo, o referido doutrinador conclui que "mostra-se estranha a formação de um 'precedente' a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos

476 Luiz Norton Baptista de Mattos destaca que, "se o incidente pudesse ser instaurado a partir de processos em tramitação no primeiro grau de jurisdição, estaria aberta a possibilidade de o tribunal fixar a tese jurídica sem que qualquer juízo de primeira instância do estado ou região tivesse se pronunciado a seu respeito. O tribunal seria o primeiro órgão jurisdicional no estado ou região a decidir a questão jurídica repetitiva, sem que qualquer juízo de primeiro grau tivesse proferido sentença ou decisão a seu respeito. Basta imaginar a hipótese na qual começasse a haver a distribuição de várias ações semelhantes referentes a uma questão jurídica, inédita nos meios forenses, e os órgãos judiciários de primeiro grau de determinado estado ou região, antes mesmo da citação, oficiassem ao presidente do tribunal e fosse instaurado o incidente, com a suspensão de todos os processos referentes à questão jurídica comum. A fixação da tese pelo tribunal ocorreria sem que qualquer órgão judiciário de primeiro grau daquele estado ou região tivesse decidido o tema. E a mesma situação poderia se repetir em todos os demais estados e regiões, de modo que, após a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, as questões jurídicas repetitivas poderiam jamais ser examinadas por qualquer órgão judiciário de primeiro grau, passando a receber a sua primeira interpretação pelos tribunais estaduais ou regionais federais." (MATTOS, Luiz Norton Batista. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC". In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 170-171).

(especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores)⁴⁷⁷⁴⁷⁸.

Note-se que, no microsistema de julgamento de casos repetitivos, a adequada formação de precedente vinculante depende do prévio debate acerca da tese jurídica, com o esgotamento dos argumentos pertinentes à controvérsia, na medida em que o CPC: (I) prevê a possibilidade do relator requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto da matéria controvertida (artigos 982, inciso II; e 1.038, inciso III); (II) autoriza a sustentação oral dos litigantes do processo originário (representativo da controvérsia) e dos demais interessados (artigos 984, inciso II); e (III) determina que o acórdão do precedente vinculante abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (artigos 984, §2º; e 1.038, §3º).

O fato de o CPC atribuir legitimidade ao juízo de primeiro grau para a instauração do IRDR (artigo 977, inciso I) não dispensa a necessidade da existência de causa pendente de julgamento no tribunal. Nessa hipótese, o juízo de primeiro grau, ao constatar a litigiosidade repetitiva, poderá suscitar o IRDR, cabendo-lhe indicar algum recurso, remessa necessária ou processo de competência originária que esteja pendente de julgamento no tribunal.

Ressalta-se, contudo, que parte da doutrina e da jurisprudência brasileira entende que não é necessária a existência de causa pendente de julgamento no tribunal para a instauração do IRDR, sustentando que o disposto no artigo 978, parágrafo único, do CPC é apenas uma regra de prevenção a ser observada para os casos em que o incidente é instaurado a partir de processo já em curso na segunda

477 NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*. Vol. 199, ano 36, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, p. 66.

478 A doutrina italiana e francesa, especialmente no *civil law*, admitem a formação de precedente a partir de um único julgado, como na França com a “jurisprudence constante”. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que “no direito francês se usa o termo *jurisprudence constante* para designar a jurisprudência que revela uma vocação para a repetição e quando a ‘regra jurisprudencial’ não seja questionada, admitindo-se que um só julgado, em razão de ser portador de tais características, possa ser considerado, ainda que me potência, *jurisprudence constante*”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 10). Nesse sentido: COQ, Véronique. Que’est-ce que la ‘jurisprudence constante’? *Revue Française de droit administratif – rfd*. Paris: Dalloz, n. 2/2014, p. 225.

instância ou, futuramente, quando esse processo chegar ao tribunal, de modo a garantir a aplicação da tese firmada ao caso concreto^{479 480}.

Ocorre que, conforme destacado no item 3.2.1 deste trabalho, a instauração do IRDR sem que tivesse um caso pendente de julgamento no tribunal seria inconstitucional, na medida em que haveria a transferência de cognição de um processo originário (e não de um incidente) para o juízo de segunda instância, sem a prévia análise pelo juízo de primeira instância. Ou seja, o legislador ordinário estaria criando competências originárias para os tribunais estaduais e regionais, em afronta aos artigos 108 e 125, §1º, da Constituição da República de 1988.

Pelo exposto, entende-se que apenas seria possível ao legislador ordinário criar incidentes processuais para causas originais ou recursais que estejam pendentes de julgamento pelos tribunais.

3.2.2.2. *Pressupostos de admissibilidade dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos*

A técnica de julgamento dos recursos (extraordinário ou especial) repetitivos, no âmbito do STF⁴⁸¹ e do STJ, visa a: (I) promover a gestão da litigiosidade repetitiva, decorrente do excesso de recursos versando sobre idêntica questão de direito que

479 Defendendo que não é necessária a existência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 108-120; OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. “Os requisitos do IRDR: entre o procedimento-modelo e a causa-piloto”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 45-102; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 103-109; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 594-595; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – A luta contra a excessiva dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: RT, 2016, p. 269-271; BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 613; BRASIL, TJMG, IRDR nº 1.0000.18.015868-5/001, Relator: Des. Afrânio Vilela, 1ª Seção Cível, julg. 05/10/2018.

480 Eis o Enunciado nº 22 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado – ENFAM: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.”

481 Em relação ao STF, importante destacar que a Corte não vem utilizando a técnica do repetitivo do CPC, ao que tudo indica em razão da repercussão geral do recurso extraordinário, que já resolve a questão da vinculatividade.

eram distribuídos nos tribunais superiores; e (II) formar precedentes obrigatórios/vinculantes.

A técnica dos recursos repetitivos aplica-se quando houver a multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito (artigo 1.036 do CPC).

O CPC/2015 aperfeiçoou e revigorou a técnica de julgamento de recursos repetitivos (prevista no CPC/1973, no artigo 543-C, para os recursos especiais), na medida em que amplia o uso do rito dos recursos repetitivos também para os recursos extraordinários múltiplo. No CPC/1973, quando constatada a multiplicidade de recursos extraordinários sobre a mesma questão de direito, tratava-se essa litigiosidade apenas pelo procedimento deliberativo da repercussão geral da questão constitucional (artigo 543-B), não autorizando o implemento da técnica do julgamento por amostragem (julgamento repetitivo)⁴⁸².

A afetação do recurso é atribuição *ex officio* do tribunal, de modo que é juridicamente desnecessária e/ou indiferente a formulação de pedido por um dos litigantes (recorrente, recorrido ou interessado) para que se processe o recurso sob o rito dos repetitivos. O critério para a mudança do processamento normal do recurso para a técnica do julgamento repetitivo é apenas quantitativo, depende apenas da verificação pelo tribunal da existência de multiplicidade de recursos versando sobre a mesma matéria de direito⁴⁸³.

A controvérsia em torno de uma mesma questão de direito (*thema decidendum*) também é pressuposto para a conversão do rito recursal, diante da finalidade da técnica de formar precedentes obrigatórios/vinculantes que uniformizem a interpretação acerca da norma jurídica.

A cumulação de pedidos recursais, comum na prática forense, também não é óbice para a afetação do recurso. O CPC estabelece que, quando os recursos repetitivos afetados para julgamento contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir a questão de direito repetitiva em

482 FREIRE, Alexandre. Comentários aos arts. 1.036 a 1.042. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1439

483 JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR; Délio Mota de. "Recursos Extraordinário e Especial repetitivos". *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 255.

primeiro lugar e depois julgar as demais, em acórdão específico para cada processo (artigo 1.037, §7º).

A seleção dos recursos representativos da controvérsia, para serem julgados sob o rito dos recursos repetitivos, deve observar também o preenchimento dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos para admissão do recurso. Os pressupostos intrínsecos dos recursos são: cabimento e adequação, interesse e legitimidade recursais; e a inexistência de fato extintivo ou impeditivo ao direito de recorrer. Já os pressupostos extrínsecos para admissão do recurso são preparo, regularidade formal e tempestividade.

O recurso inadmissível, por não preencher algum dos pressupostos intrínsecos e/ou extrínsecos, não pode ser afetado como aquele representativo da controvérsia. Nesse caso, o não preenchimento dos pressupostos recursais afasta a competência constitucional do STF e do STJ para procederem ao julgamento do mérito desse específico recurso. O exame dos pressupostos recursais precede ao exame do mérito e, uma vez ausentes, torna prejudicado o julgamento do mérito⁴⁸⁴.

Diante da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, compete ao tribunal escolher e afetar como representativo da controvérsia aqueles recursos que cumprem todos os requisitos de admissibilidade, para que o órgão julgador possa analisar o mérito recursal.

3.2.3. Contraditório e participação dos litigantes e interessados

No item 3.2.1 deste trabalho, constatou-se que, no microssistema de julgamento de casos repetitivos, em regra, o órgão julgador decidirá a questão de direito repetitiva a partir do julgamento por amostragem de processo(s) representativo(s) da controvérsia (causa-piloto). Com base na resolução de casos escolhidos como representativos da controvérsia, o órgão julgador fixará a tese jurídica (*ratio decidendi*), que servirá de parâmetro para ser aplicada aos demais processos pendentes e futuros que envolvam a mesma questão de direito.

484 JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR; Délio Mota de. "Recursos Extraordinário e Especial repetitivos". *Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 255.

A técnica de julgamento por amostragem, adotada no microssistema de julgamento de casos repetitivos, faz com que a resolução de alguns poucos casos concretos (representativos da controvérsia) impacte no julgamento de outros diversos processos de outros litigantes (habituais e ocasionais).

Após a admissão do IRDR ou afetação do recurso sob o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, os demais processos pendentes (individuais ou coletivos), que versam sobre a mesma questão jurídica, devem permanecer suspensos, até que o órgão julgador fixe a tese jurídica (artigos 982, inciso I; 1.036, §1º; e 1.037, inciso II, do CPC).

Visando a assegurar a representatividade adequada dos litigantes, diante da repercussão do julgamento dos processos representativos das controvérsias nas demais causas, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de participação de alguns sujeitos, no procedimento de formação da tese jurídica.

Além das partes que integram o processo originário (representativo da controvérsia), o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de participação das seguintes pessoas interessadas na resolução da controvérsia: (I) os litigantes das causas repetitivas, que se encontram suspensas/sobrestadas; e (II) órgãos ou entidades (*amici curiae* ou “amigo da corte”), que têm condições de contribuir com informações relevantes acerca da matéria de direito objeto da lide, bem como dos reflexos que o julgamento da demanda podem acarretar na sociedade.

A participação desses interessados pode ocorrer, inclusive, por meio de audiência pública, na qual ouvirá depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento (artigos 983, §1º; e 1.038, inciso II, do CPC).

A busca da representatividade adequada dos litigantes tem a finalidade de garantir o direito constitucional de contraditório efetivo e substancial, necessário para assegurar o devido processo legal em qualquer procedimento. No caso do IRDR e da técnica dos recursos repetitivos, a preocupação com a garantia do contraditório deve ser ainda mais séria, por serem procedimentos que visam ao tratamento da litigiosidade repetitiva, cuja tese jurídica irá impactar o processo de diversos outros litigantes (habituais e ocasionais)

Para que esse ideal de representação concretize-se, é preciso que a escolha do caso paradigma seja adequada e que, no procedimento de formação da tese

jurídica, ocorra o debate todos os argumentos suscetíveis de influir na resolução do processo representativo da controvérsia. Assim, em consonância com o disposto no artigo 1036, §6º, do CPC, o processo selecionado deve conter abrangente argumentação e ampla discussão a respeito da questão jurídica a ser decidida.

O modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação da tese jurídica, no âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos, deve ocorrer mediante a adequada participação dos litigantes e dos interessados, que possibilite o esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da *ratio decidendi*.

3.2.3.1. O contraditório como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual⁴⁸⁵

No modelo constitucional de processo, o exercício da jurisdição pelo Estado deve ser feito dentro da inafastável estrutura metodológica normativa (devido processo legal), que assegure a democrática participação e influência dos jurisdicionados na formação das decisões. Os provimentos jurisdicionais, por sua vez, devem ser adequadamente motivados e entregues aos jurisdicionados de forma efetiva e tempestiva.

A Constituição da República de 1988 delineou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, que assegura o direito do contraditório entre as garantias processuais constitucionais⁴⁸⁶.

485 A expressão contraditório como “garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual” advém do seguinte artigo: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 107 - 141 – versão digital.

486 Ítalo Augusto Andolina ensina que "a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, como, por exemplo: a independência do Juiz; a estrutura participativa do *iter* de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na paridade de armas' etc.); a transparência e a legalidade do próprio produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma); a efetividade da tutela jurisdicional." (ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 22, n.87, jul./set. 1997, p. 64-65).

Fernando Gonzaga Jayme destaca que "a observância da garantia do devido processo legal visa a assegurar um processo justo que regula a atuação das partes e do juiz no procedimento que se realiza em contraditório".

Com a constitucionalização do processo, operada com o advento do Estado Democrático de Direito, "os institutos processuais passam, agora, a ser entendidos e lidos sempre a partir da perspectiva da estrutura constitucional do processo, ou seja, das garantias constitucionais mínimas do processo"⁴⁸⁷. Concebe-se, portanto, um modelo processual fundamentado nas garantias processuais previstas na Constituição.

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera ensinam que o modelo constitucional de processo é estruturado a partir de princípios e de garantias constitucionais processuais, estabelecidos na própria Constituição. Segundo esses juristas italianos, o modelo constitucional de processo possui as características da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade, como forma de adequar a interpretação da norma aos princípios e de garantias constitucionais⁴⁸⁸.

O intérprete do direito, no âmbito do exercício da função jurisdicional, deve ter uma postura proativa de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do provimento judicial, realizando pelo e no processo, as garantias constitucionais⁴⁸⁹.

487 ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53.

488 Eis os ensinamentos de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera: "a) na 'expansividade' (do modelo), consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais comuns concebidos pelo legislador ordinário, fisionomia essa que deverá ser compatível com aquele modelo (o constitucional); b) na 'variabilidade', consistente na possibilidade de assumir (o procedimento) formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos; c) na 'perfectibilidade', consistente na idoneidade (do modelo constitucional) de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no próprio respeito daquele modelo e em função de alcançar objetivos particulares) pode mesmo construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional." (ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 14-15).

489 Neste sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 161, ano 33, julho. 2008, p. 262; FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 247, 2015, p. 106-111.

Conforme preceitua Ítalo Andolina, o processo deve ser entendido como "instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a ideia-força de sua atuação concreta".^{490 491}

No atual modelo constitucional de processo, a interpretação e a aplicação do Direito devem observar, necessariamente, as normas constitucionais e os direitos fundamentais⁴⁹². Desse modo, o intérprete não deve analisar as normas processuais infraconstitucionais de forma isolada, mas sim de acordo com as garantias constitucionais⁴⁹³.

Constata-se, portanto, que o modelo constitucional de processo tem dois aspectos relevantes: (I) garantir o exercício de direitos processuais fundamentais dos cidadãos como meio de controle dos atos judiciais; e (II) assegurar que as normas processuais infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com as garantias constitucionais.

A partir do modelo constitucional do processo, nasce a ideia do processo justo, no qual a tutela jurisdicional é sempre assegurada (inafastabilidade do controle

490 ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 22, n. 87, p. 65.

491 Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho assenta que: "a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. (...). O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis. (...). O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional." (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 11-15).

492 Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ponderam que "se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. I - 2ª. ed., São Paulo, Ed. RT, 2016, p. 110).

493 Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade ensinam que "no Brasil existe direção constitucional para a cristalização do processo justo, que, além da eficácia imediata das próprias normas constitucionais, serve de guia ou farol para elaboração das leis infraconstitucionais e norte para o trabalho interpretativo dos operadores do ordenamento jurídico positivo, ponto agora expressamente reconhecida no CPC/2015, no seu capítulo inaugural das normas fundamentais, ao destacar. Logo no seu art. 1º, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil". (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. "Impactos da Constituição Federal na Evolução do Processo Civil". In: *30 Anos da CF e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 303 – 355, esp. p. 313)

jurisdicional) e prestada com observância às garantias constitucionais processuais, possibilitando que as partes participem da construção do provimento com absoluta paridade, de modo a influir com seus argumentos e provas no convencimento decisório do juiz, o qual deve ser, necessariamente, motivado, independente e imparcial⁴⁹⁴.

Conforme pondera o jurista italiano Nicolò Trocker, "justo não é qualquer processo que se limita a ser 'adequado' no plano formal. Justo é o processo que se desenvolve segundo os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e os valores aceitos pela coletividade".⁴⁹⁵

Na busca pelo exercício democrático da jurisdição, a teoria de Elio Fazzalari defendeu que o processo é um procedimento em contraditório (e não uma relação jurídica processual⁴⁹⁶), no qual há a participação e oitiva dos destinatários do provimento jurisdicional⁴⁹⁷.

494 Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior ensina que a "tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa somente seria a disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição. (...). Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de 'processo justo' em substituição à velha noção de 'devido processo legal'. (...). Em suma: o 'justo processo' não pode ser formalizado pelo legislador ordinário, nem aplicado pelos órgãos jurisdicionais, sem amoldar-se ao modelo constitucional. (...). Da constitucionalização do processo decorre um 'processo justo' que absorve, naturalmente, aqueles direitos fundamentais específicos do processo, como a garantia do juiz natural e a proibição do juízo de exceção (CF, art. 5º, XXXVII e LII), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e da motivação obrigatória das decisões judiciais (art. 94, IX)." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-243).

495 Tradução livre. No original: "Giusto, non è qualunque processo che si limiti ad essere 'regolare' sul piano formale. Giusto, è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività." (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano LV, 2001, p. 384).

496 Esse pensamento de Elio Fazzalari está em contraposição e crítica à teoria do processo como relação jurídica, que foi desenvolvida, precipuamente, pelo jurista alemão Oskar von Bülow, através da obra intitulada "Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais" (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), publicada em 1868.

497 Elio Fazzalari ensinava que o "processo é um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa impedir as suas atividades". No original: "Processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a solgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto no possa obliterare le loro attività". (FAZZALARI, Elio. *Voce: Procedimento e processo (teoria generale)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827).

Ocorre que, no atual modelo constitucional de devido processo legal, o contraditório não pode ser interpretado como mero elemento para a configuração do procedimento como processo.

O atual ordenamento jurídico brasileiro adotou a concepção de contraditório efetivo e substancial, no qual não basta assegurar às partes a simples bilateralidade da audiência (dizer e contradizer formalmente), sendo necessário garantir às partes o direito de influenciar a construção do provimento judicial e de não serem surpreendidas com julgamento fundado em questão não debatida no processo⁴⁹⁸.

O contraditório deve ser interpretado como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Conforme ensinam Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes, “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso”⁴⁹⁹. Esta concepção do contraditório impede o exercício solitário da jurisdição pelo órgão julgador, vedando a aplicação de normas e/ou alegação de fatos completamente estranhos ao debate das partes no processo.

O contraditório efetivo e substancial é direito fundamental dos indivíduos, tornando-se fonte de legitimação da própria ordem jurídico-processual⁵⁰⁰. Assim, não basta a participação simétrica entre as partes (contraditório bilateral) para a legitimidade do provimento jurisdicional. O entendimento do contraditório como “garantia de influência e não surpresa” decorrente do poder das partes de influenciar

498 Humberto Theodoro Júnior ensina que “o contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurados do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 86).

499 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 168, 2009, p. 107 - 141 – versão digital.

500 FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 48.

a construção da decisão⁵⁰¹, na medida em que o provimento jurisdicional não é construído sozinho pelo magistrado.⁵⁰²

O contraditório substancial somente é exercido quando é assegurado às partes, cumulativamente: (I) “o direito de receber adequadas e tempestivas informações, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo”; (II) “o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia”; e (III) “o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão”⁵⁰³.

Desde 1994, José Carlos Barbosa Moreira já ensinava que o contraditório é a “fundamental garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo”. Segundo o jurista, a garantia do contraditório era exercida: (I) por um lado, ao se oportunizar às partes a possibilidade de apresentar as suas razões, a discutir os argumentos do adversário, participar da atividade probatória e reagir contra os atos do juiz que lhes contrariem os interesses; (II) de outro lado, “na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se.”⁵⁰⁴

Não basta a bilateralidade de audiência para assegurar a garantia do contraditório. O contraditório substancial apenas será garantido quando o magistrado observar e considerar, na construção do provimento jurisdicional, os argumentos expendidos pelas partes no curso do processo⁵⁰⁵.

501 Dierle Nunes destaca que “os sujeitos processuais - juiz e partes - são co-construtores de todos os provimentos judiciais, por força do modelo constitucional de processo assegurado, e não possuem privilégios na marcha processual, pois tal levaria à quebra do devido processo legal.” (NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso*. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006, p. 54).

502 Deste modo, o entendimento de Elio Fazzalari de que as sentenças são “manifestações de vontade do juiz” não guarda correspondência com o contraditório efetivo e substancial concebido pelas diretrizes do Estado Democrático de Direito.

503 COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: *Enciclopedia giuridica*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. 8, p. 6.

504 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 5.

505 Do mesmo modo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assenta que: “O conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de

A sentença é resultado do diálogo entre todos os sujeitos do processo, formada mediante um procedimento de convencimento do juiz a partir da argumentação das partes e interessados e dos elementos probatórios constantes dos autos.⁵⁰⁶ Não se admite, no Estado Democrático de Direito, que o juiz desconsidere a argumentação das partes e interessados para decidir solitariamente a partir da sua consciência.

A decisão surpresa que decide fora do debate das partes e que desconsidera o caráter dialético do processo pode ser declarada nula, em razão da ofensa ao princípio do contraditório⁵⁰⁷.

Ocorre que, visando ao aproveitamento dos atos processuais, caso seja possível reabrir os debates e sanar o vício de fundamentação e de afronta ao contraditório, sem a necessidade de novas atividades instrutórias, pode ocorrer a apreciação direta do mérito em segunda instância.

O artigo 1.013, §3º, do CPC estabelece autoriza que o tribunal, em sede de apelação, promova o julgamento imediato do mérito, inclusive diante de sentenças nulas, por falta de fundamentação, caso não haja necessidade de produção de novas provas (causa madura)⁵⁰⁸.

contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 15, 1998, p. 16).

506 JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 227, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 345.

507 Neste sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 168, 2009, p. 107 - 141 – versão digital; DANTAS, Bruno. SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. "o contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial". *Revista de Processo*. Vol. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, Dez./2020, p. 17-34 – versão digital.

508 Érico Andrade ensina que, "no caso de se alegar violação ao art. 10 do CPC/2015, o tribunal de segundo grau deve apurar se o caso é ou não de aplicação do § 3º do art. 1.013 do CPC/2015 e, em caso de constatar a inviabilidade de aplicação da norma, por exemplo, porque o ponto novo suscitado pelo juiz de ofício implicaria necessidade do desenvolvimento de atividades instrutórias pelas partes, deve anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para realização dos atos instrutórios necessários. Ao contrário, se a causa está madura para julgamento e o ponto de ofício introduzido pelo juiz com violação do contraditório é apenas de direito, ter-se-

Ressalta-se, contudo, que, na hipótese de a decisão surpresa ser algum acórdão do tribunal de segundo grau, a violação ao artigo 10 do CPC pode ser alegada em recurso especial. Nesta situação, Érico Andrade assevera que, em razão de questões legais e constitucionais dos recursos excepcionais, especialmente a necessidade de prequestionamento da matéria, a solução mais adequada, caso demonstrada a violação ao contraditório, parece ser o STJ “reconhecer a nulidade, cassar o acórdão e determinar o retorno dos autos ao tribunal de segundo grau para reapreciação da causa, agora com a devida observância do contraditório prévio entre as partes”⁵⁰⁹.

O contraditório constitui garantia de não surpresa de modo a impor ao juiz o dever⁵¹⁰ de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que podem ser conhecidas de ofício.

A Constituição da República de 1988, ao estabelecer no artigo 5º, inciso LV, a garantia fundamental do contraditório relaciona-a ao direito fundamental à ampla defesa. A plenitude da defesa somente estará assegurada se a parte tiver o direito de influenciar na construção do provimento jurisdicional e não for surpreendida com o julgamento fundamentado em questão que sequer foi discutida no processo⁵¹¹.

ia como viável a apreciação diretamente do mérito no segundo grau. Mas, para julgar o mérito diretamente, o tribunal teria que reabrir os debates entre as partes, indicando expressamente a questão de direito posta de ofício na sentença com a intimação das partes para se manifestarem previamente sobre o tema. (ANDRADE, Érico. “A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação”. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set./2018, p. 55 – 106 – versão digital).

509 ANDRADE, Érico. “A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação”. *Revista de Processo*. Vol. 283. São Paulo: Revista dos Tribunais, Set./2018, p. 55 – 106 – versão digital

510 Antonio do Passo Cabral expõe que, em razão do “contraditório como influência reflexiva, qualquer ‘diálogo’ deve ter duas vias: o juiz deve procurar discutir as questões relevantes a cada fase do processo, procurando uma comunicação constante e recorrente com os demais sujeitos; e estes devem interagir com o juiz e entre si, avaliando as manifestações dos demais quando da prática de seus atos processuais. Intuitivamente já se chega a conclusão que se segue: do contraditório, na atualidade, são extraídos deveres que obrigam as partes, mas também o magistrado. Portanto, para o juiz, e em geral para os sujeitos ‘estatais’ do processo, também podem ser extraídos deveres processuais da cláusula do contraditório participativo”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 215-216).

511 Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron lecionam que a garantia fundamental ao contraditório assegura um feixe de direitos às partes, entre eles: " a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do

O Código de Processo Civil de 2015 está em consonância com esse contraditório efetivo e substancial decorrente do modelo constitucional de devido processo legal, na medida em que: (I) nos artigos 5º e 6º, prevê a cooperação e lealdade processual, que não se restringe à conduta das partes, abrangendo também a própria atuação judicial⁵¹²; (II) assegura, no artigo 7º, às partes a “paridade de tratamento”, dispondo que compete ao juiz “zelar pelo efetivo contraditório”; (III) no artigo 9º, estabelece que, em regra, não será proferida nenhuma decisão contra a parte “sem que ela seja previamente ouvida”; (IV) no artigo 10, prevê que é vedado ao juiz decidir com base em fundamento ainda não submetido à manifestação das partes, ainda que trate de matéria apreciável de ofício; e (V) no artigo 486, §1º, estabelece que o juiz deve "enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador", sob pena de não ser considerada fundamentada a decisão.

3.2.3.2. O contraditório no microssistema de julgamento de casos repetitivos e a escolha dos processos representativos da controvérsia

No âmbito da litigiosidade repetitiva, mostra-se inviável a participação de todos os sujeitos interessados no julgamento do IRDR ou do recurso (extraordinário ou especial) repetitivo, por meio de manifestação direta.

No microssistema de julgamento de casos repetitivos, a concepção da garantia constitucional do contraditório efetivo e substancial deve ser repensada e reestruturada, diante da impossibilidade de assegurar a participação pessoal de todos os litigantes interessados, nos moldes em que ocorre no processo individual⁵¹³.

anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões)." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 101-102).

512 Acerca da submissão do órgão julgador ao princípio da boa-fé processual, ver: FARIA, Márcio Carvalho. *A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

513 Antonio do Passo Cabral destaca que, “ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar

Na sistemática do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, o órgão julgador, ao identificar a litigiosidade repetitiva acerca de determinada questão de direito, selecionará algum(ns) processo(s) representativo(s) da controvérsia. A partir do julgamento por amostragem dessas causas-piloto, o órgão julgador resolverá os casos concretos e fixará a tese jurídica aplicável para os casos presentes e futuros que versam ou versarão sobre a mesma questão jurídica.

Portanto, no microsistema de julgamento de casos repetitivos, tem-se uma estrutura subjetivamente mais complexa do que a relação estabelecida entre as partes de um processo individual, de modo que deve ser considerada a participação: (I) do autor e réu do processo originário, representativo da controvérsia; (II) dos litigantes dos processos suspensos/sobrestados, que encontram-se pendentes de julgamento aguardando a fixação da tese jurídica; (III) dos interessados em razão de potencial conflito futuro (“ausentes”); (IV) de pessoas, órgãos ou entidades (*amici curiae*), que têm interesse em contribuir com informações, em razão da relevância e da repercussão da matéria⁵¹⁴.

A seleção adequada dos processos representativos da controvérsia é de grande importância para assegurar a garantia do contraditório aos litigantes e interessados⁵¹⁵. É essencial que os processos representativos da controvérsia tenham

a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório. Com isso, pensamos em neutralizar ou diminuir as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes” (CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 218).

514 SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. – Salvador: editora JusPodivm. 2021, p. 133.

515 Eis a correta advertência do Ministro Herman Benjamin sobre a gravidade de não se observar o contraditório substancial no julgamento dos recursos repetitivos: “Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a “afetação” de processos à Seção “em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas” (art. 127). (...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a

abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, § 6º, do CPC)⁵¹⁶.

Em razão da transcendência dos efeitos do julgamento do IRDR ou do rito dos recursos repetitivos, que formam precedentes de observância obrigatória, a escolha dos processos representativos da controvérsia mostra-se de enorme responsabilidade.

Note-se que somente faz sentido impor a vinculação dos litigantes à eventual tese jurídica desfavorável, decorrente de precedente judicial formado no âmbito do procedimento que integra o microsistema de julgamento de casos repetitivos, na hipótese de lhes ter sido assegurado o devido processo legal e, consequência, o princípio do contraditório no debate da questão de direito controvertida⁵¹⁷.

As partes (autor e réu) do processo representativo da controvérsia serão os litigantes que terão maior oportunidade para apresentarem a argumentação relativa à tese jurídica. Assim, a escolha de um litigante mal preparado ou inexperiente irá impactar em *déficit* de contraditório, prejudicando os demais litigantes e interessados.

O zelo em afetar como representativo da controvérsia aquele processo com ampla discussão da questão jurídica é essencial para o adequado funcionamento da

Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica. (...) Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC)." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008).

516 Acerca da adequada seleção adequada dos processos representativos da controvérsia, ver: CABRAL, Antonio do Passo. "A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos". *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamentos de Casos Repetitivos: Critérios de Seleção dos Casos Paradigmáticos e Formação de Precedentes*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021; TOFFOLI, Vitor. "Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas" *Revista de Processo*. Vol. 36, n. 197, p. 271-295, jul./2011.

517 ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*. Vol. 240, Fev/2015, p. 221 - 242 – versão digital.

sistemática do microsistema de julgamento de casos repetitivos e salvaguardar a legitimidade da decisão proferida pela Corte.

A busca por um amplo debate dos argumentos relevantes para o deslinde da causa, bem como pela observância da argumentação dos litigantes no momento do julgamento, passa pela seleção adequada dos processos representativos da controvérsia⁵¹⁸.

Antonio do Passo Cabral ensina que há dois vetores básicos que devem nortear a seleção da causa representativa da controvérsia: (I) o primeiro é a necessidade de “rever ou corrigir a seleção do processo-teste”, quando “houver restrições ao contraditório, seja no procedimento do processo originário, seja quando a escolha da causa puder limitar o contraditório no próprio incidente”; e (II) o segundo é “a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário”, na medida em que, “de acordo com o desenho estrutural dos procedimentos, muitas vezes o papel das partes do processo originário é maior no âmbito do incidente”⁵¹⁹.

Segundo Antonio do Passo Cabral, a conjugação de ambas as ideias, por meio de um processo representativo da controvérsia, no qual seja possível uma ampla participação dos litigantes, inclusive por meio de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, com significativo debate das argumentações postas por todos os sujeitos, reduz a necessidade de mecanismos para mitigar o *déficit* de contraditório e apresenta ao órgão julgador um material mais qualificado para decisão⁵²⁰. Nesse sentido, recomenda-se, inclusive, que “sejam selecionados processos que busquem a vitória de teses opostas, a fim de equilibrar a forma com que os argumentos são envergados”⁵²¹.

518 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário”. *Revista de Processo*. Ano 34. N. 177, nov/2009, p. 23.

519 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 210.

520 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 210.

521 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 206.

Contudo, na prática, os resultados coletados pelo “I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs” da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP) apontam que a preocupação dos tribunais em apurar-se a representatividade adequada nos IRDRs é extremamente baixa.

Na referida pesquisa, inseriu-se entre os pontos a serem investigados nos acórdãos de juízo de admissibilidade dos IRDRs o seguinte quesito: “Existe alguma abordagem de que o caso selecionado é adequadamente representativo dos processos repetitivos sobre a matéria em julgamento?”. O resultado obtido pela pesquisa foi o seguinte: de 677 (seiscentas e setenta e sete) decisões de admissibilidade de IRDRs coletadas – sendo 197 (cento e noventa e sete) de admissão e instauração de incidente –, em apenas 4 (quatro) se constatou alguma argumentação acerca da representatividade adequada da causa escolhida⁵²². Ou seja, apenas em cerca de 2% (dois por cento) dos acórdãos de admissibilidade dos IRDRs houve preocupação dos tribunais em apurar se o caso selecionado efetivamente representa adequadamente os processos repetitivos.

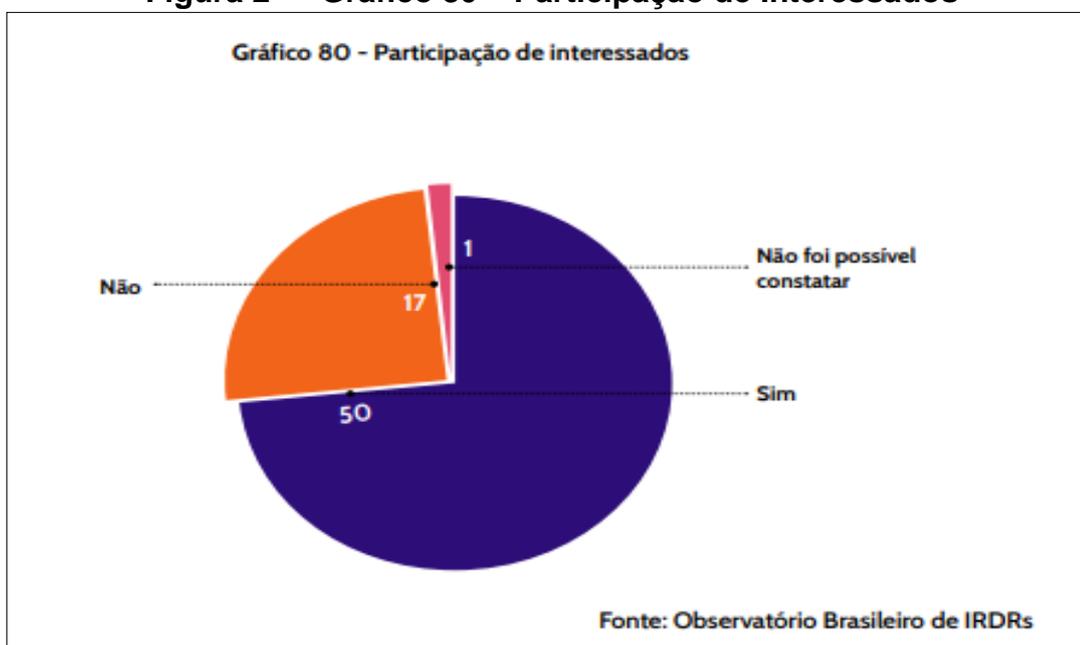
A pesquisa, ao analisar os IRDRs suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018, questionou se havia participação de algum interessado no feito instrutório (informações coletadas tanto no acórdão de mérito quanto no andamento processual). Posteriormente, foi questionado qual era a natureza jurídica dos

522 Eis a redação da pesquisa acerca deste ponto: “Os resultados obtidos, conforme gráfico a seguir, revelam uma preocupação muito reduzida com a abordagem da representatividade do caso-piloto do IRDR pelos Tribunais brasileiros. De 677 (seiscentas e setenta e sete) decisões de admissibilidade de IRDRs coletadas — sendo 197 (cento e noventa e sete) de admissão e instauração de incidente —, em apenas 4 (quatro) se constatou alguma abordagem nesse sentido, a saber, nos acórdãos de admissão do IRDR n. 0001624-56.2013.8.24.0076/50000 (com trâmite perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, TJSC, sob relatoria do Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva), do IRDR n. 0012709-69.2012.8.24.0045/50000 (com trâmite perante o TJSC, sob relatoria o Desembargador Luiz Fernando Boller), do IRDR n. 0026959-47.2010.8.24.0023/50002 (com trâmite perante o TJSC, sob relatoria do Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva), e do IRDR n. 0016464-25.2016.8.16.0000 (com trâmite perante o TJPR, sob a relatoria da Desembargadora Ana Lúcia Lourenço). Em um caso de incidente admitido (IRDR 039/2016, com trâmite perante o TJES), não foi possível verificar se houve ou não a abordagem, uma vez que não foi possível o acesso ao inteiro teor do acórdão de admissão. Assim, se considerado apenas o universo dos 196 (cento e noventa e seis) julgamentos em que o IRDR foi admitido e cujo acórdão de admissibilidade pôde ser acessado (julgamentos em cujo acórdão, portanto, deveria constar fundamentação completa quanto a todos os requisitos de admissibilidade do incidente)” (ZUFELATO, Camilo (Org) et al. *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019, p.81. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/1o-relatorio-de-pesquisa-do-observatorio-brasileiro-de-irdrs/>>).

interessados (“Pessoa Jurídica de Direito Público”; “Pessoa Jurídica de Direito Privado” e “Pessoa Física”, sendo possível marcar mais de uma resposta).

Nesta pesquisa, a partir da análise de 68 IRDRs em que houve o julgamento de mérito, constatou-se que em 50 casos (aproximadamente 74% dos incidentes) ocorreram a participação de interessados. Por outro lado, em 17 casos (aproximadamente 25% dos incidentes) não foi possível constatar a participação de qualquer interessado⁵²³:

Figura 2 — Gráfico 80 – Participação de Interessados



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDRs

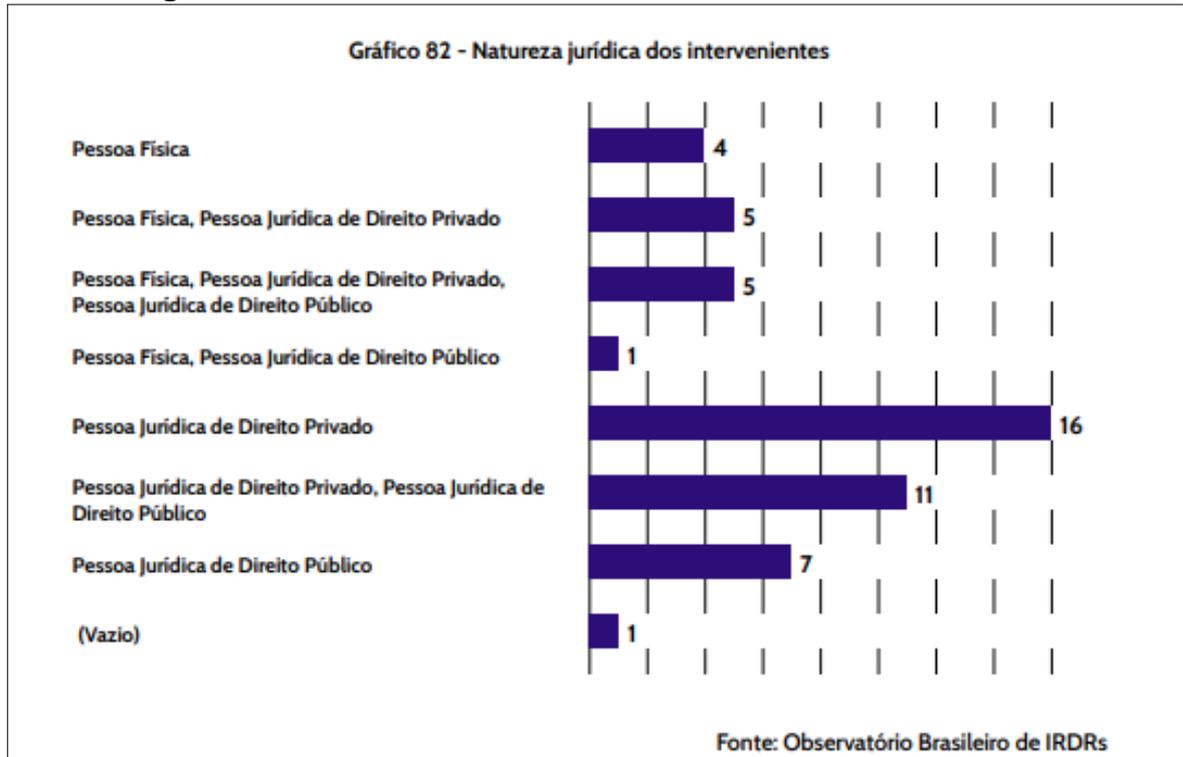
Isso demonstra que, na maioria dos casos, houve a participação de algum interessado no feito. Ressalta-se, ainda, que dentre os 17 casos em que não houve a participação direta de qualquer interessado, em 8 deles sequer teve publicidade acerca da admissão do incidente⁵²⁴.

523 ZUFELATO, Camilo (Org) et al. *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019, p.118-119. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/1o-relatorio-de-pesquisa-do-observatorio-brasileiro-de-irdrs/>.

524 ZUFELATO, Camilo (Org) et al. *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019, p.119. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/1o-relatorio-de-pesquisa-do-observatorio-brasileiro-de-irdrs/>.

Acerca da natureza jurídica dos intervenientes, a pesquisa constatou que, em 54% dos casos, a intervenção foi de pessoas jurídicas de direito privado, seguidas de 35% de pessoas jurídicas de direito público. As pessoas físicas participaram como interessadas em apenas 2% dos casos analisados.

Figura 3 — Gráfico 82 – Natureza Jurídica dos Intervenientes



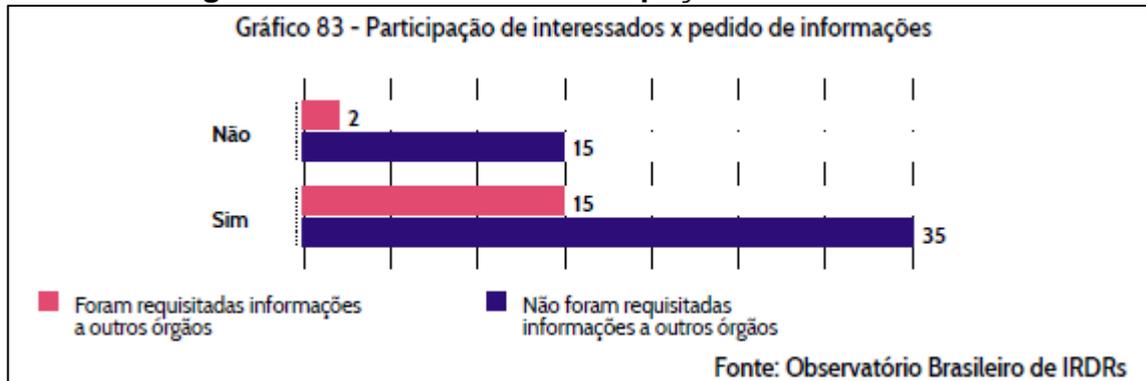
Fonte: Observatório Brasileiro de IRDRs

O “I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs” concluiu que há “uma diferença abissal de comportamento nas pessoas físicas”. Tal conclusão decorre do fato de que, apesar de as pessoas físicas figurarem como “os maiores suscitantes de IRDR (embora sejam os que menos tenham sucesso na sua admissão), elas quase não participam do exame de mérito de IRDR na condição de interessadas, mas apenas eventualmente, enquanto partes”⁵²⁵.

⁵²⁵ ZUFELATO, Camilo (Org) et al. *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019, p.120. Disponível em <http://www.direitorp.usp.br/1o-relatorio-de-pesquisa-do-observatorio-brasileiro-de-irdrs/>.

Por fim, destaca-se que dos 17 casos em que não houve participação de interessados, apenas em dois deles foram trazidas informações de outros órgãos:

Figura 4 — Gráfico 83 – Participação de Interessados



Fonte: Observatório Brasileiro de IRDRs

Mesmo nos casos em que houve participação de interessados, foram poucas as vezes em que os tribunais entenderam por bem requisitar informações adicionais. Apesar da percepção ser de que o IRDR deve oportunizar o mais amplo debate possível, pois daí se origina sua legitimidade enquanto técnica coletiva, esses dados podem apontar uma tendência que as questões decididas em sede de IRDR não costumam passar por um amplo crivo de debates, sendo decididas de imediato pelos tribunais

Ocorre que, nos incidentes que compõem o microssistema de julgamento de casos repetitivos, a participação dos interessados não pode ser meramente simbólica. Portanto, é necessária uma abertura do procedimento de instrução dos incidentes, de modo a lhe conferir uma legitimidade democrática, por meio da adequada e efetiva participação dos litigantes que serão afetados com a fixação da tese jurídica, seja por meio de razões por escrito, manifestações orais ou debates em audiências públicas⁵²⁶.

Nos capítulos 4 e 5 deste trabalho, serão analisadas de forma mais detalhada qual é a natureza jurídica e como deve ocorrer a participação dos interessados (“litigantes sobrestados”, “ausentes” e *amici curie*), na busca de garantir a participação e representatividade adequada dos litigantes.

⁵²⁶ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 127.

3.3. O ato concertado entre juízes cooperantes (artigo 69, §2º, do Código de Processo Civil)

3.3.1. Breves apontamentos sobre o princípio da eficiência e a gestão processual no direito brasileiro

A definição de ato concertado se liga essencialmente à ideia de cooperação entre os juízes e gestão processual⁵²⁷, tendo como propósito a articulação otimizada dos serviços de justiça.

As construções doutrinárias acerca de gestão processual no Brasil iniciam-se após a Constituição da República de 1988, precisamente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que instituiu a chamada reforma do Estado, promovendo a transição entre o modelo burocrático e formalista da Administração Pública para o modelo gerencial que focava na eficiência do processo e no cidadão como destinatário dos serviços públicos (artigo 37⁵²⁸).

No âmbito judicial, remanescia a crença na autonomia procedimental do processo civil, que ainda não era concebido como um meio para efetivação do direito material dos jurisdicionados. A incorporação do modelo gerencial nas estruturas do Poder Judiciário fortaleceu-se a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela reforma do Poder Judiciário. Entre as principais mudanças provocadas pela legislação constitucional destaca-se a criação do Conselho Nacional

527 Nas palavras de Paulo Eduardo Alves da Silva, “o ‘gerenciamento de processos judiciais’ pode ser compreendido como o conjunto de práticas de condução do processo e organização judiciária coordenadas pelo juiz para o processo célere e efetivo dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário. Dentro dos limites da matriz constitucional e da lei, o Juiz é provocado a “gerenciar” os processos judiciais sob sua competência pela abertura a meios alternativos de resolução do conflito, otimização dos instrumentos disponibilizados em lei, corte dos excessos de forma, flexibilização e adaptação do procedimento legal às circunstâncias do caso e do juízo, aproveitamento da fase de saneamento, maximização da oralidade e concentração de atos processuais, acompanhamento do fluxo de processos nos cartórios e coordenação de suas atividades, etc”. (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21)

528 Eis a redação do artigo 37 da Constituição da República de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

de Justiça, a previsão de parâmetros de produtividade para promoção dos juízes e a inserção da garantia de duração razoável do processo.

A esse propósito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em seu trabalho sobre o formalismo valorativo contra o formalismo excessivo, ensina que o uso da forma se presta à “organização de um processo justo” e para “alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão”⁵²⁹.

Esta concepção do processo como instrumento de colaboração para a satisfação do direito material tem como consectário lógico a noção de eficiência processual. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral aponta que, “nos estudos sobre administração pública, entende-se por eficiência o exercício ótimo das prerrogativas estatais para a consecução do interesse público”, com o propósito de “obter o maior grau de realização das finalidades que o ordenamento jurídico estabelece para a conduta estatal com a maior qualidade e os menores gastos e custos possíveis, tanto para o Estado quanto na perspectiva das garantias dos administrados”⁵³⁰.

O princípio da eficiência no âmbito processual compreende duas dimensões: (I) a gestão do processo, de modo a adequar a tutela jurisdicional ao direito material almejado, por intermédio dos meios cabíveis mais econômicos e evitando dilações indevidas⁵³¹; e (II) a gestão da unidade jurisdicional em consonância com os princípios que orientam a Administração Pública.

Destaca-se que compete ao Poder Judiciário, em atenção à garantia da duração razoável do processo, o dever de praticar os atos indispensáveis para o regular tramite da marcha processual, evitando-se as dilações indevidas⁵³².

529 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26. Rio Grande do Sul, 2006, p. 62. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899> >.

530 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 205.

531 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64;

532 VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2º do CPC. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 41.

A cooperação judiciária é uma das faces da eficiência processual e seu histórico na legislação processual datam do Código de Processo Civil de 1973, que previa os mecanismos de cartas rogatória (entre o juiz nacional e juiz estrangeiro) e precatória (entre juízes de comarcas diferentes) e cartas de ordem (entre o Tribunal e o juiz a ele vinculado)⁵³³.

A cooperação judiciária alçou maior abrangência a partir do advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), que, em seu artigo 13, §2º, preconiza que “a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação”.

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 38, que, buscando reforçar a cooperação entre os órgãos jurisdicionais, estabeleceu como objetivos: (I) a promoção da eficiência da gestão administrativa do Poder Judiciário; e (II) a concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo, por meio da instituição de um sistema de cooperação judiciária nacional, que consiste em mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil para o cumprimento de atos judiciais fora da competência do juízo requerente ou em intersecção com ele⁵³⁴.

A referida Recomendação foi responsável pela criação da Rede Nacional de Cooperação Judiciária e dos Núcleos de Cooperação, que, conforme seu artigo 5º, se prestam a “sugerir diretrizes de ação coletiva, harmonizar rotinas e procedimentos, bem como atuar na gestão coletiva de conflitos e na elaboração de diagnósticos de política judiciária, propondo mecanismos suplementares de gestão administrativa e processual, fundados nos princípios da descentralização, colaboração e eficácia”.

533 Fredie Didier Jr. aponta que, atualmente, o sistema de cartas deve ser visto em caráter subsidiário: “Agora, as cartas devem ser vistas apenas como mais um dos instrumentos de cooperação, e não os únicos, como ao tempo do CPC-1973. E mais: devem ser vistas como instrumentos de uso subsidiário, dando-se preferência à cooperação solicitada simplificada prevista no art. 69 do CPC – exatamente por isso, o parágrafo único do art. 3º da Recomendação n. 38/2011 do Conselho Nacional de Justiça prescreve que ‘o juiz poderá recorrer ao pedido de cooperação, antes de determinar a expedição de carta precatória.’” (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 79.)

534

Disponível

em:

<https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_38_03112011_16102012130140.pdf>
. Acesso em 23 de junho de 2021

As disposições da Recomendação nº 38 serviram de inspiração para o Código de Processo Civil de 2015 e, consubstanciando o princípio da eficiência com as técnicas cooperativas, houve o nascimento do capítulo “Da cooperação nacional”, composto pelos artigos 67 a 69 do CPC/15.

3.3.2. Os atos concertados

Nas lições de Luiz Henrique Volpe Camargo, a cooperação judiciária corresponde a um “conjunto de atos de gestão adequada de processos e intercâmbio processual entre juízos diversos para prestação jurisdicional de forma plena, econômica, racional e eficiente”⁵³⁵.

Na legislação processual brasileira, o artigo 69, §2º, do CPC estabelece, em rol exemplificativo⁵³⁶, que os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: (I) a prática de citação, intimação ou notificação de ato; (II) a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; (III) a efetivação de tutela provisória; (IV) a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; (V) a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; (VI) a centralização de processos repetitivos; e (VII) a execução de decisão jurisdicional. Além disso, o *caput* do artigo disciplina que o pedido de cooperação prescinde de forma específica, em nítida valorização à instrumentalidade da técnica.

Os atos concertados são compulsórios, atípicos e flexíveis. A compulsoriedade advém do fato de que todos os órgãos jurisdicionais brasileiros estão obrigados a cooperar entre si, criando-se o dever geral de cooperação, a ser exercido em uma verdadeira comunidade de trabalho⁵³⁷. O Poder Judiciário constitui um organismo

535 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. (Tese de Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 303.

536 Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna ponderam que “o rol, além de não possuir natureza taxativa, pontuaria alguns dos espaços em que a ferramenta poderia ser empregada na condução do processo. Em nossa visão, essa abertura deve estar em franco e constante diálogo com os próprios propósitos descritos na parte geral do diploma.” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA Gustavo. “A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares”. *Revista de Processo*. Vol. 310. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2020, p.173-201 – versão digital.)

537 Thaís Amoroso Paschoal Lunardi assevera que: “Ao prever expressamente em seu art. 6º o

único, no qual todos devem cooperar e auxiliar na busca do exercício eficiente da atividade jurisdicional.

No que tange à atipicidade, o artigo 68 do CPC determina que os juízes poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual. Ademais, o artigo 69 do CPC estabelece o rol exemplificativo para os atos concertados, preconizando a liberdade para a utilização de qualquer forma idônea no pedido de cooperação.

Por fim, quanto à característica da flexibilidade, é importante destacar que a ideia do ato concertado desafia algumas noções tradicionais do processo, como a ideia do juízo natural, que vem sendo superada para dar lugar a mecanismos mais amplos e coletivos de tutela⁵³⁸.

3.3.3. A centralização de processos repetitivos por atos concertados

Para os objetivos deste capítulo, a análise será concentrada na incidência e problemática do inciso VI do artigo 69 do CPC, que trata da centralização dos processos repetitivos. Pode-se dizer que os objetivos desta técnica são os mesmos do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos: proporcionar ao

princípio da cooperação como norma fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 reforça a necessidade de condutas cooperativas, tendo como norte a já ressaltada ideia de que o processo deve ser visto como verdadeira comunidade de trabalho. A ideia de uma atuação cooperativa não deve ficar adstrita apenas ao âmbito interno do processo, enquanto orientadora da conduta das partes e do juiz na prática dos atos processuais. Não por outra razão, os arts. 67 a 69 do Código de Processo Civil preveem regras que compõem o rol da chamada “cooperação nacional”, com a previsão de ferramentas para colaboração entre juízos de competências diversas, para a implementação de medidas voltadas à prática adequada dos atos processuais.” (LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese apresentada como requisito para a conclusão de Doutorado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 166-167).

538 Acerca da ressignificação do princípio do juízo natural, Antônio do Passo Cabral ensina que “a insuficiência das premissas teóricas tradicionais sobre o juiz natural já não permitia que o princípio fosse compatível com diversos institutos e inúmeras práticas dos tribunais em nome da eficiência. Ao invés de gravitar em torno de suas características clássicas (pré-constituição, previsão em lei em sentido formal, vedação a conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade), procuramos identificar seu núcleo essencial em torno de outros vetores – objetividade, impessoalidade e invariância das regras e decisões sobre competência – e ainda previsibilidade e controlabilidade do procedimento de atribuição ou modificação de competência. No formato proposto, o princípio do juiz natural consegue implementar os reclamos contemporâneos por eficiência processual sem abandonar seu aspecto garantístico para os jurisdicionados.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 306)

Poder Judiciários mecanismos de gerir a litigiosidade repetitiva de forma eficaz aos jurisdicionados⁵³⁹.

Para Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, a concertação de atos processuais, a ser adotada por meio do exercício de cooperação nacional, é um meio de coletivização. Para esses doutrinadores, “a coletivização de interesses por meio de ações coletivas constitui apenas uma das possíveis portas procedimentais inseridas no corredor do processo coletivo”, podendo os atos concertados servirem como mecanismo de coletivização⁵⁴⁰.

Ricardo Menezes da Silva, por sua vez, entende que a centralização de processos tratada no artigo 69, §2º, VI, do CPC integra o microsistema de julgamentos de casos repetitivos⁵⁴¹. Para o autor, a técnica seria aplicável na hipótese de repetição de questão de fato, com a finalidade de resolver questões fáticas controvertidas, não se limitando à reunião para instrução probatória^{542 543}.

Por outro lado, Antonio do Passo Cabral defende que a centralização dos processos por atos concertados é “técnica para o gerenciamento de casos repetitivos que representa uma forma de gestão cooperativa da competência adequada”⁵⁴⁴. Para

539 No âmbito do direito estrangeiro, há a técnica do *Multidistrict Litigation* nos Estados Unidos da América, que pode ser considerada como uma espécie de centralização de processos repetitivos e se diferencia das *class action* na medida em que permite um espaço maior para o processo individual. O *Multidistrict Litigation (MDL)* nasceu nos EUA na década de 60, como resposta a processos idênticos que sobrecarregavam a estrutura das cortes federais.

540 ARENHART, Sérgio; OSNA Gustavo. “A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares”. *Revista de Processo*. Vol. 310. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2020, p.173-201 – versão digital.

541 SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil*. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil. Curitiba, 2019, p. 86.

542 SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil*. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil. Curitiba, 2019, p. 151-168.

543 No mesmo sentido: FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Dissertação apresentada como requisito para conclusão de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019, p. 161.

544 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 582

o doutrinador, a centralização dos processos repetitivos apresenta-se como uma “*faculdade de gestão de competência para os juízes*”, aplicável quando não forem passíveis de utilização os métodos e as técnicas do microsistema de julgamento de casos repetitivos, por serem incabíveis (por exemplo, quando houver repetição de questão de fato ou quando o risco à isonomia e à segurança jurídica for potencial e preventivo; e não concreto) ou inconvenientes (como na hipótese de repetição de questão em demandas urgentes)⁵⁴⁵.

Do ponto de vista procedimental, importante ressaltar que a centralização de processos repetitivos, assim como o IRDR, são procedimentos que implicam na resolução de questões – e não necessariamente de processos.

Note-se que não é apenas a repetição de questões de direito que gera litigiosidade repetitiva, ensejando morosidade e ineficiência ao sistema judiciário. É possível a existência de litigiosidade repetitiva acerca de questões comuns de fato, como ocorre, por exemplo, nos casos de danos ambientais de grandes proporções ou vício em determinado produto distribuído em grande escala.

Essa litigiosidade repetitiva acerca de questões de fato acarreta o mesmo risco à isonomia e à segurança jurídica que ocorre no caso de multiplicidade de demandas sobre eventual questão de direito controvertida. Eventual divergência jurisprudencial acerca da interpretação de determinado fato, bem como sobre a valoração de alguma prova, ensejará resoluções distintas e conflitantes para processos similares.

Desse modo, a técnica a centralização de processos repetitivos por atos concertados mostra-se adequada para unificar não só a produção de provas como a sua valoração, de modo a assegurar maior eficácia, isonomia e segurança jurídica, além de poder também ser utilizada para o julgamento conjunto de questão de direito⁵⁴⁶.

545 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 583

546 Érico Andrade ensina que “se insere no cenário da gestão processual as perspectivas de cooperação internacional (arts. 26 a 41 do CPC/2015) e nacional (arts. 67 a 69 do CPC/2015) entre juízos,⁴³ valendo ressaltar, no âmbito da cooperação nacional, a previsão de realização de atos processuais concertados entre juízes cooperantes (art. 69, IV, CPC/2015), dentre os quais, por exemplo, a apresentação de provas e coletas de documentos (art. 69, §2º, II, CPC/2015) e a centralização de processos repetitivos (art. 69, §2º, VI, CPC/2015), que podem constituir importantes ferramentas para a gestão processual conjunta entre juízos diversos. Trata-se, pois, no âmbito do gerenciamento ou gestão processual, da ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, com atuação mais efetiva na busca da realização da maior eficiência da justiça. Tudo, reitera-se, para permitir e garantir a melhor adaptação do procedimento ao caso concreto, no

Para o exercício desse mecanismo de cooperação coletiva, será preciso: (I) definir com precisão as questões fáticas controversas; e (II) escolher o juízo adequadamente competente (“juízo centralizador”) e um processo líder para gerenciar a fase instrutória. Ao final, esse juízo centralizador será responsável por declarar a ocorrência ou inoocorrência dos fatos.

Acerca da modificação de competência, Daniela Bermurdes Lino aponta que o ato concertado: (I) “não poderá alterar a *competência absoluta* para decisão de questões principais”; (II) “poderá implicar alteração de competência relativa para decisão de questões principais, como ocorre com a conexão e continência”; (III) “poderá implicar modificação para definição de questões incidentais (questões de fato comum ou questões de direito), hipótese em que o ato poderá ser celebrado mesmo por juízes com competências absolutas distintas”; (IV) “deverá se estabelecer, para mais de um caso ou um caso mais complexo, como forma de seguir o conteúdo do princípio do juiz natural, que exige anterioridade e generalidade da regra de competência”^{547 548}.

Por consequência, algumas regras aplicáveis ao microssistema de julgamento de casos repetitivos também deverão ser observadas na técnica de centralização dos processos por atos concertados. Por exemplo, a suspensão de todos os processos que versem sobre a questão objeto do incidente pelo período de um ano (artigos 980; 982, inciso I; 1.037, incisos II c/c §4º, do CPC) é medida necessária e adequada, visando a garantir o tratamento isonômico para os litigantes e evitar a pulverização de soluções.

interesse das partes e do próprio processo em realizar uma justiça mais célere e com menor custo, de acordo com as necessidades reais de cada caso.⁴⁴ E, claro, o incremento de tais poderes de gestão processual do juiz impõe, na linha evolutiva mais atual do processo civil, seu exercício de forma colaborativa com as partes, e não unilateralmente, como muito bem ressalta a doutrina italiana.” (ANDRADE, Érico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020, p. 183-212, esp. 195-196)

547 LINO, Daniela Bermurdes. *Conexão e Afinidade: Critérios para a aplicação dos artigos 55, §a aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e VI, do CPC/2015*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p.293-294.

548 Para um profundo estudo acerca da modificação de competência em razão da centralização dos processos por atos concertados, ver: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 578-613.

A publicidade da centralização também deve ser ampla como ocorre no IRDR e no rito dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos, pois é preciso que as partes tenham ciência do sobrestamento do processo e do resultado da premissa fática estabelecida.

Deve ser oportunizado aos litigantes sobrestados a sua ampla participação na apresentação das provas, necessárias e úteis para a fixação da premissa fática, em complementaridade com a atuação dos sujeitos condutores do processo líder, assim como ocorre nos procedimentos que integram o microssistema de resolução de casos repetitivos.

Do mesmo modo, se as demandas versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, prevalece o dever de comunicação ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação (artigo 1.040, inciso IV, do CPC).

Na centralização de processos, quando houver a desistência da demanda representativa da controvérsia, não haverá impedimento ao exame de mérito do incidente, a exemplo do que ocorre no IRDR (artigo 976, §1º, do CPC). Todavia, caso haja desistência de todos os processos que compõem a lide, a centralização deverá ser extinta, podendo ser retomada tão somente quando preenchidos novamente os requisitos para sua instauração, quais sejam a efetiva repetição da questão de fato e o risco à isonomia ou segurança jurídica.

No que concerne à possibilidade de concessão de tutela provisória em um processo sobrestado, a regra de competência do juízo em que tramita a ação individual também se aplica para a técnica de centralização, por inexistência de incompatibilidade (artigos 982, § 2º, e 1.029, § 5º, inciso III, do CPC).

Em relação à formação da tese jurídica, resultado basilar das técnicas de julgamento dos casos repetitivos (artigos 985, inciso I; e 1.040, incisos I e III, do CPC), necessário estabelecer uma diferenciação em relação à técnica de centralização de processos. Isso porque a ideia de tese jurídica concerne exclusivamente às questões de direito e, no caso do ato concertado, a fixação é de uma premissa fática e/ou de uma questão de direito, que será vinculativa para todos os casos que veiculem os mesmos fatos.

Nesse ponto, é imprescindível ressaltar que a técnica de centralização dos processos por atos concertados é possível de ser instaurada no âmbito dos tribunais superiores e de segundo grau, nas causas de sua competência originária, na qual há instrução probatória. Quando o incidente for instaurado no tribunal, a premissa fática e/ou a questão de direito estabelecida será aplicada a todos os juízos nas causas que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles dos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Ocorre que, quando a técnica de centralização dos processos por atos concertados for instaurada no âmbito de juízo de primeiro grau, a premissa fática e/ou a questão de direito fixada será aplicada somente aos demais processos em trâmite em primeira instância (não vinculando os órgãos julgadores da segunda instância), em razão da competência funcional vertical.

Uma vez fixadas as premissas fáticas por meio da centralização, não há óbice que seja ajuizada ação coletiva para fixação da tese jurídica, pois não há exclusão entre os mecanismos; e sim complementaridade. Inclusive, tal situação contribui para a resolução mais célere do feito, pois a ação coletiva já estará instruída para julgamento, otimizando as estruturas do Poder Judiciário.

Portanto, conclui-se que os atos concertados ocupam função importante no modelo gerencial do Poder Judiciário, propiciando, por meio da cooperação, eficiência para o andamento dos processos individuais e coletivos. Quanto aos litígios de natureza repetitiva, a centralização do processo é um instrumento idôneo para garantia da isonomia e da segurança jurídica, sendo parte importante do microsistema de demandas coletivas.

A centralização faz parte das medidas de cooperação nacional e também é uma das técnicas de gestão da litigiosidade repetitiva, estando no ponto de interseção entre esses dois modelos, sendo essencial para a construção de uma litigância moderna pautada na articulação eficiente do sistema de justiça.

3.4. O dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva (artigo 139, inciso IX, do Código de Processo Civil)

O Código de Processo Civil estabelece que incumbe ao juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a

Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e o artigo 82 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva (artigo 139, inciso IX).

Trata-se do dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva, com o propósito de melhor tutelar e gerir a litigiosidade repetitiva, decorrente de direitos individuais homogêneos.

Este dispositivo prevê norma semelhante ao regulamentado pelo artigo 7º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), que estabelece que o dever dos juízes e tribunais, na hipótese de tomarem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Fernando da Fonseca Gajardoni destaca que “a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é de interesse do sistema”, na medida em que “permite, por meio de um único processo, a prolação de decisão que pode vir a beneficiar milhares de pessoas, poupando o Judiciário, conseqüentemente, do processamento dessas demandas individuais”⁵⁴⁹.

Destaca-se que este dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva visa a tutelar os direitos individuais homogêneos. Essa norma não tem relação com a medida de conversão da ação individual em ação coletiva (prevista originariamente no artigo 333 do CPC⁵⁵⁰), que foi vetada pela Presidência da República, quando o Código de Processo Civil foi sancionado). A medida de conversão da ação individual em ação coletiva visava tutelar os direitos difusos e

549 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 257

550 Eis a redação originária do artigo 333, *caput*, do Código de Processo Civil, que previa a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva: “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo..”

coletivos. A redação originária do Código de Processo Civil previa que a referida conversão não poderia implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos (artigo 333, §2º).

Recorde-se, contudo, que o juízo também pode requerer a instauração do IRDR, quando constatar diversas demandas individuais repetitivas (artigo 976 e 977 do CPC).

Constata-se, portanto, que o legislador: (I) por um lado, estabeleceu o dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva, como se pretende-se estimular o uso da tutela coletiva para o tratamento dos direitos individuais homogêneos; e (II) por outro lado, autorizou o juízo a formular pedido de instauração do IRDR, de modo a fomentar o uso deste incidente para a tutela da litigiosidade repetitiva.

PARTE II – PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

4. PARTICIPAÇÃO E A PLURALIDADE DE LITIGANTES NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

4.1. Processo multipolar: a importância da identificação dos subgrupos dos membros do grupo, diante da diversidade de interesse

O litígio tradicional é marcado por uma estrutura bipolar⁵⁵¹ ou binária, na qual há dois polos bem definidos, sendo que o autor/credor busca uma pretensão que é resistida pelo réu/devedor.

Giuseppe Chiovenda afirmava que “o processo civil [...] se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu)”⁵⁵². Do mesmo modo, Leo Rosenberg asseverava que, em regra, o processo “pressupõe duas partes, das quais uma solicita tutela jurídica contra a outra: o chamado princípio da dualidade de partes”⁵⁵³.

A lógica bipolar ou binária do processo individual funda-se nas premissas de que: (I) a demanda se divide em dois polos (autor e réu), que sempre terão interesses antagônicos, que se contrapõem; e (II) na hipótese de existência de litisconsórcio, os interesses dos litisconsortes serão sempre convergentes^{554 555}.

551 Abram Chayes cunhou a expressão “bipolarização” para o processo tradicional, que lida com litígios clássicos, em conceituado estudo acerca dos conflitos estruturais: CHAVES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*. Vol 89, nº 7, mai./1976, p. 1281-1282

552 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1969, p. 5.

553 No original: “Todo proceso (con excepción de los procedimientos de interdicción y de editos públicos) presupone dos partes, de las cuales la una solicita tutela jurídica contra la otra: el llamado principio de dualidad de partes” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. 1. Buenos Aires: E. J. E. A, 1955, p. 217).

554 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 75, jan./mar. 2020, p. 111.

555 Elie Pierre Eid afirma que “por bilateralidade da relação jurídica processual pode se entender a contraposição vetorial entre interesse do autor e interesse do réu, como manifestação da clássica figura de pretensão resistida mesmo na ocorrência de litisconsórcio ativo ou passivo. As posições processuais de autor e de réu se identificam, entre outros elementos, pela divergência de interesses quanto ao resultado da demanda. O autor pretende o reconhecimento e a satisfação de

A realidade fática evidenciou que a relação jurídica pode ser multipolar, diante da diversidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio⁵⁵⁶. Por exemplo, a multipolaridade pode ser evidenciada – apesar de não constituir característica essencial – nos processos/litígios estruturais^{557 558}; nos processos coletivos em geral⁵⁵⁹; nos processos concursais⁵⁶⁰ (como a falência, recuperação

um direito, enquanto o réu resiste a essa pretensão, proporcionando a mais simples configuração subjetiva de um conflito. A bilateralidade, em muitas situações, nasce ainda no plano material, momento em que se consegue identificar virtuais legitimados para relação jurídica processual. Ainda que haja processo, mas, em dado momento, esses interesses converjam, como normalmente ocorre com a autocomposição, é possível dizer que a bilateralidade de interesses contrapostos foi, ao menos, um fato que existiu em certo momento do procedimento. Em outras situações, no entanto, a bilateralidade ocorrerá não porque há apenas dois interesses contrapostos entre si, mas porque, por um critério de oportunidade, foram assim predispostos em juízo. Essa oportunidade está, essencialmente, atrelada ao ato de demandar e ao poder que detém o autor em fixar, em momento inicial, os sujeitos parciais do processo”. (EID, Elie Pierre. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. *Revista de Processo*. Vol. 297, Nov./2019, p. 39 – 77 – versão digital)

556 ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423.

557 Sérgio Cruz Arenhart afirma que “o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado.” (ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 424). No mesmo sentido, reconhecendo a multipolaridade como característica do processo estrutural: TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 215; MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

558 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr.e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que “a multipolaridade não é uma característica essencial do processo estrutural, nem tampouco é uma característica determinante. É possível que o processo seja estrutural e seja bipolar – isto é, envolva apenas dois polos de interesses; também é possível que, a despeito da multipolaridade, o processo não seja estrutural. Como consequência disso, tampouco é característica essencial do processo estrutural que seja ele coletivo. ‘Coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva’. Embora normalmente o processo estrutural seja coletivo, por discutir uma situação jurídica coletiva, é possível que um processo que veicule demanda individual esteja pautado num problema estrutural e tenha que, por isso, ser tratado como processo estrutural²⁷. Isso acontece especialmente quando ocorre o fenômeno da múltipla incidência, que se caracteriza quando o mesmo fato pode “afetar a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 75, jan./mar. 2020, p. 112)

559 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 216.

560 Antonio do Passo Cabral afirma que “certamente é nos procedimentos concursais que vemos a maior quantidade de interesses que simultaneamente podem se mostrar contrapostos e comuns. É que, de um lado, o grupo tem o objetivo comum de obter a satisfação de seus interesses pelo adversário. Porém, ao mesmo tempo, como a consecução de seus interesses se dá pela

judicial e a insolvência civil); nas ações que versam sobre deliberações societárias⁵⁶¹; e nos conflitos referentes aos concursos públicos⁵⁶².

A multipolaridade na relação processual também pode ocorrer nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, tendo em vista a pluralidade de sujeitos interessados e a possibilidade de existirem variadas formas de resolução da questão controvertida, que podem acarretar em zonas de interesses diversas⁵⁶³. Trata-se, geralmente, de casos complexos e de alta conflituosidade, como os denominados “conflitos irradiados” da teoria proposta por Edilson Vitorelli de reconstrução da tipologia dos litígios coletivos.

Um exemplo dessa situação é o rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana – MG, ocorrido em 15 de novembro de 2015, que foi mencionado no tópico 2.2.2. deste trabalho. Nesse caso, o acidente provocou danos⁵⁶⁴ que atingiram

comunhão de uma massa única de bens, à qual só podem acessar na ordem dos créditos e de acordo com as preferências legais, existem evidentes interesses contrapostos.” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 21). No mesmo sentido: EID, Elie Pierre. “Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas”. *Revista de Processo*. Vol. 297, Nov./2019, p. 39 – 77 – versão digital.

561 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 98-104.

562 Heitor Vitor Mendonça Sica pondera que “possível que os terceiros sejam cointeressados a uma parcela do pedido e contrainteressados com relação a outra. Pense-se, por exemplo, que o sujeito A, autor de uma demanda, pretenda a anulação de duas questões de um concurso público (questões “x” e “y”). O sujeito B pode ser cointeressado na anulação da questão “x” e contrainteressado quanto à “y”; as posições do sujeito C podem ser exatamente as inversas”. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2016, p. 65 – 86 – versão digital).

563 Antonio do Passo Cabral ensina que “as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante. A abordagem pode servir para a solução dos chamados “temas de decisão”, parcelas de uma situação jurídica substancial ou pré-questões (*Vorfragen*), ou seja, situações jurídicas prévias, premissas para a questão principal e que são diversas daquela ligação quase sagrada que a doutrina tradicional faz entre o direito subjetivo (ou a relação jurídica) e as condições da ação. A partir desta “desrelacionalização” do interesse de agir, podemos enxergar inúmeras situações em que haveria zona de interesse a permitir a atuação de um sujeito desvinculada da lide, da lesão a um direito subjetivo e da polarização da demanda.” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 31)

564 O rompimento da barragem ensejou que cerca 34 milhões de metros cúbicos de lama e dejetos provenientes da exploração fossem expelidos atingindo o Rio Doce e seguindo até o mar do estado do Espírito Santo. Eis alguns danos do acidente: destruição e poluição do Rio Doce e seus afluentes; morte de várias espécies da fauna e flora local; danificação do patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico; danos socioeconômicos e morais à população da região atingida; e falecimento de 19 pessoas (funcionários da Samarco Mineração S/A e moradores do

diversos subgrupos, tais como: entes vinculados à proteção do meio ambiente; pessoas que moravam nas regiões atingidas e tiveram suas moradias e patrimônio lesados; familiares das vítimas que faleceram; pessoas que frequentavam as regiões atingidas e estão preocupadas com a manutenção do patrimônio histórico-cultural, paisagístico e arqueológico do local, como as lavadeiras da beira do rio e os surfistas das praias do estado do Espírito Santo, etc^{565 566}.

A própria possibilidade de intervenção dos *amici curiae* nos procedimentos de litigiosidade repetitiva já revela a multipolaridade da relação processual, na medida em que essas pessoas, órgãos ou entidades especializadas não irão defender necessariamente um dos lados do litígio. O interesse do *amicus curiae* é institucional, com viés colaborativo e democrático, o que lhe torna um representante da sociedade⁵⁶⁷.

distrito de Bento Rodrigues).

565 Acerca deste caso, Edilson Vitorelli ensina que “o desastre de Mariana, decorrente do rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, exemplifica de modo bastante significativo o conceito. Há subgrupos de parentes das vítimas mortas, das pessoas que residiam no distrito de Bento Rodrigues e perderam tudo, dos proprietários rurais, que perderam suas terras, dos pescadores que dependiam do Rio Doce, dos habitantes de diversos municípios, que foram privados de água potável por vários dias, dos índios, que praticavam um ritual religioso dependente do rio e dos habitantes e usuários das praias que foram estragadas quando o rio desaguou no mar. Não há qualquer solidariedade entre essas pessoas, nem anterior ao litígio, nem em razão dele, já que o modo como a lesão se projeta sobre cada subgrupo é tão distinto que não gera interesses, perspectivas ou opiniões em comum sobre o melhor caminho a seguir para se buscar a tutela do direito lesado. Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão, que é a sociedade impactada pela lesão, tem interesses marcadamente variados e, eventualmente, antagônicos quanto a seu resultado. (VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista Interesse Público*. Vol. 3, 2020. p. 43-74 – versão digital).

566 Abordando o rompimento da Barragem do Fundão, em Mariana – MG, João Antonio Tschá Fachinello aponta que, “Nesse tipo de situação, o grupo é estruturado unicamente em razão da circunstância fática de as vítimas terem sofrido danos decorrentes de uma mesma origem, sendo bastante comum a prevalência de questões individuais ou exclusivas a determinadas parcelas do grupo e a existência de pretensões variadas – e por vezes conflitantes – entre os membros da coletividade. Independentemente da classificação adotada, nessas hipóteses, desde que haja uma uniformidade mínima, ao menos entre parcelas do grupo, o uso das subclasses pode ser útil para resolver problemas relativos à heterogeneidade da classe e à representação adequada de todos os interesses nela contidos, isolando grupos de pessoas de acordo com as questões comuns existentes. Por um lado, evita-se eventual extinção da demanda coletiva em razão da ausência de adequação do meio processual adotado e, de outro, impede-se que a ação coletiva prossiga de forma desorganizada, ineficiente e potencialmente inefetiva”. (FACHINELLO, João Antonio Tschá. Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense. *Revista de Processo*. vol.326. ano 47. São Paulo: Ed. RT, abril 2022, p. 283-312 – versão digital).

567 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-122.

Além disso, a atuação do *amicus curiae* realiza-se por zonas de interesses, de modo que a sua intervenção não ocorre, necessariamente, em todo o trâmite do procedimento. Ou seja, a sua participação é segmentada de acordo com as suas zonas de interesses, com intervenção para finalidades específicas no processo.

É possível, inclusive, que um litígio repetitivo envolva subgrupos que, em regra, podem ser representados pelo mesmo ente, mas que tenham interesses divergentes. É o que ocorre, por exemplo, em uma demanda que envolva pessoas hipossuficientes, que podem ser tuteladas e representadas pela Defensoria Pública. Pense na hipótese de um grupo de pessoas que invadiram, de forma ilegal, casas ou apartamentos que estavam sendo construídos pelo Poder Público, para serem entregues a outro grupo de pessoas hipossuficientes que estavam na fila do programa assistencial do governo. Nesta situação, há, pelo menos, dois grupos de pessoas necessitadas que podem ser representadas judicialmente pela Defensoria Pública, mas que apresentam interesses antagônicos.

Note-se que a Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios) disciplina, em seu artigo 4º-A, inciso V, que são direitos dos assistidos a atuação de Defensores Públicos distintos, quando verificada a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções⁵⁶⁸. Este direito decorre da preocupação de assegurar representatividade adequada a cada subgrupo na defesa dos interesses conflituosos.

Nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, podem existir subgrupos e zonas de interesses distintas, que podem

568 Maurílio Casas Maia aponta que, na situação de pluralidade de interesses antagônicos entre grupo vulneráveis, “é necessário aplicar, no âmbito do processo coletivo e nos procedimentos de uniformização dos precedentes (tais como o IRDR), o inciso V do art. 4º-A da LC n. 80/1994, designando-se defensor público para atuação como ‘amigo da comunidade’ (*amicus communis*’ ou *amicus communitatis*) – tratando-se de legitimidade institucional da Defensoria Pública vinculada a interesse de grupos específicos não abrangidos pela atuação institucional e em conflito com a manifestação institucional como parte, proponente do IRDR ou de interveniente *Custos Vulnerabilis*. (...) Desse modo, a Defensoria Pública deverá prover tantos defensores públicos ‘amigos da comunidade’ quantos forem as comunidades vulneráveis com interesses divergentes, garantindo-se a igualitária representatividade institucional aos interesses conflituosos”. (MAIA, Maurílio Casas. O Ministério Público e a Defensoria Pública como intervenientes constitucionais autônomos no IRDR: sobre as legitimidades institucionais de *Custos Iuris*, de *Custos Vulnerabilis* e de *Amicus Communitatis*. In: PORTO, José Roberto Mello; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Org.). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panoramas e Perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 557-588, esp. 574-575).

ensejar ou não divergências entre os membros dos grupos/subgrupos em relação a algumas pretensões⁵⁶⁹.

Imagine a hipótese de um grupo de consumidores que firmaram o mesmo contrato com determinado fornecedor, de modo que apresentam situação jurídica comum. Contudo, em eventual demanda que discute a ilegalidade de determinada cláusula contratual, pode ocorrer a subdivisão do grupo dos consumidores em razão do conflito de interesses, decorrente do: (I) subgrupo de consumidores que pleiteiam a rescindir a relação contratual, retornando ao estado anterior (*statu quo ante*); e (II) subgrupo de consumidores que desejam continuar a relação contratual, com a exclusão da suposta cláusula ilegal.

Mostra-se essencial e necessário que seja oportunizado a cada subgrupo o direito de pleitear a sua intervenção e manifestar-se no procedimento, por meio de um representante adequado, de modo a assegurar os seus interesses, sob pena de violação às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Somente a partir da precisa identificação de cada subgrupo envolvido na questão jurídica controvertida é que se poderá determinar quais são os interesses que estão efetivamente sendo tutelados no procedimento.

A identificação dos subgrupos é essencial, inclusive, para fomentar a participação dos seus respectivos representantes e, conseqüentemente, possibilitar que todos os argumentos relevantes para a adequada e completa resolução da questão sejam apreciados pelo órgão julgador. Logo, haverá menor espaço para questionamento acerca da aplicação da tese jurídica, em razão da suposta falta de esgotamento dos argumentos relativos à temática⁵⁷⁰.

569 Edilson Vitorelli, abordando o processo coletivo nos litígios irradiados, aponta que “existem zonas de interesse mais ou menos superpostas, que colocam esses subgrupos em posições opostas em relação a algumas pretensões ou parcelas de pretensões, ao mesmo tempo em que estão aliados em outras, todas relativas ao mesmo litígio. A representação visual de um litígio irradiado não é a de dois campos opostos, mas a de vários círculos tridimensionalmente agrupados, que se interceptam mutuamente, em profundidades variadas ou, como propôs Fletcher, uma teia de aranha, cujos fios representam os diversos centros emaranhados do mesmo problema”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 557).

570 Neste sentido Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves ensinam que: “A identificação desses subgrupos é crucial para uma adequada resolução da questão, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos respectivos representantes dos subgrupos, maiores serão as chances de que todos os fundamentos que cercam a questão sejam analisados e, conseqüentemente, menor será o espaço para rediscussão da interpretação conferida por falta de um debate abrangente e exaustivo dos fundamentos que cercam a questão” (DIDIER JR, Fredie;

Poderá ocorrer também que os membros do grupo estejam em situação fático ou jurídica distinta em relação a um determinado fato ou dano, que enseja conflitos de interesses internos no grupo. A título de exemplo, imagine determinado IRDR ou recurso repetitivo que verse sobre a (i)legalidade da produção, da comercialização e do uso de determinado produto químico, tido como tóxico e prejudicial à saúde das pessoas que são expostas a ele⁵⁷¹, bem como da necessidade (ou não) da cessação do seu uso e reparação dos prejuízos das vítimas. Nessa demanda, é possível imaginar a existência de diversas zonas de interesses, como: das empresas que utilizam o produto químico em sua produção; dos trabalhadores dessas empresas que são expostos ao contato com o produto no exercício da atividade laboral; da pessoas cujas residência estão situadas na vizinhança das fábricas que utilizam esse produto químico; das empresas que comercializam bens que foram produzidos com esse produto; dos consumidores desses bens; e das vítimas que sofreram lesões e danos decorrentes do contato com esse produto.

Destaca-se que, analisando caso referente ao acordo firmado em ação coletiva, na qual se pleiteava indenização decorrente da exposição ao amianto (*Amchem Products, Inc. v. Windsor* [1997]⁵⁷²), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reverteu a certificação concedida à demanda, revogando os efeitos da transação, por entender que não foi atendido os requisitos: (I) da representação adequada, por haver conflito de interesse entre os membros do grupo que comprovaram as lesões e pleitearam o pagamento imediato das indenizações em contraposição aqueles que buscavam a constituição de fundos para eventuais danos futuros; e (II) da predominância das questões comuns sobre as individuais, diante da dispersão nacional dos casos, da diversidade de exposição das pessoas a diferentes produtos com amianto, da variação dos graus de lesão e da presença de antecedentes clínicos em alguns indivíduos⁵⁷³.

ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 55)

571 Conforme ocorreu com o amianto (produto que era utilizado na fabricação de telhas e caixas d'água), cujo produção, a comercialização e o uso foi objeto da ADI's 3406 e 3470, perante o STF.

572 *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 597, 652 (1997). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/388/>].

573 Acerca desse caso, ver: KLONOFF, Robert. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: WestAcademic, 2012; KLONOFF, Robert. H; BILICH, Edward K.M; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation: cases and materials*. American casebook

Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ponderou que os representantes do grupo que firmaram o acordo deveriam fornecer “garantias estruturais de representação justa e adequada”, durante toda a fase da negociação e da celebração da transação.

Posteriormente, em 1999, no julgamento de *Ortiz v. Fibreboard Corp*⁵⁷⁴, que versava sobre a certificação (ou não) de uma ação coletiva de dimensão nacional composta por requerentes atuais e futuros expostos ao amianto, em razão da ausência de representação adequada, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América esclareceu que as “garantias estruturais de representação justa e adequada” mencionadas no caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor* incluíam a técnica da criação de subclasses (*subclassing*) e a nomeação de novos e diferentes representantes e advogados para cada subgrupo.

Do mesmo modo, pensando na hipótese de litigiosidade repetitiva acerca de determinada questão de direito processual, cita-se o tema repetitivo nº 1.000 do STJ, cuja questão submetida a julgamento é o “cabimento ou não de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível, na vigência do CPC/2015”. Nesse caso, os recursos especiais escolhidos como representativos da controvérsia (REsp 1.763.462/MG e REsp 1.777.553/SP de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino) têm como recorrentes instituições financeiras. Ocorre que, além dos bancos, esta matéria também tem grande relevância para empresas de telefonia, empresas de seguro e seus respectivos consumidores, por exemplo. Portanto, mostra-se necessário oportunizar que cada

series. 2 ed. Thomson West: 2006, p. 675-681; MULLENIX, Linda S. Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes. *Vand. L. Rev.*, [S.I.], v. 57, 2004. p. 1715; DODSON, Scott. Subclassing. *Cardozo L. Rev.*, [S.I.], v. 27, 2005. p. 2365-2366; FACHINELLO, João Antonio Tschá. Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense. *Revista de Processo*. vol.326. ano 47. São Paulo: Ed. RT, abril 2022, p. 283-312 – versão digital; DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. “Evolução da técnica processual do individualismo exacerbado ao coletivismo artificial: o IRDR como ferramenta de equilíbrio do sistema”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. 22, p. 143-169, 2021 – versão digital; DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. “Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das class actions levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual”. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (Org.). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: paranoma e perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 117-141.

574 *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/>].

subgrupo tenha a possibilidade de intervir no procedimento e apresentar os argumentos relativos ao impacto da tese nos seus membros.

Note-se que a precisa identificação dos grupos envolvidos na questão de direito controvertida é necessária, inclusive, para que se possa aferir, de forma correta, quais são as ações que devem ser suspensas em razão da admissão do IRDR ou da afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos (artigos 982, inciso I; e 1.037, inciso I e II, do CPC). Do mesmo modo, o direito à distinção (artigo 1.037, §§ 8º e 9º, do CPC) apenas poderá ser exercido, de forma clara, se houver a prévia e necessária identificação, com precisão, da questão submetida à julgamento e do grupo envolvido na controvérsia.

A representatividade adequada de cada subgrupo somente irá ocorrer quando houver um legitimado que lhe integra e tenha a oportunidade de apresentar ao órgão julgador o posicionamento e os argumentos favoráveis aos interesses dos membros desse subgrupo.

Admitir a participação de apenas um dos representantes de um dos subgrupos implica em desfavorecer os demais subgrupos, que não estarão adequadamente representados. Conseqüentemente, o procedimento de formação da tese jurídica não se mostra legítimo, por falta de participação e representatividade adequada dos membros dos grupos/subgrupos.

No direito norte-americano, a partir da emenda ocorrida em 1966 nas Regras Federais do Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), houve a previsão da figura da subclasse (*subclassing*), com a incorporação do atual item (c)(5) à *Rule 23*, que dispõe que, “quando apropriado, uma classe pode ser dividida em subclasses, cada uma tratada como uma classe sob esta regra”⁵⁷⁵.

Nas ações coletivas (*class action*) do direito norte-americano, passou-se a autorizar que uma classe grande e superficialmente homogênea fosse dividida em grupos menores de acordo com as questões comuns de seus membros, que não estão presentes nos membros dos demais subgrupos⁵⁷⁶.

575 Tradução livre. No original: “Rule 23 (c)(5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule”.

576 Rachael Mulheron ensina que “Eles são criados onde a subclasse contém membros com questões que são questões comuns não compartilhadas por todos os membros da classe” (tradução livre). No original: “They are created where the sub-class contains members having issues that raise common issues not shared by all the class members” (MULHERON, Rachael. *The class action in*

Visando a assegurar a representatividade adequada dos membros do grupo, na hipótese de o grupo conter pessoas com reivindicações semelhantes, mas que apresentam posições fáticas ou jurídicas distintas ou conflito de interesses internos, mostra-se necessário que o juízo faça a divisão do grupo em subclasses com representantes e advogados próprios⁵⁷⁷.

No direito norte-americano, os tribunais utilizam da técnica da divisão de grupo em subclasses, por dois principais motivos. O primeiro refere-se à necessidade de resolver divergências de interesse dentro da própria classe, o que exige, em regra, a constituição em separada de um representante e um advogado para cada para cada subclasse. O segundo motivo de uso da técnica da divisão em subclasses é evitar problemas ou questionamentos relacionados à exigência da predominância da questão comum em relação ao individual e à suposta falta de eficiência no enquadramento da ação como coletiva^{578 579}.

common law legal systems: a comparative perspective. Londres: Bloomsbury Publishing, 2004. p. 184). No mesmo sentido, Steven S. Gensler aponta que: “a essência da subclasse é que ela classifica um grupo grande e superficialmente homogêneo em grupos menores que refletem com mais precisão as diferenças entre eles” (tradução livre). No original: “the essence of the subclass is that it sorts a large and superficially homogenous group into smaller groups that more accurately reflect the differences between them” (GENSLER, Steven S. Civil Procedure: Class Certification and the Predominance Requirement Under Oklahoma Section 2023 (B)(3). *Okla. L. Rev.*, [S.l.], v. 56, n. 2, 2003. p. 321-322).

577 Antonio Gidi ensina que “a subdivisão do grupo heterogêneo em subgrupos formados por membros que estão em situações uniformes é uma arma contra a extinção da ação coletiva, e somente através dessa técnica pode-se dar tratamento coletivo a tais controvérsias complexas. Ao reconhecer que os membros do grupo estão em situações fáticas ou jurídicas diferentes ou que há conflitos de interesses internos, o juiz deve subdividir o grupo e atribuir a cada subgrupo um representante e um advogado próprios. O representante e o advogado de cada subgrupo funcionam como o porta-voz dos interesses diferenciados dos subgrupos que representam. A representação separada de cada uma das situações diferentes e de cada um dos interesses conflitantes permite que tais diferenças e conflitos sejam levados ao conhecimento do juiz, permitindo uma decisão ou acordo mais bem informado e, portanto, mais adequado”. (GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267).

578 FACHINELLO, João Antonio Tschá. Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense. *Revista de Processo*. vol.326. ano 47. São Paulo: Ed. RT, abril 2022, p. 283-312 – versão digital.

579 Antonio Gidi aponta que, “muitas vezes, o que parece ser uma questão de natureza exclusivamente individual, ou conflitos insolúveis de interesses internos ao grupo comprometedores da presença dos requisitos da questão comum, da superioridade e da representação adequada, pode ser uma situação compartilhada por outros membros do grupo. Todavia, a subdivisão em subgrupos somente é possível se a diversidade dos membros se subsume em subgrupos nitidamente identificáveis.” (GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 268).

Ao tratar das ações coletivas do direito norte-americano, Antonio Gidi destaca que “a omissão do juiz em subdividir o grupo e em garantir representação adequada para cada interesse conflitante na controvérsia poderá conduzir à não-formação de coisa julgada em face dos membros que não foram adequadamente representados em juízo”^{580 581}.

Edilson Vitorelli, ao propor uma “teoria geral do processo representativo” no direito brasileiro, defende que o devido processo coletivo deve ser regido, inclusive, pelo “Princípio da titularidade definida dos interesses dos representados” e pelo “Princípio da atuação orbital do representante”⁵⁸².

Em relação ao “Princípio da titularidade definida dos interesses dos representados”, tem-se o postulado de que “o processo representativo é um veículo para a tutela de direitos que têm titularidade definida, identificada, a partir da lesão, com o conjunto de indivíduos que compõem determinada acepção de sociedade”. O doutrinador assevera que “a atividade do representante não é desvinculada dos representados pelos quais atua. Não se trata de uma atividade feita em nome ou com autoridade própria, mas na condição instrumental de depositário das expectativas de terceiros”⁵⁸³.

O “Princípio da atuação orbital do representante” considera que “o conteúdo da atividade representativa é a atuação em favor da promoção dos interesses dos representados, definidos como os bens necessários a permitir que suas aspirações se realizem”. Os interesses e objetivos do grupo devem ser cooptados da vontade do

580 GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 268.

581 No mesmo sentido, André Vasconcelos Roque aponta que, “uma vez constatada a necessidade de subdivisão da classe, o juiz não apenas pode, como deve se valer de tal técnica. A omissão do juiz pode comprometer a representatividade adequada de pelo menos uma parcela da coletividade, o que impediria a formação a coisa julgada contra parte do grupo e impossibilitaria a aprovação de acordos globais, que tenham por objetivo pôr um fim definitivo à controvérsia. Referindo-se a uma expressão conhecida do direito brasileiro, pode-se afirmar que se trata de um poder-dever do juiz”. (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 264).

582 Além desses dois princípios, Edilson Vitorelli também expõe que a “teoria geral do processo representativo” deve ser regulada pelo “Princípio da complementaridade entre representação e participação” e o “Princípio da variância argumentativa”: VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 250-271.

583 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 259.

próprio grupo; e, não, de um exercício solitário de atuação do representante. Nesse sentido, Edilson Vitorelli ensina que compete ao representante apurar “quais são as aspirações do grupo e, a partir delas, alguma liberdade na definição dos métodos para promover os interesses que as viabilizam”⁵⁸⁴.

Esses princípios estruturados por Edilson Vitorelli para uma “teoria geral do processo representativo” têm aplicação e devem ser observados no âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos.

A correta e necessária identificação dos subgrupos é condição basilar para o devido processamento dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, na medida em que não existe representação abstratamente adequada. É essencial definir a titularidade dos interesses que serão tutelados, de modo a permitir a adequada apuração das aspirações dos membros do grupo/subgrupo.

Conforme leciona Edilson Vitorelli, a construção de uma teoria da representação processual adaptada aos anseios do século XXI necessita de uma análise mais profunda, devendo haver uma definição: (I) de quem são os representados no processo; (II) de quais são os interesses desses representados, que devem nortear a atuação do representante; (III) de como deve ser regulada a atuação do representante; e (IV) da forma como o esquema representativo será sistematizado em uma tradição processual acostumada com a participação direta dos interessados e que é reiteradamente afirmada como participativa⁵⁸⁵.

4.2. A participação dos membros de grupo no microsistema de julgamento de casos repetitivos: as partes, os “litigantes sobrestados” e os “ausentes”

O IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos são procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos (artigo 928 do CPC). Esses procedimentos visam ao tratamento da litigiosidade repetitiva, decorrente da existência de uma controvérsia acerca de determinada relação jurídica coletiva (ativa ou passiva), que envolve um grupo de pessoas.

584 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 259.

585 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 252

No âmbito do microsistema de julgamento de casos repetitivos, haverá a resolução por amostragem de caso(s) representativo(s) da controvérsia, por meio do sistema de “causa-piloto”.

Nesta sistemática, no IRDR e no rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, ocorrerá: (I) a suspensão dos demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão de direito (artigos 980; 982, inciso I; 1.037, incisos II c/c §4º, do CPC); (II) a fixação da tese jurídica a ser aplicada a todos esses processos suspensos (artigos 985, inciso I; e 1.040 do CPC); e (III) a formação de precedente judicial a ser aplicado às eventuais demandas futuras (artigo 985, inciso II, do CPC).

Nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, após fixada a tese jurídica, competem aos demais órgãos julgadores aplicar a *ratio decidendi* aos casos sobrestados. O precedente judicial firmado no IRDR e no rito dos recursos repetitivos tem força vinculante em relação aos demais processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma questão de direito (artigos 927, inciso III, do CPC)^{586 587}.

Os litigantes que estão com os seus processos suspensos são afetados diretamente pela tese jurídica fixada nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos. Independente da tese jurídica ser favorável ou

586 Defendendo a força vinculante dos precedentes judiciais firmados no IRDR e no rito dos recursos repetitivos: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 11ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 469; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 47ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 797-799; ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.323; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 447-448; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 440-442; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. “A polêmica acerca da força vinculante dos precedentes judiciais”. In: *Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 547-567. Além disso, eis o teor do Enunciado nº 170 do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

587 Em sentido contrário, sustentando que os precedentes judiciais firmados no IRDR e no rito dos recursos repetitivos não têm força vinculante, por falta de previsão constitucional: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1836-1840; STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Geirges. Comentários ao artigo 927. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lenio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1200-1203.

contrária à pretensão do litigante que está com seu processo suspenso, o órgão julgador irá aplicar a *ratio decidendi*, na hipótese de verificar que o caso concreto versa sobre idêntica questão de direito e as partes não suscitaram qualquer argumento jurídico novo, não abordado na formação do precedente, capaz de infirmar o precedente judicial⁵⁸⁸.

Após fixada a tese jurídica, o magistrado deve dedicar o seu julgamento à demonstração da correlação fática e jurídica entre o caso concreto e os processos representativos da controvérsia (precedentes paradigmas), na medida em que a análise da argumentação jurídica já foi feita pelos tribunais durante o julgamento do IRDR e dos recursos repetitivos⁵⁸⁹. Ou seja, nesse momento, o contraditório do litigante que estava com o processo sobrestado restringe-se à discussão acerca de eventual distinção entre o caso concreto e o precedente paradigma⁵⁹⁰.

Em relação aos processos futuros que versem sobre a mesma questão de direito, que ainda não foram ajuizados, a tese jurídica firmada no precedente judicial deve ser igualmente observada e aplicada, vinculando esses potenciais litigantes.

Os membros de grupo no microsistema de julgamento de casos repetitivos podem ser: (I) as partes que integram o(s) caso(s) representativo(s) da controvérsia; (II) os “litigantes sobrestados”, que são as partes que estão com os seus processos suspensos aguardando a fixação da tese jurídica; e (III) os “ausentes”, que são as pessoas que ainda não ajuizaram qualquer demanda perante o Poder Judiciário, mas tem interesse em acompanhar a controvérsia, em razão de eventual lesão ao seu direito material. Assim, os “ausentes” são aqueles que detêm uma demanda em potencial acerca da questão de direito controvertida⁵⁹¹.

588 Acerca da possibilidade da possibilidade de não aplicação da tese jurídica, em razão da existência no caso concreto de argumento jurídico novo, não abordado na formação do precedente: OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. “Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica”. *Revista de Processo*. Vol. 280, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2018, p. 379 – 402.

589 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 524 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.

590 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 54.

591 Maria Cecilia de Araújo Asperti ensina que, “processualmente, esses *ausentes* podem ser considerados terceiros que são afetados direta ou indiretamente pelas repercussões da decisão judicial. Esses terceiros podem (ou poderiam) litigar, futuramente, em casos similares, que terão

A participação dessas três categorias de membros de grupo nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos tem natureza jurídica, características e capacidades/poderes distintos.

4.2.1. A natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”: o interesse jurídico na formação da tese jurídica favorável

A participação dos sujeitos que integram os processos representativos da controvérsia decorre da sua própria condição de parte na causa (autor ou réu do processo originário). Esses sujeitos condutores (líderes) têm, em regra, o pleno e integral direito de contraditório e de ampla defesa assegurados, na medida em que são as suas manifestações que apresentarão, inicialmente, os fatos e os argumentos jurídicos essenciais para o deslinde da controvérsia. Além disso, a esses sujeitos condutores (líderes) é garantido o direito de sustentação oral no julgamento do IRDR e dos recursos repetitivos (artigo 984, inciso II, alínea a, do CPC).

A atuação dos sujeitos condutores (líderes), no âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos, assemelha-se a dos litigantes das demandas individuais, sendo-lhes assegurado o integral direito de participação direta e efetiva, por meio de manifestações escritas e orais.

Entretanto, em relação aos “litigantes sobrestados” e “ausentes”, o Código de Processo Civil não disciplinou, de forma detalhada e exaustiva, como deve ocorrer a participação e o direito de contraditório e ampla defesa desses sujeitos interessados e impactados pela fixação da tese jurídica.

O Código de Processo Civil apenas estabeleceu que o relator: (I) no âmbito do IRDR, ouvirá os demais interessados, inclusive pessoas com interesse na controvérsia, que, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (artigo

seu desfecho impactado pela aplicação de uma tese jurídica formada em julgamento de casos repetitivos. Podem, ainda, ser indivíduos que sequer teriam recursos e possibilidades de arcar com os custos e demandas judiciais, porém que sofrerão os impactos das posturas institucionais e mercadológicas adotadas a partir do entendimento judicial acerca das matérias discutidas em juízo.” (ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 69).

983 do CPC); e (II) no âmbito do rito dos recursos repetitivos, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas com interesse na controvérsia (artigo 1.038, inciso I, do CPC). Além disso, a lei assegurou aos interessados no julgamento do IRDR, de forma geral, o direito de sustentar oralmente (artigo 984, inciso II, alínea b, do CPC).

Desse modo, é necessário apurar qual é a natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo) nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

A intervenção dos membros de grupo não caracteriza ou se assemelha à participação do *amicus curiae*, prevista no artigo 138 do CPC. A modalidade de intervenção do *amicus curiae* é pautada por um interesse institucional, com foco em uma perspectiva social e coletiva, que transcende aos interesses privados das partes, dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”.

Os *amici curiae* são pessoas, órgãos ou entidades que visam a auxiliar o juízo. Trata-se de sujeito processual⁵⁹², cuja intervenção é orientada por um interesse que pode ser considerado público⁵⁹³. Ainda que a atuação do *amicus curiae* coincida com os interesses e a defesa de um determinado grupo ou segmento da sociedade, a sua intervenção não se justifica e legitima por um interesse jurídico clássico, vinculado à relação jurídica subjetiva objeto da lide.

592 “Podemos entender por ‘sujeitos do processo’ todos aqueles que, de alguma forma, atuam no processo e que, conseqüentemente, têm, em alguma medida, legitimidade para a prática de atos processuais (...) não há como negar seja o *amicus curiae* um desses sujeitos. Ele participa de uma relação processual, pelas variadas e assistemáticas razões que nosso direito positivo reconhece, ou que, com maior ou com menor clareza, é possível extrair do nosso sistema processual civil, tendo, conseqüentemente, legitimidade para a prática de alguns atos correlatos a sua própria razão de estar no processo” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344 e 395)

593 Cassio Scarpinella Bueno destaca que “o interesse institucional também é interesse público. E o é justamente porque transcende o interesse individual de cada uma das partes litigantes e, o que para nós é mais saliente, porque transcende o próprio ‘interesse’ eventualmente titularizado pelo próprio *amicus curiae*. O interesse institucional é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possuir e os possuirá, não há como negar isso, legitimamente. Não é um interesse público do Estado, que caracteriza o Estado como tal, um ‘interesse estatal’, mas pode haver um interesse público que também diga respeito ao Estado, mais especificamente aos valores que o Estado representa e tem como mister primeiro cumpri-los. É, nessas condições, um interesse público primário, para valerem-nos, aqui também, da dicotomia adotada, em geral, pelos administrativistas” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 461). No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003, p.41; CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”. *Revista de Processo*. Vol.117, São Paulo: revista dos Tribunais, set-out/2004, p.25

Cassio Scarpinella Bueno ensina que o interesse institucional do *amicus curiae* “é conceituado como um interesse jurídico, especialmente qualificado, porque transcende o interesse individual das partes”. Além disso, o doutrinador aponta que o interesse institucional “é jurídico no sentido de estar previsto no sistema, a ele pertencer, e merecedor, por isso mesmo, de especial proteção ou salvaguarda”⁵⁹⁴.

A participação do *amicus curiae* não decorre de eventual interesse subjetivo no desfecho da lide, próprio das partes e dos terceiros que sofrerão os efeitos da decisão final⁵⁹⁵.

A intervenção do *amicus curiae* nos procedimentos de litigiosidade repetitiva advém da concepção de democracia deliberativa e participativa e da transcendência dos efeitos do julgamento dessas ações e incidentes⁵⁹⁶, de modo que não se justifica ou assemelha à participação dos litigantes que têm interesses individuais no julgamento.

Parte da doutrina sustenta que os atuação dos litigantes que têm interesse na fixação da tese jurídica objeto dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos enquadra-se na categoria da assistência (modalidade de intervenção de terceiro), seja na assistência simples, regulamentada pelos artigos 121 a 123 do CPC; seja na assistência litisconsorcial, disciplinada no artigo 124 do CPC⁵⁹⁷.

594 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459.

595 “Não se trata, entretanto, de um interesse como aquele que o direito italiano – e, em idêntica medida, o direito brasileiro – entende como típico o suficiente para dar embasamento a uma intervenção de terceiros. Não se trata, assim, de um interesse ‘jurídico’ no sentido que estamos habituados a entender, ‘subjetivado em uma das partes’ e, portanto, bem localizado em um dos dois polos da relação processual. Trata-se, diferentemente, de um interesse que vai além da esfera jurídica objetivada naquele que pretende intervir na qualidade de *amicus curiae*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 121-122)

596 CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004, p. 13.

597 Edilton Meireles sustenta que a intervenção dos “litigantes sobrestados” pode ocorrer por assistência simples ou litisconsorcial: “Vejam que aqui, esses ‘demais interessados’, inclusive outras pessoas, órgãos ou entidades, devem ser ‘interessados na controvérsia’. Logo, elas devem ser admitidas no feito ou como assistentes simples (art. 121 do CPC) ou como assistente litisconsorcial (art. 124) (...) O interesse aqui há que ser entendido como o da pessoa que pode intervir no feito como assistente simples ou litisconsorcial” (MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCP)*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 120).

Bruno Dantas entende que o litigante que teve o seu processo suspenso em razão da instauração do IRDR detém “interesse jurídico suficiente para viabilizar sua intervenção na qualidade de assistente simples daquela parte processual do processo piloto que sustenta tese jurídica idêntica à sua”. Segundo o jurista, no âmbito do IRDR, são admissíveis duas modalidades de intervenção de terceiros: a do *amicus curiae* e a do assistente simples, de modo que este “deve possuir interesse jurídico na questão. Isto é, a eventual decisão favorável a uma das partes deve impactar indiretamente a relação jurídica da qual faz parte”^{598 599}.

Na concepção de Marcos Cavalcanti, após a instauração do IRDR, as partes dos demais processos repetitivos “assumem a qualidade de assistente litisconsorcial de uma das partes originárias do processo judicial pendente no tribunal”. Segundo o autor, tal situação enquadra-se na figura do assistente litisconsorcial, “porque a decisão emanada do julgamento do IRDR, apesar de abstrata, influirá diretamente na relação jurídica travada entre ele e seu adversário na demanda repetitiva”^{600 601}.

598 DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.438

599 Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Erik Navarro Wolkart defendeu que os litigantes que estão com os processos sobrestados podem atuar nos meios de resolução por amostragem, como a repercussão geral e os recursos repetitivos, na condição de assistente simples: WOLKART, Erik Navarro. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 55-62.

600 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 539.

601 Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, Leonardo Carneiro da Cunha, analisando a versão projetado do IRDR, destacou: “Enquanto não definida a tese jurídica a ser aplicada aos casos repetitivos, as partes de cada um dos respectivos processos podem intervir no mencionado incidente, contribuindo com o convencimento do tribunal. Tais partes têm interesse *jurídico* no resultado a ser obtido com o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Quer isso dizer que as partes das causas repetitivas, cujo processamento deve suspender-se ante a instauração do aludido incidente, podem nele intervir, fazendo-o na condição de assistentes litisconsorciais, exatamente porque a questão jurídica discutida também lhes diz respeito. Na verdade, o referido incidente representa a controvérsia, concentrando, no tribunal, todas as demandas que se fundam na questão jurídica a ser ali examinada. As partes de cada processo repetitivo podem tornar-se, igualmente, partes no mencionado incidente, nele intervindo na condição de assistentes litisconsorciais. Tais partes, que passam a figurar como assistentes litisconsorciais no incidente de resolução de demandas repetitivas, não se confundem com os *amici curiae* que possam eventualmente participar do seu processamento e julgamento. Estes figuram como auxiliares do juízo, contribuindo com argumentos, dados e elementos extraídos de sua experiência ou atividade, que se relaciona com o tema a ser examinado pelo tribunal.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./2011, p. 255-280)

Seguindo o mesmo entendimento de Marcos Cavalcanti, os autores Eduardo Cambi e Matheus Vargas Fogaça apontam que “as partes das causas repetitivas que intervirem no incidente o farão na condição de assistentes litisconsorciais, pois a questão em debate também lhes dirá respeito. Não serão tratadas, como *amicus curiae*”^{602 603}.

Ocorre que a assistência é modalidade de intervenção de terceiros voluntária, que depende da existência de interesse jurídico decorrente de vínculo entre as relações jurídicas. Ou seja, para que o terceiro possa intervir no feito, deverá possuir interesse jurídico na causa⁶⁰⁴.

Na concepção clássica de direito processual civil, o interesse jurídico é apurado a partir do direito material objeto da demanda, de modo que somente pode intervir no processo o terceiro que tem alguma relação jurídica conexa ou dependente com o objeto do feito do qual pretende participar⁶⁰⁵.

602 CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 243, mai./2015, p. 333 - 362 - versão digital.

603 Antonio Adonias defendeu que os “litigantes sobrestados” seriam litisconsortes facultativos: “todos os sujeitos que figuram como partes em feitos que tramitam em primeiro e em segundo grau de jurisdição, dentro da competência territorial do tribunal no qual tramita o incidente, possuem interesse direto na fixação da tese, razão pela qual devem ser consideradas como partes no procedimento de fixação da tese. Em outras palavras: embora não figurem como partes no processo/recurso que deu origem ao incidente, serão considerados desta maneira no incidente. Trata-se de um litisconsórcio facultativo, decorrente da afinidade de questões por um ponto comum de direito”. (BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 173).

604 Cassio Scarpinella Bueno ensina que “ambas as figuras de assistência – seja a simples ou adesiva, seja a litisconsorcial ou qualificada – necessitam, para serem admitidas, que aquele que pleiteia sua intervenção em causa alheia (assistente) seja titular de interesse jurídico. Em relação ao assistente simples, tal interesse deve ser dedutível da probabilidade atual ou iminente que possa a decisão ser proferida no processo que pretende intervir vir a afetar sua esfera jurídica enquanto fato eficaz. O que importa distinguir é que, na lide deduzida em juízo, entre assistido e seu adversário, não está em questão nenhum interesse do assistente e o atingimento dos efeitos naturais da sentença em seu patrimônio jurídico é uma questão de fato. Não há relação jurídica material da qual o assistente faz parte posta em juízo. Ademais, o interesse que o assistente simples tem de demonstrar não pode ser de cunho exclusivamente moral, econômico ou político. (...) O assistente litisconsorcial também só pode pretender intervir em processo alheio quando tiver interesse jurídico no deslinde da ação existente entre o assistido e seu adversário. No entanto, a existência deste seu interesse manifesta-se de forma mais clara e aguda do que no caso da assistência simples, porque o que está em discussão no processo também lhe pertence individualmente, embora não seja ele quem tenha deduzido ou contra quem tenha sido deduzida a lide. É dizer: nos casos de assistência litisconsorcial existe relação jurídica material do assistente já posta em juízo.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Intervenção de Terceiros: Questões Polêmicas*. 3ª ed. - São Paulo: CPC, 2004, p. 6-8)

605 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de

A intervenção do terceiro como assistente pressupõe interesse jurídico (artigo 119 do CPC). Em regra, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a posição de que o interesse meramente econômico ou afetivo/emocional não justificaria e autorizaria a intervenção do terceiro, exigindo-se a vinculação jurídica^{606 607 608}.

Contudo, esse interesse não decorre da tutela do próprio direito subjetivo do assistente, na medida em que ele não integra a lide. O interesse jurídico do assistente advém da busca pela manutenção ou obtenção de uma situação jurídica de outrem (parte assistida), que possa influir na relação jurídica não litigiosa existente entre o assistente e o assistido⁶⁰⁹.

Na assistência *simples* (artigos 121 a 123 do CPC), o assistente não busca defender interesse próprio, de modo que o interesse jurídico existente é reflexo ou indireto em relação ao terceiro. A atuação do assistente simples é tão somente de

grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 59.

606 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 485; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 367; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 89. No mesmo sentido, a Primeira Seção do STJ consignou que “a orientação desta Corte Superior é firme no sentido de que a lei processual admite o ingresso de terceiro na condição de assistente simples apenas quando demonstrado seu interesse jurídico na solução da controvérsia, ou seja, quando verificada, em concreto, a existência de relação jurídica que será integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo. Nesse particular, a redação do art. 119 do CPC/2015 não alterou, em essência, o regime jurídico processual anterior, até porque continua a exigir que a admissão da assistência simples somente pode ocorrer quando houver “terceiro juridicamente interessado”. (BRASIL, STJ, EDcl no REsp 1336026/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018)

607 Admitindo-se a possibilidade de intervenção negociada, decorrente de convenção processual firmada pelas partes: SANTOS, Marina França. “Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil”. *Revista Forense*. Vol. 420, Rio de Janeiro: Forense, 2014; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A assistência no projeto do novo Código de Processo Civil”. In: *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudo em homenagem a Thereza Alvim*. Org.: Arlete Inês Aurelli, et. al São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 486; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 367. Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 491 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo.”

608 Defendendo que existem outros interesses, além do “interesse jurídico”, que devem ser admitidos como pressupostos para a atuação em juízo: TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

609 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 356.

auxiliar uma das partes a obter sentença favorável, de modo que o terceiro não sofrerá a eficácia direta da sentença e da coisa julgada. É a eficácia reflexa que a sentença pode causar na relação jurídica do terceiro que justifica o seu interesse em intervir na lide⁶¹⁰.

Por outro lado, na *assistência litisconsorcial* (artigo 124 do CPC), o terceiro tem interesse jurídico imediato. Nesta hipótese, a intervenção do terceiro pode advir de duas situações: (I) o assistente afirma ser titular da relação jurídica discutida, de modo que atuaria na defesa direta de direito próprio objeto da lide; ou (II) o assistente afirma ser colegitimado extraordinário à defesa em juízo da relação jurídica que está sendo discutida⁶¹¹.

Entende-se que a intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo) nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos não tem a natureza jurídica da assistência simples ou litisconsorcial, na medida em que o IRDR e o rito dos recursos repetitivos não resolvem as várias situações jurídicas existentes nos processos que se encontram suspensos ou que podem futuramente serem ajuizados. Em relação aos “litigantes sobrestados” e “ausentes”, há apenas a fixação da tese jurídica que pode ser aplicada futuramente em seu caso concreto, de modo que inexistente o interesse jurídico – no sentido clássico – que autorize a intervenção por assistência⁶¹².

No mesmo sentido, Lucas Buril de Macêdo assevera que “os recursos ou processos de primeiro grau que são suspensos não têm situações jurídicas diretamente solucionadas pelo incidente de resolução demandas repetitivas”. O autor conclui que, “não havendo qualquer relação jurídica, portanto, entre as partes dos

610 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 489.

611 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 496.

612 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves afirmam que: “classificar a intervenção dos membros de grupo como uma modalidade de assistência simples ou litisconsorcial não parece ser a opção mais adequada. Isso porque, com exceção do julgamento das causas-piloto, o IRDR e os REER não decidem as várias relações jurídicas decorrentes dos processos sobrestados, muito menos têm o condão de resolver controvérsias que ainda nem foram levadas ao Poder Judiciário. Há apenas a fixação de uma tese jurídica e a possível formação de um precedente judicial em relação à questão repetitiva de direito, não existindo, nos moldes tradicionais, o interesse jurídico que possibilite a intervenção por assistência”. (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 60).

processos em que se desenrola o IRDR e as partes dos processos suspensos, não há que se falar em possibilidade de intervenção na qualidade de assistente”⁶¹³.

Sofia Temer sustenta que também não haveria interesse jurídico a justificar a atuação dos “litigantes sobrestados” como assistentes no IRDR, diante da ausência de vínculo entre as relações jurídicas substanciais dos sujeitos, ao fundamento de que: (I) o incidente teria natureza objetiva (sistemática do “procedimento-modelo”), de modo que sequer haveria resolução de qualquer caso concreto; e (II) ainda que admitisse a resolução de “causa-piloto” no incidente, não há necessidade das demandas repetitivas sobrestadas serem propostas contra o mesmo litigante ou em razão do mesmo fato⁶¹⁴.

Visando a resolver esta questão da natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, Sofia Temer pondera que parece viável pensar em uma via interventiva ainda não tipificada, distinta da tradicional assistência e cujo interesse jurídico se justifique na formação do precedente judicial^{615 616}.

Destaque-se que, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, no qual restou disciplinada a modalidade da assistência simples e a previsão de participação de terceiros nos procedimentos que integram o microssistema de julgamentos de casos repetitivos, o STF admitiu a intervenção de pessoa interessada na fixação da tese e na formação do precedente judicial, em um processo de reconstrução do conceito de interesse jurídico. Tal situação ocorreu no julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa.

613 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 453

614 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 184.

615 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 186.

616 Maria Cecilia de Araújo Asperti pondera que “mais importante do que definir se o interessado pode ser considerado ou não um assistente é ter clareza acerca de seu direito de participação efetiva nas diversas etapas do julgamento do recurso repetitivo e do IRDR.” (ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 209).

Nesse caso, o STF, à unanimidade, deferiu o pedido de intervenção de um sindicato que não tinha qualquer vínculo direto com o objeto litigioso, mas que representava outras sociedades que estavam em situação semelhante à recorrente (discutia a constitucionalidade ou não do ato de interdição de estabelecimento como forma de coagir alguém ao pagamento de tributo).

Na ocasião, o STF consignou que o interesse jurídico do sindicato que pleiteava a intervenção “encontra amparo na manifesta necessidade de pluralização do debate, concorrendo com os elementos que julgar úteis à melhor compreensão do quadro em exame e forem processualmente admissíveis neste estágio do processo”. Além disso, o STF entendeu que a “decisão que vier a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderá influir na ponderação e na calibração de uma linha histórica de precedentes que versam sobre sanções políticas”. Assim, o STF concluiu que “o interesse da postulante, portanto, extrapola a mera conveniência e interesse econômico de participação em processo que irá definir orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados”⁶¹⁷.

Desse modo, o que se constata é que é necessário repensar e reestruturar a concepção clássica de interesse jurídico, previsto no ordenamento brasileiro, para justificar a intervenção dos membros do grupo no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva^{618 619}.

617 BRASIL, STF, Tribunal Pleno, RE 550.769-QO/RJ, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 28.02.2008, publicada no Informativo do STF 496.

618 Sofia Temer aponta que o “interesse ‘jurídico’ – como historicamente concebido – não é mais o único pressuposto para a atuação em juízo. Afinal, uma vez que estava atrelada a um determinado modelo de adjudicação, em torno da ‘lide’, e uma vez que há contemporaneamente outros escopos, funções e finalidades da jurisdição, outros pressupostos devem ser desenvolvidos”. Deste modo, a doutrinadora conclui que “é chegada a hora de ‘jurisdicionarizar o que antes não era jurisdicionável, de reconhecer as novas funções da jurisdição e as diversas finalidades pretendidas pelos sujeitos no processo. Adotar uma concepção plural de interesse para fins de viabilizar modalidades variadas de atuação judicial vai, portanto, ao encontro da concepção do art. 5º, XXXV, da Constituição como uma cláusula aberta para a democratização do acesso à justiça. Alinha-se, por isso, com o reconhecimento da diversidade no processo judicial, espaço público e político que é.” (TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 248 e 312). Em sentido semelhante, defendendo uma modalidade de intervenção *suis generis*: ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos: a vinculação das decisões no processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 206-217.

619 Edilson Vitorelli, abordando os litígios estruturais, também defende a incompatibilidade das modalidades nominadas de intervenção e participação para tais conflitos: “não há como aplicar a um litígio irradiado de reforma estrutural as ideias tradicionais de restrição da intervenção de terceiros no processo civil, que exigem do interveniente a demonstração de algum tipo de interesse jurídico na lide, pretendem evitar que se perca o foco da discussão inicial. Quando a intenção do

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, parte da doutrina já destacava para a necessidade de repensar o conceito de interesse jurídico, diante da crescente incorporação no ordenamento jurídico brasileiro de mecanismo de vinculação dos litigantes às teses fixadas em precedentes judiciais e enunciados de súmulas vinculantes.

Em artigo publicado em 2007, Sérgio Cruz Arenhart ponderava que os precedentes e súmulas vinculantes repercutem “suas consequências sobre a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo – tolhendo, ao menos por vezes, o direito destes a apresentarem suas razões em eventual demanda futura de que venham a participar”. O doutrinador já destacava que a aplicação automática da tese jurídica fixada no precedente ou súmula vinculante nos casos concretos de terceiros “restringem-lhes o poder de influir na resolução do litígio e de apresentar adequadamente suas teses em juízo”. Assim, o jurista alertava para a “necessidade de repensar o conceito de ‘interesse jurídico’, que se exige para a intervenção e a participação de terceiros em processo – seja em primeiro grau, seja no plano recursal”; de modo a “permitir que estes terceiros não sejam apanhados por decisões judiciais sem que tenham tido antes a oportunidade de apresentar seus argumentos à apreciação do Poder Judiciário”⁶²⁰.

Nesse artigo, Sérgio Cruz Arenhart destacava que não se pode admitir que ocorra a formação de um precedente judicial, a ser aplicado indistintamente nos demais casos que verem sobre a mesma questão de direito, “sem que os titulares destes outros direitos tenham, de fato e de maneira concreta, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial”, sob pena de “violação clara ao contraditório e à ampla defesa, o que tornaria inconstitucional todo o processo”. Desse modo, o autor concluiu que é necessário admitir a participação de todos aqueles que se sujeitarão aos efeitos do precedente judicial, “em condição de assistência ou de figura análoga” e autorizar que “estes terceiros possam equiparar-

processo não é apenas subsumir o caso ao ordenamento jurídico, mas realizar mudança social, essa ampliação de perspectivas é mais que necessária, é essencial.” (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 557).

620 ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424-438 – versão digital.

se à ideia de terceiros prejudicados, podendo recorrer de decisão contrária à sua ‘futura demanda’”. Por fim, o doutrinador sustentou que parece adequado atribuir ao órgão julgador poderes para apreciar a necessidade e limitar a extensão dessa intervenção⁶²¹.

Em sentido semelhante, Antonio do Passo Cabral, em texto publicado em 2009, também já defendia que a ideia da reconstrução do conceito de interesse jurídico, que sempre foi entendido como um “interesse fundado em uma relação jurídica” de direito material. No artigo, o doutrinador sustenta que, modernamente, “a atuação de muitos entes, seja na condição de parte ou de terceiro interveniente, vem desmistificando a conceituação tradicional do interesse jurídico”, citando, por exemplo, a atuação do *amicus curiae* (baseada no interesse público) e da Administração Pública nas ações populares e de improbidade administrativa (fundada no interesse da boa gestão pública, da legalidade e da moralidade administrativa, de modo a autorizar e possibilitar a mudança de polo na demanda). Desse modo, o jurista conclui que “deve haver nova concepção do interesse de agir para os terceiros intervenientes, não mais presa à relação jurídica material como no formato do “interesse jurídico”, vinculado ao privatista modelo do direito subjetivo oitocentista”⁶²².

No âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, a intervenção dos membros do grupo não se legitima e decorre pelas relações jurídicas de direito material objeto dos processos representativos da controvérsia⁶²³.

Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves afirmam que a possibilidade de intervenção dos indivíduos no julgamento de casos repetitivos decorre da “situação jurídica coletiva instalada a partir da instauração, ou seja, o direito à certificação da questão repetitiva de direito”. Os autores sustentam que a intervenção dos membros do grupo “ocorre por uma modalidade especial de

621 ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 424-438 – versão digital.

622 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 23-25.

623 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 63-64.

intervenção, denominada *intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos*". Esta participação dos interessados visa à auxiliar na "formação da decisão das causas-piloto, munindo-a com novos argumentos que possam levar à formação de uma tese jurídica ou precedente judicial que lhe seja favorável"⁶²⁴.

Sofia Temer também defende a ideia de que "há uma espécie de atuação judicial, que não se encaixa nas modalidades nominadas, que visa a direcionar a formação de padrões decisórios". Segundo a doutrinadora, o sujeito sobrestado, na busca por garantir um precedente favorável, "ostenta interesse que pode ser reputado jurídico, embora com uma distinta formatação, porque *desrelacionalizada*"⁶²⁵.

No microsistema de julgamento de casos repetitivos, os "litigantes sobrestados" têm o *interesse jurídico de participar e contribuir para o debate objeto do precedente judicial paradigma*, pois a tese jurídica será aplicada nas suas demandas repetitivas, que se encontram suspensas. Esse interesse é diferente do interesse jurídico clássico previsto para a modalidade de intervenção por assistência, posto que não há qualquer vínculo com a relação jurídica de direito material objeto do IRDR ou dos recursos repetitivos.

Do mesmo modo, em relação aos "ausentes", "deve ser reconhecido e assegurado o interesse jurídico em intervir nos procedimentos de formação da tese, pois a *ratio decidendi* deste precedente judicial vinculará inclusive as demandas futuras, ainda não ajuizadas, que versem sobre a mesma questão de direito."⁶²⁶

624 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. "Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos". *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 63-65.

625 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 251-252.

626 Sérgio Cruz Arenhart assevera que, "logicamente, seria desejável a previsão legal desta intervenção – com o delineamento de sua estrutura básica. Na ausência desta, todavia, não se pode aceitar sua proibição, sob o argumento simplista de que não há previsão legal para tanto ou de que esses terceiros não se amoldam à clássica definição de interesse de intervenção ou de interesse recursal. Assim, no modelo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, parece certo que das decisões tomadas em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou em outros instrumentos dos quais possam resultar decisões vinculantes devem poder participar – e, evidentemente, quando cabível, também recorrer – não apenas as partes e os terceiros interessados, mas também esses terceiros que eventualmente sofrerão as consequências da tese jurídica fixada." (ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Vol. 82, no 2, Brasília, abr/jun 2016, p. 315).

É possível reconhecer e caracterizar a intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” como interesse *jurídico*, na medida em que tal interesse advém da busca pela formação de precedente judicial que observou as garantias do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRFB), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB) e do próprio exercício da democracia e da cidadania para conformação da ordem jurídica (artigos 1º, II, parágrafo único; e 2º da CRFB)⁶²⁷.

A interpretação do interesse jurídico dos membros do grupo, no âmbito do microsistema de julgamento de casos repetitivos, não deve estar atrelada à relação jurídica material da lide posta em juízo⁶²⁸; mas, sim, vinculada à situação jurídica coletiva que transcende à demanda individual, diante da formação da tese jurídica do precedente judicial vinculante.

A participação dos membros do grupo está focada na formação da tese jurídica favorável, não apresentando conexão com a relação jurídica de direito material discutida na causa-piloto. No âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, os “litigantes sobrestados” e os “ausentes” poderão atuar visando a garantir representatividade de determinado grupo, bem como com o propósito de ampliar e complementar a argumentação apresentada pelas

627 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 306-307.

628 Marcelo Barbi Gonçalves aponta interessante crítica acerca da concepção de direito subjetivo como única categoria digna de tutela jurisdicional: “É certo, porém, que a camisa-de-força imposta pelo esquema do direito subjetivo não é a única via pela qual os interesses podem ser tutelados. Há, portanto, outros critérios de reconhecimento da juridicidade de uma pretensão. Noutros termos, as situações jurídicas subjetivas tuteláveis não se enfeixam necessariamente no modelo do direito subjetivo. (...) O interesse, ao contrário do direito subjetivo (*ius et obligatio sunt correlata*), não pressupõe a existência de uma obrigação alheia ou de um estado de sujeição do outro lado da relação jurídica. (...) As figuras da relação jurídica e do direito subjetivo não exauram a fenomenologia referente ao Direito Processual. Por esse motivo, a teorização clássica da jurisdição que orbita em torno dessas categorias é um empecilho a que necessidades concretas de direito substancial sejam protegidas. Isso, contudo, é incompatível com uma dogmática pautada pelo compromisso com a efetividade da tutela jurisdicional. A ampliação do espectro de interesses que encontram amparo no Judiciário, o reforço do grau de proteção das situações materiais e o alargamento do rol de legitimados a ingressar em juízo são, entre outros, os critérios fundamentais para se aferir a justeza de uma teoria no atual estado da arte. (...) Por isso, propõe-se neste livro que a jurisdição é uma função de tutela de interesses. Por interesse, entende-se uma expectativa de incidência normativa. Interesse é, portanto, um desejo, uma aspiração, um juízo de utilidade de um bem em relação a uma necessidade. É, pois, um ato de inteligência.” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 377 e 424-426)

partes dos processos representativos da controvérsia (sujeitos líderes), com o intuito de obter a tese jurídica favorável ao seu caso concreto.

Portanto, entende-se que a natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo) é de *interesse jurídico na formação da tese jurídica favorável*, não se amoldando nas formas jurídicas clássicas de intervenção de terceiros.

4.2.2. O controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo: legitimidade ad actum a partir da análise da contribuição argumentativa, da representatividade e do grau de interesse na controvérsia

A participação é um imperativo ético e pré-jurídico, que influencia o Direito, a relação processual, as instituições estatais e os operadores do Direito⁶²⁹. Com foco no estudo dos litígios coletivos, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros ensinam que o postulado ético da participação está apoiado nos valores da autonomia, da segurança e da racionalização. A partir dessa visão, os autores exploram: (I) a participação enquanto uma experiência; (II) a participação enquanto instrumento; e (III) a participação como direito⁶³⁰.

Na doutrina de Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros, a participação enquanto uma experiência está relacionada à “realização prática da autonomia, fortalecendo-se com vistas à emancipação dos sujeitos”⁶³¹. Trata-se da visão da participação como uma atividade política e social, desenvolvida a partir de interações, na busca da autodeterminação das pessoas, segundo a sua própria consciência e possibilidades.

A participação enquanto instrumento está relacionada ao valor da segurança, como forma de assegurar a previsibilidade e a estabilidade dos atos e efeitos na

629 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 78-79.

630 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 78-98.

631 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 85.

relação processual. A participação é instrumento de efetivação/realização do direito material. A partir dessa visão, constata-se que, no processo coletivo, a participação deve ser exercida nos limites de sua contribuição na busca da realização do direito material. Nesse sentido, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros destacam que “a participação, enquanto instrumento, não se coloca acima dos direitos materiais das pessoas”, de modo que “o nível da participação é dado pela instrumentalidade do processo em sua busca pela realização do direito material e não pela natureza dos direitos materiais em jogo”⁶³².

A participação como direito está associado ao valor racionalização, na medida em que permite a ampliação do conhecimento dos fatos, o fornecimento dos fundamentos jurídicos e possibilita o controle da decisão. Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros ponderam que a participação como direito visa a racionalização no “sentido de transpor para o mundo da formalidade e da institucionalidade os saberes, os interesses, as posições e as perspectivas dos titulares dos direitos envolvidos no litígio coletivo”⁶³³.

A partir desses conceitos, os autores abordam que o direito à participação decorre da união de três elementos: interação, informação e procedimentalização, de modo que “a participação é o direito a um procedimento que permite interação devidamente informada entre os envolvidos em um litígio coletivo”⁶³⁴.

Desse modo, Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros concluem que o direito à participação tem quatro objetivos subjacentes: (I) “objetivos instrumentais: possibilitar o fluxo de informações e operacionalizar a participação nas decisões”; (II) “objetivos de qualidade: visar o envolvimento dos representados como forma de incrementar a qualidade dos debates com vistas à efetividade da tutela judicial”; (III) “objetivos democráticos: possibilitar a participação em seus níveis mais intensos, por meio de procedimentalização e da organização das pessoas”; e (IV) “objetivos emancipatórios:

632 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p.92.

633 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 97.

634 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 98.

permitir que as pessoas sejam protagonistas de seus interesses e deixar um legado político de formação em cidadania e direitos”⁶³⁵.

Esses quatro objetivos subjacentes do direito à participação nos litígios coletivos também devem ser almejados e perseguidos no âmbito dos procedimentos de gestão da litigiosidade repetitiva, que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

No microssistema de julgamento de casos repetitivos, a participação das partes e dos terceiros interessados (demais membros do grupo e *amicus curiae*) apresenta-se diversa do ponto de vista dos centros de atuação e das zonas de interesse.

É necessário reconhecer que, no IRDR e no rito dos recursos repetitivos: (i) por um lado, a atuação das partes (sujeitos líderes) dos processos representativos da controvérsia está atrelada e vinculada à relação jurídica de direito material (direito subjetivo); e (ii) por outro lado, a atuação dos terceiros interessados está relacionada à formação da tese jurídica favorável, diante do impacto do precedente judicial no seu caso concreto.

Desse modo, é evidente que o interesse e a legitimidade de agir não estão sempre vinculados à relação jurídica (direito subjetivo) objeto da lide.

Antonio do Passo Cabral aponta que o direito moderno apresenta situações jurídicas que “não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos”⁶³⁶.

A legitimidade é um atributo translativo, que deve ser verificada de acordo com determinado estado de fato, de modo que, em uma relação jurídica dinâmica, é possível e adequado reduzir a análise da legitimidade a certos momentos processuais específicos, de acordo com cada ato postulatório (ou conjunto de atos)⁶³⁷.

635 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação: Técnicas de Atuação Interativa em Litígios Complexos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 104-105.

636 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 08.

637 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 09.

Nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, a legitimidade de agir dos interessados (membros do grupo e *amicus curiae*) deve ser apurada “não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (a *legitimatio ad causam*), mas referente ao ato processual específico (a *legitimatio ad actum*)”⁶³⁸.

O reconhecimento de que a legitimidade deve ser apurada a partir de cada ato postulatório (legitimidade *ad actum*) permite admitir diversas modalidades de atuação das partes e dos terceiros interessados nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Além disso, o controle da legitimidade interventiva, a partir da análise de cada ato que o interessado pretende praticar durante o trâmite do procedimento, evita o tumulto processual decorrente de uma intervenção multitudinária dos membros do grupo⁶³⁹.

A existência de centros de atuação e de zonas de interesse diversos, que variam de acordo com cada parte e interessado, decorre da segmentação da análise do interesse e da legitimidade a partir de cada ato postulatório (ou conjunto de atos).

A desvinculação do interesse e da legitimidade do conceito tradicional de relação jurídica (direito subjetivo) possibilita a segmentação da participação processual dos sujeitos, em diferentes centros de atuação e zonas de interesse.

Sofia Temer aponta que “é importante delimitar, em concreto, além do próprio *cabimento* da atuação – considerando a diversidade de fins e interesses – a *extensão* da participação, as *prerrogativas* do sujeito e as *consequências* de sua atuação”⁶⁴⁰, a partir da adoção de um modelo processual que reconhece a diversidade de litigantes interessados e a flexibilidade na sua participação.

A intervenção e a atuação dos sujeitos processuais devem ser apuradas com finalidades específicas no processo, a partir da constatação da sua utilidade para

638 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 09.

639 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A participação no julgamento de casos repetitivos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, Ano 15, Volume 22, Número 1, Jan-abril/2021, p. 465-487 – versão digital.

640 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 334.

determinado ato postulatório, de modo a reconhecer que existem diversas zonas de interesse que autorizam uma participação do sujeito desvinculada da relação jurídica de direito material⁶⁴¹.

Essa delimitação do regime de participação dos sujeitos interessados deve ocorrer a partir de uma análise casuística, cooperativa e em contraditório, que considere a eficiência da atuação dos membros do grupo ou terceiros, de modo a não prejudicar ou por em risco a própria realização do direito material⁶⁴².

No âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, compete ao magistrado relator o gerenciamento das intervenções dos terceiros interessados (membros do grupo e *amicus curiae*)⁶⁴³, por meio de decisão saneadora de organização do procedimento⁶⁴⁴.

Note-se que o artigo 138, §2º, do CPC dispõe que “caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. A interpretação desse artigo deve ultrapassar a figura do *amicus curiae*, de modo a

641 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 31.

642 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 334.

643 Sofia Temer sustenta que, “no IRDR, diferentemente do que ocorre no processo ‘tradicional’, não há como extrair de uma situação substancial a presunção de legitimidade para a prática de todos os atos do processo que vise a tutelar aquela situação substancial. No IRDR, não há uma legitimação *prima facie* (extraída da posição ocupada em uma relação de direito material) para os atos processuais necessários à obtenção de provimento de mérito (que solucione a crise de dita relação de direito material). (...) Por isso, no incidente, as possibilidades de atuação não são definidas *a priori* e de modo estável a partir de uma relação jurídica controvertida. Interesse e legitimidade devem ser aferidos a partir da perspectiva de cada ato (ou conjunto de atos) a ser praticado, considerando quem é o sujeito, qual o objeto do incidente e qual a finalidade da atuação, sem desconsiderar a dinamicidade e a mútua implicação e condicionamento das posições processuais”. (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 158-159).

644 Sérgio Cruz Arenhart ensina que “deve-se dar crédito ao magistrado para apreciar em que medida a intervenção do terceiro é necessária, quem será admitido a intervir e, aos moldes do que ocorre no direito norte-americano, se a tutela do interesse destes é (ou pode ser) adequadamente feita pela parte do processo ou por outro sujeito que já represente aquele ponto de vista no mecanismo vinculante. Também é de se outorgar ao magistrado poderes de limitar a extensão desta intervenção, permitindo a alguns terceiros que atuem em certas fases do processo (mas não em outras) ou que, aos que intervêm, sejam oferecidos apenas alguns poderes processuais. Normalmente, por exemplo, não será o caso de permitir que o terceiro produza provas, já que sua intenção, ao participar do processo, é defender certa interpretação ou aplicação do direito, e não proteger seu específico interesse.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Vol. 82, no 2, Brasília, abr/jun 2016, p. 314-315).

ser adotado para os sujeitos processuais em geral, na construção de um modelo de intervenções atípicas⁶⁴⁵.

Sofia Temer defende que a disposição do artigo 138. §2º, do CPC é “essencial, porque autoriza o emprego de técnicas especiais para calibrar o regime de atuação, visando a atingir a finalidade da participação (seja qual for, considerando a diversidade de escopos e interesses)”⁶⁴⁶. Tal concepção reforça a ideia da análise em concreto da atuação de cada sujeito interessado, a partir da análise da sua contribuição e da sua finalidade.

Ademais, o artigo 932 do CPC atribuiu ao relator poderes para: dirigir e ordenar o processo no tribunal (Inciso I); determinar a intimação do Ministério Público (inciso VII); e exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal (inciso VIII).

Na decisão saneadora de organização do procedimento, incumbe ao relator: (I) identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento, com a definição das circunstâncias fáticas que ensejaram a controvérsia; (II) determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no âmbito de atuação do tribunal; (III) requisitar informações aos órgãos em que tramitem processos nos quais haja a controvérsia afetada; (IV) escolher e/ou substituir os processos representativos da controvérsia; (V) dar publicidade e comunicar a sociedade e interessados acerca da afetação da matéria; (VI) definir os critérios para a intervenção de terceiros (membros do grupo e *amicus curiae*); e (VII) designar audiências públicas.

A decisão saneadora de organização é importante ato processual para o regular processamento do procedimento, inclusive no tocante a divulgar a afetação da matéria e oportunizar a participação dos sujeitos interessados⁶⁴⁷.

645 Neste sentido: RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 2017, p. 198; e TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 350.

646 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 351.

647 Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Sofia Temer destacam que “é de especial importância a atividade do relator – respaldada pelo regimento interno – para fixar diretrizes quanto à admissão dos sujeitos no IRDR e também quanto aos poderes que tais sujeitos poderão exercer e atos que poderão praticar. (...) Tudo isto deve ficar definido na decisão de organização, com o objetivo de estruturar o modelo de participações e intervenções no incidente recém admitido.” (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas

Ressalta-se que, no transcorrer do procedimento, é possível que o relator revise e modifique alguns dos critérios relativos à participação dos sujeitos interessados⁶⁴⁸, de acordo com a análise dos centros de atuação e de zonas de interesse (noção de legitimidade *ad actum*)⁶⁴⁹ ⁶⁵⁰.

O controle da legitimidade para intervenção dos membros do grupo deve ocorrer a partir da análise da: (I) contribuição argumentativa; (II) da representatividade; e (III) do grau de interesse na controvérsia⁶⁵¹.

Em relação à contribuição argumentativa, os “litigantes sobrestados” e os “ausentes” devem demonstrar que têm argumentos novos, que ainda não foram apresentados e, conseqüentemente, objeto de discussão no âmbito dos processos representativos da controvérsia. Nesta situação, a intervenção dos membros do grupo

repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2016, p. p. 257 – 278 – versão digital)

648 DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2016, p. p. 257 – 278 – versão digital

649 A possibilidade do magistrado limitar a *intervention* a apenas certas matérias ou disciplinar previamente a conduta do interveniente é amplamente admitida no direito norte-americano (cf. JAMES Jr., Fleming; HAZARD Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. Ob. cit., p. 545). De modo semelhante, é o tratamento do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro (art. 138, § 2º, do CPC).

650 No mesmo sentido: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p. 252-253.

651 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 63-69.

se justifica pelo interesse em contribuir para o debate da matéria controvertida, na busca pelo esgotamento dos argumentos relativos à tese jurídica^{652 653}.

A participação dos membros do grupo a partir da perspectiva da contribuição argumentativa visa a atender as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação racional dos provimentos judiciais, bem como legitimar a formação da tese jurídica⁶⁵⁴.

Na formação da tese jurídica, a ampla análise de todas as argumentações suscitadas pelas partes e interessados deve ser ainda mais rigoroso, diante dos impactos do precedente judicial (artigos 984, §2º; e 1.038, §3º, do CPC).

A legitimidade e aceitação da tese jurídica formada no precedente judicial depende necessariamente da análise de todos os fundamentos relevantes acerca da tese jurídica objeto da controvérsia.

Se o órgão julgador não enfrentar e refutar todas as argumentações (favoráveis e contrárias à tese jurídica) no procedimento de formação do precedente judicial,

652 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves ensinam que, “em um primeiro momento, apenas poderão ser legitimados para a realização de determinado ato processual, aqueles membros de grupo que contribuirão de alguma forma com as partes das causas-piloto ou com a própria formação da tese ou precedente. Neste caso a intervenção se dá visando à formação de uma tese jurídica mais sólida ou de um precedente judicial mais adequado, que sejam benéficos aos intervenientes; ou seja, a intervenção só será possível mediante uma *contribuição argumentativa* para o debate em torno da controvérsia. Ele intervém para a defesa de um interesse pessoal, mas a admissão da intervenção depende de quanto o interveniente poderá contribuir argumentativamente para a tese jurídica a ser firmada. Como a sua participação fica adstrita apenas à matéria relativa à questão de direito, o interveniente tem de demonstrar a importância de sua participação no ato que pretende realizar e apresentar argumentos que ainda não foram levantados.” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 66)

653 Neste sentido: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p. 253.

654 Sérgio Cruz Arenhart ensina que “É certo que essa participação não necessariamente será feita de forma pessoal, autorizando que cada um dos sujeitos que possa ser atingido pela tese jurídica deva intervir no feito ou, ao menos, ser convocado para tanto. Porque isso seria impossível – sobretudo diante da eficácia prospectiva da decisão vinculante –, deve-se criar mecanismos que sejam capazes de avaliar se os diversos pontos de vista, os inúmeros argumentos e os vários interesses envolvidos sejam efetiva e adequadamente apresentados, discutidos e examinados. Com isso, parece ser possível equilibrar a exigência de participação – necessária à preservação do contraditório – e os objetivos de aglutinação da decisão de questão de direito uniforme.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Os terceiros e as decisões vinculantes do novo CPC *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Vol. 82, no 2, Brasília, abr/jun 2016, p. 315).

haverá espaço para o questionamento da real extensão da tese jurídica, acarretando no enfraquecimento da sua força vinculante⁶⁵⁵.

Além disso, somente há coerência na imposição da vinculação da tese jurídica a determinado “litigante sobrestado”, se todos os argumentos suscitados por ele em seu caso concreto já foram considerados e enfrentados na formação do precedente judicial⁶⁵⁶.

Desse modo, como a tese jurídica formada no IRDR e no rito dos recursos repetitivos afetará a esfera dos demais membros do grupo, no âmbito de seus processos análogos, a participação daqueles sujeitos que comprovarem que tem novos argumentos deve ser autorizada, na busca pela ampliação do debate da matéria controvertida.

Diante disso, o sujeito interessado pode intervir para contribuir para o debate com novos elementos, na tentativa de garantir um padrão decisório que seja favorável aos seus interesses⁶⁵⁷.

Destaque-se que, de modo semelhante, ao propor uma “teoria geral do processo representativo” no âmbito do processo coletivo, Edilson Vitorelli ensina que um dos princípios que deve regular o devido processo coletivo é o “Princípio da complementaridade entre representação e participação”. Segundo o jurista, o processo representativo deve contemplar “momentos participativos, anteriores, simultâneos e posteriores à atuação do representante”, por meio dos quais “os representados tenham efetiva oportunidade de questionar a atuação do representante, ouvir suas explicações e, em situações extremas, demandar sua substituição ou a divisão do grupo, pluralizando a representação”⁶⁵⁸.

655 BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. Coord: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. Vol. II, São Paulo: RT, 2014, p. 154-155.

656 OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. “Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica”. *Revista de Processo*. Vol. 280, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2018, p. 379 – 402.

657 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 250-258.

658 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 263.

Edilson Vitorelli assevera que o processo representativo impõe restrição às possibilidades participativas dos titulares dos direitos litigiosos. Contudo, tal restrição somente é justificável e deve ser considerada compatível com as garantias constitucionais processuais se: (I) “decorre da natureza da relação jurídica litigiosa, a qual impede ou dificulta a efetiva tutela dos direitos violados de modo participativo”; (II) a “participação é restrita na proporção necessária para garantir a efetividade da tutela”; e (III) “os representados têm efetivas oportunidades de participação, em momentos de avaliação antecipatória e retrospectiva, estruturados com o objetivo de propiciar o diálogo entre os representados e destes para com o representante”⁶⁵⁹.

Da mesma forma como deve ocorrer no devido processo coletivo, no âmbito do microsistema de julgamento de casos repetitivos, a participação dos membros do grupo (interessados) é instrumento complementar da atividade representativa, apta a inclusive legitimar o procedimento.

Contudo, importante ressaltar que, na hipótese de ficar demonstrada que a participação de eventual interessado limita-se a reproduzir (ainda que com outras palavras) os argumentos já trazidos pelas partes, a sua intervenção pode ser indeferida, diante da ausência de contribuição argumentativa. Nesta situação, não haveria violação às garantias constitucional de contraditório e ampla defesa, pois a representatividade desse interessado já estaria assegurada pelos argumentos suscitados pelas partes objeto do procedimento⁶⁶⁰.

Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros ensinam que “a participação instrumental tem, em síntese, dois condicionantes: o indivíduo tem o direito de participar do processo se sua participação for relevante para a realização dos direitos materiais litigiosos e nos limites definidos pelo contexto sistêmico no qual o processo

659 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 264.

660 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves apontam que, se a participação do interessado limita-se “a apresentar manifestação em que aborda argumentos já trazidos ao debate, o indivíduo estaria sendo devidamente representado, não podendo se falar, nesse caso, em violação ao contraditório ou ao seu direito de participação. Queremos dizer: caso os argumentos trazidos já sejam discutidos no processo não se coloca o interesse-utilidade na intervenção, visto que o requerente já estará adequadamente representado e não contribuirá para a melhoria da solidez e adequação da tese a ser firmada.” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 66). No mesmo sentido: SILVA, Ticiano Antes e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. *Revista de Processo*. Vol 128, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2010 – versão digital).

se insere”. Em conclusão, os doutrinadores asseveram que “a participação no processo é, primordialmente, uma garantia individual. Contudo, seu conteúdo deve ser definido instrumentalmente tendo como referência a efetiva contribuição para a realização de direitos materiais”⁶⁶¹.

A participação indistinta dos membros do grupo, sem qualquer contribuição argumentativa ou controle pelo relator, acarretaria tumulto processual e atraso desnecessário no procedimento, além do risco de ensejar na perda da objetividade dos reais argumentos que precisam ser enfrentados pelo órgão julgador.

Destaque-se, ainda, que a potencialidade da contribuição argumentativa por determinado interessado pode ser aferida pela *expertise* do advogado que o representa. Nesta hipótese, a corte verificará se esse advogado representa um grande número de litigantes, em variadas ações, ou se tem comprovada especialização e experiência na matéria objeto da controvérsia⁶⁶².

A representatividade dos membros do grupo deve ser outro critério a ser considerado no controle da legitimidade dos sujeitos interessados em participar do procedimento de formação da tese jurídica⁶⁶³.

No âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos, pode ocorrer da matéria afetada envolver vários subgrupos. Esses subgrupos podem ter ou não a mesma posição jurídica acerca da matéria controvertida.

661 VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo Coletivo e Direito à Participação*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 56.

662 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 67.

663 Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Gustavo Silva Alves consideram que o critério da representatividade está inserido no filtro da contribuição argumentativa: “Perceba-se que aqui se torna novamente importante a constatação de que existem, dentro do grupo das partes dos processos sobrestados e do grupo dos interessados no precedente judicial, diversos subgrupos, identificados a partir das diferentes compreensões que cada um possui acerca de como a questão de direito deve ser interpretada. Há que ser garantido direito de participação a, ao menos, um representante de cada um dos subgrupos identificados, o que deverá ser realizado por meio do filtro da contribuição argumentativa, isto é: se o membro apresentar argumentos já trazidos ao debate, sua intervenção será desnecessária, pois já estará sendo devidamente representado por um outro membro pertencente ao seu mesmo subgrupo; pelo contrário, caso a manifestação represente uma compreensão da questão que ainda não foi trazida ao debate, deverá ser garantida sua intervenção, pois este membro representará um subgrupo que ainda não possuía representatividade.” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 66)

Os membros de cada subgrupo devem ser representados por pessoas diversas, que tenham a capacidade de transmitir o posicionamento e apresentar os argumentos jurídicos referentes à realidade vivenciada por aquele subgrupo.

Poderá ocorrer das partes que integram os processos representativos da controvérsia não integrarem e representarem adequadamente os interesses de determinado subgrupo. Nesta situação, visando a legitimar a formação da tese jurídica, é essencial que seja oportunizado o direito de participação de, pelo menos, um representante de cada um dos subgrupos identificados.

Portanto, é importante que todos os subgrupos afetados na formação da tese jurídica manifestem a sua posição em relação à matéria controvertida, de modo que o órgão julgador tenha conhecimento do posicionamento de todos os envolvidos, ainda que a sua participação não traga uma efetiva e inovadora contribuição argumentativa⁶⁶⁴.

Na situação da existência de subgrupos, além do critério da contribuição argumentativa dos sujeitos interessados, é necessário reconhecer a representatividade de cada subgrupo, em um viés de democratização do procedimento.

Sofia Temer destaca que permitir a “intervenção dos sujeitos – não pela contribuição com a informações ou elementos novos ao debate, mas por veicular a posição de um determinado grupo ou segmento afetado” – alinha-se com a ideia de que as “cortes são instâncias também políticas”⁶⁶⁵.

O grau de interesse na controvérsia é outro filtro que deve ser utilizado para o controle da legitimidade dos membros do grupo. Nesse critério, compete ao relator analisar a proximidade do sujeito que pretende intervir com o núcleo de interesse da controvérsia, a partir da apuração do impacto da tese jurídica no seu caso concreto.

Os artigos 983 e 1.038, inciso I, do CPC estabelecem, de forma genérica, que o relator poderá admitir a intervenção das pessoas que têm “interesse na controvérsia”.

664 No mesmo sentido: TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 256.

665 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 256.

Ocorre que o grau de interesse na controvérsia altera-se a depender da situação jurídica de cada sujeito e deve ser aferido caso a caso. Por exemplo, os “litigantes sobrestados” têm um grau de interesse maior que os “ausentes”, na medida em que já estão com as suas demandas judicializadas⁶⁶⁶. A tese jurídica a ser formada no precedente judicial irá impactar diretamente a situação jurídica dos “litigantes sobrestados”, de modo favorável ou contrário (*pro et contra*)⁶⁶⁷.

Por outro lado, os “ausentes” ainda não têm uma demanda relativa à questão de direito controvertida. Os “ausentes” têm apenas um interesse em acompanhar a formação da tese jurídica, em razão de eventual e futura demanda que pode ser judicializada. Portanto, a tese jurídica em relação aos “ausentes” poderá ser aplicada apenas prospectivamente, caso ajuizada alguma lide, de modo que não serão afetados imediatamente pelo julgamento.

Desse modo, constata-se que os “litigantes sobrestados” têm um grau de interesse maior do que os sujeitos “ausentes”, por estarem mais próximo do núcleo de interesse na controvérsia, diante do impacto imediato da tese jurídica que será formada. O ônus argumentativo dos “ausentes”, necessário para justificar a sua intervenção no procedimento, deve ser maior, com a demonstração de que futuramente a *ratio decidendi* irá impactar a sua esfera jurídica⁶⁶⁸.

Constata-se, portanto, a importância do papel do relator no controle da legitimidade para intervenção dos membros do grupo, de modo a gerenciar o trâmite dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos. a partir da análise da contribuição argumentativa, da representatividade e do grau de interesse dos sujeitos na controvérsia.

666 Acerca da diferenciação entre os termos “demanda”, “mérito” (*meritum causae*) e “objeto litigioso do processo”, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

667 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 68.

668 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. *Civil Procedure Review*. Vol. 10, jan.-abr., 2019, p. 69.

4.2.3. Recorribilidade no microssistema de julgamento de casos repetitivos

4.2.3.1. Recorribilidade no âmbito do IRDR

No âmbito do IRDR, inicialmente, há o juízo de admissibilidade, no qual o órgão colegiado competente irá analisar a presença dos pressupostos de cabimento do incidente, previstos no artigo 976 do CPC. Posteriormente, caso admitido o incidente, após a fase instrutória, haverá o julgamento de mérito do IRDR.

Do acórdão do julgamento de admissibilidade do IRDR não cabe recurso, à exceção dos Embargos de Declaração⁶⁶⁹. O artigo 987, *caput*, do CPC disciplina que é cabível recurso apenas contra o juízo de mérito do IRDR; ou seja, quando resolvida a questão de direito⁶⁷⁰.

A inadmissibilidade de Recurso Extraordinário e Especial contra o acórdão do juízo de admissibilidade do IRDR está em consonância com pressuposto constitucional de existência de “causas decididas” para o cabimento destes recursos excepcionais (artigos 102, inciso III; e 105, inciso III, da Constituição da República de 1988). É que, na fase do juízo de admissibilidade do IRDR, seja na hipótese de

669 Daniel Amorim Assumpção Neves pondera: “O cabimento de recurso especial ou extraordinário nesse caso contraria previsão do art. 987, *caput*, do Novo CPC, que prevê o cabimento de tais recursos apenas contra a decisão que julga o mérito do incidente. Por outro lado, não haverá qualquer causa decidida por essa decisão, como exige o art. 105, III, da CF, nem mesmo reflexamente, porque se o IRDR for inadmitido, o recurso, o reexame necessário ou o processo de competência originária do qual o incidente se originou, não será julgado pelo órgão que decidiu pela inadmissibilidade, retornando para o órgão fracionário originariamente competente para seu julgamento para que ali seja decidido. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1.665). Neste sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.423; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 736; ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 565.

670 Neste sentido, parte da doutrina, por meio do Enunciado nº 556 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis, disciplinou que “é irrecorrível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento dos Embargos de Declaração”.

admissão ou inadmissão, não há “causa decidida” a ensejar a interposição e o conhecimento de recursos aos tribunais superiores^{671 672}.

Note-se, contudo, que, apesar de não caber recursos aos tribunais superiores contra o acórdão que não admite a instauração do IRDR, nada obsta que a parte interessada suscite novo incidente, após ser sanado ou preenchido o pressuposto de admissibilidade, cuja ausência anteriormente ensejou a sua rejeição (artigo 976, §3º, do CPC)⁶⁷³. Desta forma, sequer há interesse recursal do requerente em impugnar o acórdão que não admitiu o IRDR, diante da possibilidade de instauração de novo IRDR, após o preenchimento do requisito faltante⁶⁷⁴.

671 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que, “basicamente, não cabe recurso porque não há ‘causa decidida’, pressuposto constitucional indispensável aos recursos extraordinários. A previsão do CPC apenas reforça o texto constitucional – caso houvesse ‘causa decidida’, o CPC não poderia impedir a recorribilidade extraordinária, cuja previsão é constitucional. (...) Também não cabe recurso da decisão que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas. Também aqui não há ‘causa decidida’ apta a dar ensejo a recurso extraordinário”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 320-321).

672 Em sentido contrário, Camilo Zufelato e Fernando Antônio Oliveira defendem o cabimento de recurso extraordinário e/ou especial: “Outra questão que pode ser levantada ao se assumir o cabimento de RE ou REsp contra a decisão do exame de admissibilidade do IRDR seria quanto à desfiguração do papel do STF e do STJ enquanto cortes supremas. Nesse sentido, seria de se indagar se, ao julgar um recurso questionando o resultado de um exame de admissibilidade do IRDR, estar-se-ia propondo o enfrentamento de questão cuja resolução não se alinha à função nomofilática do STF e do STJ. A resposta parece ser negativa, todavia. De fato, a decisão do exame de admissibilidade do IRDR tem conteúdo que interessa às cortes supremas, também para fins de preservação do sentido da norma, na medida em que o IRDR é instrumento de uniformização jurisprudencial, cujas teses tem caráter vinculativo. Não se pode olvidar, igualmente, que as cortes supremas poderão julgar recurso sobre a decisão de mérito de um IRDR, ocasião em que a eficácia do respectivo acórdão vinculara todos os tribunais e juízos do país, nos termos do artigo 987, § 2º, do CPC. Nesse cenário, pode-se considerar a decisão do exame de admissibilidade como parte de um percurso que se finda no STF ou no STJ, órgãos que formularão uma tese jurídica vinculativa, o que claramente se alinha a sua função nomofilática. Por isso, parece nítida a pertinência entre o cabimento de RE ou de REsp aqui defendido e a função nomofilática das cortes consideradas supremas no Brasil”. (ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio. “Meios de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. *Revista de Processo*. Vol. 286. ano 43, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez./2018, p. 426-442 – versão digital)

673 José Maria Rosa Tesheiner e Daniele Viafore ensinam que “da decisão de inadmissibilidade do incidente não decorre preclusão, podendo voltar a ser suscitado inclusive no mesmo processo, na hipótese, por exemplo, de não se haver instaurado ainda a controvérsia, ao tempo da inadmissão, vindo a sê-lo posteriormente, em virtude de posicionamentos divergentes posteriormente adotados por outros juízes”. (TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil”. *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, Belo Horizonte, v. 23, n. 91, jul./set. 2015, p. 172)

674 Nelson Nery Jr. e de Rosa Maria de Andrade Nery destacam que “cabe ao órgão colegiado competente para o julgamento do incidente, verificar se os requisitos constantes do CPC 976 e seus parágrafos se fazem presentes. O CPC não faz menção ao cabimento de recurso contra a

Destaca-se que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.631.846/DF, os Ministros que compõem a Terceira Turma do STJ, por maioria, entenderam que: (I) “não é cabível recurso especial em face do acórdão que inadmite a instauração do IRDR por falta de interesse recursal do requerente”, na medida em que “será possível a instauração de um novo IRDR após o preenchimento do requisito inicialmente faltante, sem que tenha ocorrido preclusão, conforme expressamente autoriza o art. 976, §3º, do CPC/15”; (II) o descabimento do recurso especial contra o acórdão do juízo de admissibilidade do IRDR “decorre ainda do fato de que o novo CPC previu a recorribilidade excepcional ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal apenas contra o acórdão que resolver o mérito do Incidente” (artigo 987, *caput*, do CPC); e (III) “o acórdão que inadmite a instauração do IRDR não preenche o pressuposto constitucional da causa decidida apto a viabilizar o conhecimento de quaisquer recursos excepcionais”, tendo em vista a ausência do “caráter de definitividade no exame da questão litigiosa”⁶⁷⁵.

Por outro lado, o acórdão que julga o mérito do IRDR, no âmbito do tribunal de segundo grau, pode ser impugnado por Embargos de Declaração, Recurso Especial e Recurso Extraordinário (artigos 987 e 1.022 do CPC). A previsão de cabimento dos recursos excepcionais contra o acórdão de mérito do IRDR mostra-se importante e relevante, na medida em que permite a reavaliação da tese pelos tribunais superiores, bem como viabiliza a uniformização do entendimento em nível nacional, ampliando a esfera de aplicação da tese⁶⁷⁶.

decisão que rejeita a instauração do incidente, até porque isso é desnecessário: caso o incidente não seja admitido, poderá ser novamente proposto, mediante o preenchimento do requisito que não fora atendido anteriormente (CPC 976 §3º)”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.118). No mesmo sentido: Rodolfo de Camargo Mancuso aponta os seguintes fundamentos para concluir que não é cabível o recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que versa sobre o juízo de admissibilidade IRDR: “A uma, porque se poderia objetar falta de interesse recursal, já que o IRDR, trancado *ab initio*, pode ser reapresentado uma vez sanada a falha (§3º do art. 976); a duas, porque, como antes dito, já vem prevista a possibilidade de RE ou REsp contra a decisão que fixa a tese jurídica no IRDR, propriamente dita, e esse ulterior acórdão do STF ou do STJ e que projetará, nacionalmente, efeito obrigatório em face das demais instâncias judiciais (art. 927, III); a três, porque tanto o RE como o REsp devem ser tirados de causa decidida (CF, art. 102, III e 105, III), quesito desatendido em se tratando do juízo de admissibilidade do IRDR.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 240)

675 BRASIL, STJ, REsp 1631846/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

676 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm,

Nos termos do artigo 987, §1º, do CPC, os recursos extraordinário e especial interpostos contra o acórdão do julgamento de mérito do IRDR têm efeito suspensivo automático, de modo que a tese jurídica fixada no IRDR somente terá aplicação imediata aos demais casos sobrestados se não houver a interposição de recursos excepcionais aos tribunais superiores.

Além disso, o recurso extraordinário tem repercussão geral presumida. Trata-se de presunção legal absoluta, imposta pela lei, que dispensa o recorrente de buscar outros argumentos para demonstrar, no caso concreto, a presença da repercussão geral⁶⁷⁷.

4.2.3.1.1. Legitimidade e interesse recursal

Os recursos cabíveis contra o acórdão de mérito do IRDR podem ser interpostos: (I) pelas partes do processo representativo da controvérsia; (II) pelo Ministério Público; (III) pelo *amicus curie*; e (IV) pelos membros do grupo interessados na controvérsia (“litigantes sobrestados” e “ausentes”).

A Defensoria Pública terá legitimidade para recorrer quando atuar como sujeito condutor do processo, como *amicus curiae* (caso admitida a sua intervenção, de acordo com a questão jurídica afetada⁶⁷⁸) ou até mesmo como “litigante sobrestado”, quando foi parte de processo suspenso⁶⁷⁹.

2018, p. 262.

677 Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641; THEODORO JR., Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 748.

678 Sobre a função e atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública no IRDR, Cassio Scarpinella Bueno pondera: “Sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, cabe frisar, fazendo eco ao que dispões o artigo 977, III, a propósito do incidente de resolução de demandas repetitivas, que a regra merece ser interpretada amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais, como *amicus curie*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 594)

679 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.

A legitimidade recursal dos sujeitos condutores do processo (líderes) objeto do IRDR decorre da sua própria condição de “parte”, na medida em que o Código de Processo Civil lhes trata como autor e réu do processo originário. Em relação ao Ministério Público, a sua legitimidade recursal decorre da sua condição de “parte” ou de “fiscal da ordem jurídica”, prevista no artigo 996 do CPC. Além disso, a lei assegura a ampla participação do Ministério Público em todas as fases do IRDR, diante do interesse público envolvido no procedimento. Já, no tocante ao *amicus curie*, a sua legitimidade recursal está expressamente prevista no artigo 138, §3º, do CPC⁶⁸⁰.

A polêmica acerca da legitimidade recursal no âmbito do IRDR envolve os “litigantes sobrestados” e os “ausentes”. Por um lado, suscitando o princípio da duração razoável do processo e visando a evitar tumulto processual, parte da doutrina entende que os litigantes dos feitos sobrestados e os “ausentes” não têm legitimidade recursal para impugnar o acórdão do julgamento de mérito do IRDR⁶⁸¹. Para essa corrente doutrinária, a solução prática mais plausível é reconhecer a legitimidade recursal das partes do processo representativo da controvérsia e permitir a

1045.

680 Paulo César Pinheiro Carneiro aponta que a legitimidade recursal do *amicus curie* se justifica por duas razões principais: “Primeiro, porque no referido incidente, diferentemente de todas as outras espécie de técnicas de julgamentos vinculantes (seja aquela embasada nos recursos repetitivos, seja aquela decorrente da aplicação de texto de súmulas), o precedente poderá ser construído com muita rapidez, antes do momento em que, normalmente, são formados (art. 976), ou seja, depois de anos de discussão e após julgamento de diversos processos e em várias instâncias. Segundo, porque o legislador tem interesse em admitir vários legitimados para levar a discussão da matéria por meio de recurso especial ou extraordinário, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, conforme o caso, para uniformizar nacionalmente o precedente (art. 987, §2º).” (CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentários ao art. 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 245).

681 Erik Navarro Wolkart defende as partes dos feitos sobrestados não tem legitimidade recursal para impugnar o acórdão do julgamento de mérito do IRDR, pelas seguintes razões: “Em primeiro lugar, os conceitos tradicionais de partes e terceiro interessado são totalmente inadequados para o IRDR. Em segundo lugar, os processos sobrestados podem envolver centenas de milhares de pessoas. Pense-se, por exemplo, em demandas repetitivas relativas a correções indevida nas contas vinculadas de FGTS dos trabalhadores. Isso teria potencial de geração de milhares de recursos. Perguntamos: de que adianta sobrestar milhares de demandas e criar milhares de recursos? A solução não é eficiente e atenta fortemente contra os princípios unificadores do sistema de julgamento de processos repetitivos, quais sejam a economia processual e a duração razoável do processo”. (WOLKART, Erik Navarro “O fetiche dos microssistemas no novo Código de Processo civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.383-384). No mesmo sentido: UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 192-193.

intervenção, inclusive por meio de recurso, apenas do legitimado extraordinário coletivo (o Ministério Público, atuando enquanto *custos legis*, ou qualquer outro órgão com tal legitimidade)⁶⁸².

Por outro lado, considerando que o julgamento do IRDR irá influenciar diretamente na resolução dos demais casos presentes e futuros que versem sobre a mesma questão de direito, a maioria da doutrina vem sustentando que os jurisdicionados, que estão com seus processos suspensos, possuem interesse e legitimidade para recorrerem do acórdão que fixar a tese jurídica⁶⁸³. O enunciado nº 94 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis estabelece que “A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Entende-se que esta última posição doutrinária se mostra mais adequada e correta, na medida em que os litigantes que estão com seus processos suspensos – bem como os “ausentes”, caso demonstrado e comprovado que o precedente judicial

682 Neste sentido, Julia Lipiani sustenta que “a permissão da intervenção de indivíduos titulares de direito individual análogo ao discutido na causa certamente geraria grandes tumultos nos processos. Assim, tendo em vista que o precedente a ser formado se trata de uma solução que pode atingir a esfera individual de diversos indivíduos – e, portanto, há necessidade de se permitir o contraditório a tais indivíduos – e, por outro lado, em respeito à duração razoável do processo, a solução prática mais plausível é permitir a intervenção, inclusive através de recurso, apenas do legitimado à proteção de interesse coletivo (seja o Ministério Público atuando enquanto *custos legis*, ou qualquer outro órgão com tal legitimidade), quando a finalidade for influenciar na formação do precedente” (LIPIANI, Júlia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, maio-agosto, 2014, p. 64).

683 Neste sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivim, 2018, p. 246-247; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1472; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 232-235; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 228; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. II - São Paulo, Ed. RT, 2016, 2ª. ed., p. 599; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.123-2.124; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 166; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Salvador: UFBA (Tese de doutorado), 2012, p. 266.

irá afetar futuramente a sua esfera jurídica – têm legitimidade recursal na condição de *terceiros prejudicados* (artigo 996 do CPC)⁶⁸⁴.

Esses membros do grupo terão, no futuro, a tese jurídica fixada no IRDR aplicada aos seus casos concretos, de modo que eles têm o interesse recursal (ainda que forma diferida)⁶⁸⁵. O interesse dos “litigantes sobrestados” não é meramente eventual ou remoto, pois a aplicação da tese jurídica fixada no IRDR é obrigatória/vinculante (artigo 927, inciso III, do CPC)⁶⁸⁶.

Em consonância com este entendimento, Antonio do Passo Cabral aponta que a legitimidade recursal para impugnar o acórdão de mérito do IRDR “é tanto das partes dos processos afetados como dos litigantes que são partes em processos nos quais a tese deverá ser aplicada”. Segundo o doutrinador, a legitimidade recursal dos

684 Marcos Cavalcanti aponta que “não apenas a parte no IRDR tem legitimidade recursal. Além do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei, as partes que tiveram os processos suspensos e nos quais será aplicada a tese jurídica possuem legitimidade para a interposição de recurso na condição de terceiros prejudicados.” (CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 466).

685 Maria Cecília de Araújo Asperti ensina que os litigantes “sobrestados” e os “ausentes”, inobstante serem considerados ou não assistentes ou qualquer outra figura interventiva reconhecida pela lei processual, “devem, com toda razão, serem considerados terceiros prejudicados, consoante a locução do artigo 996, a quem é conferida a legitimidade recursal, uma vez demonstrada a possibilidade de a decisão atingir um direito que alegue ser titular, ou que possa discutir na condição de substituto processual. (...) Fica claro, assim, que se os ‘sobrestados’ e ‘ausentes’ podem ser considerados terceiros juridicamente interessados, que são também, para todos os fins, terceiros prejudicados, possuindo legitimidade e interesse para recorrer das decisões prolatadas no curso do IRDR ou do julgamento de recursos repetitivos. E isso independentemente de se considerar que a decisão conformará um precedente ou acarretará a preclusão da questão decidida. Qualquer que seja a perspectiva adotada a esse respeito, não há como negar o interesse recursal desse terceiro que terá sua pretensão atingida pela tese jurídica a ser firmada.” (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 233-234).

686 Em sentido contrário, Carolina Uzeda sustenta que “não é possível que qualquer indivíduo, que tenha seu processo sobrestado, recorra da decisão que julga o IRDR. Ainda que se possa cogitar que ele sofra algum *remoto* prejuízo pela fixação da tese contrária à que defende, este apenas ocorrerá quando esta for aplicada em seu processo e a partir da decisão que o faça. Ou seja, ele não é prejudicado propriamente pela decisão prolatada no incidente formador do precedente, o que lhe retira, por consequência, a legitimidade recursal. (...) Ainda que assim não fosse, por possuir recurso próprio, a ser interposto em seu próprio processo, a interposição do recurso excepcional, no processo alheio, torna-se desnecessária. Além disso, o cotejo com o interesse público, considerando que o recurso buscará a reversão do precedente vinculante fixado, torna, igualmente, o recurso inútil. Falta, a esse indivíduo, portanto, tanto legitimidade, quanto interesse recursal, razão pela qual, apenas as partes e os legitimados por expressa disposição legal podem recorrer de tais decisões.” (UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 192-193).

litigantes sobrestados decorre do fato deles serem “interessados na formação do precedente”⁶⁸⁷.

Em relação à perspectiva prática e a preocupação da existência de um extenso número de recursos contra o acórdão do IRDR, entende-se que este problema se resolve por meio de nova decisão de afetação, com a escolha de 2 (dois) ou mais recursos como representativos da controvérsia, para serem julgados sob o rito dos recursos repetitivos, na forma do artigo 1.036, §1º, do CPC.⁶⁸⁸

É possível conciliar o princípio da duração razoável do processo com a ampliação da legitimidade e do interesse recursal dos litigantes que serão afetados pela formação da tese jurídica, por meio da gestão dos diversos recursos interpostos contra o acórdão de mérito do IRDR por meio da técnica prevista no rito dos recursos repetitivos.

A dinâmica recursal dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” no IRDR não segue a lógica tradicional do processo, haja vista que os interesses deles diz respeito ao impacto que a tese jurídica formada no precedente paradigma produzirá em sua esfera jurídica⁶⁸⁹. Assim, pode-se dizer que cuida-se de uma espécie de recurso por terceiro prejudicado.

Destaca-se, inclusive, que os recursos dos litigantes sobrestados têm a finalidade e a utilidade de complementar a argumentação das partes do processo originário, com a ampliação do debate acerca da questão de direito controvertida.

687 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1472.

688 No mesmo sentido: TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1049.

689 Sofia Temer sustenta que “não se aplica, como fundamento para evitar o recurso dos sujeitos sobrestados, a vedação de cabimento de recurso pela pessoa natural que é assistente litisconsorcial nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. Não se aplica tal fundamento como óbice, além do fato de serem intervenções com pressupostos e características distintas, pelo fato de que, na ação coletiva, o assistente não pode recorrer porque é um regime que se baseia na legitimação extraordinária exclusiva. Para a doutrina especializada, como a pessoa natural não tem legitimação para exercer direito de ação coletiva, também lhe falta para exercer o direito ao recurso. No IRDR, a situação é distinta. Não há substituição processual e os sujeitos sobrestados não são substituídos pelo sujeito condutor. Aqueles têm interesse e legitimidade para atuar no incidente, especialmente nos espaços não preenchidos por este” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivim, 2018, p. 275-276).

Lucas Buril de Macêdo, ao reconhecer a legitimidade e a possibilidade do recurso do terceiro interessado que esteja com seu processo sobrestado, por ser “pessoa sujeita à eficácia do precedente”, destaca que o interesse recursal deste litigante exige que ele seja capaz de “contribuir para o debate, trazendo, objetivamente, alguma razão nova para que a decisão seja tomada no sentido defendido pelo legitimado”⁶⁹⁰.

Portanto, os sujeitos afetados pela aplicação da tese jurídica (“litigantes sobrestados” e “ausentes”) têm legitimidade e o interesse recursal em impugnar o acórdão de mérito do IRDR. Contudo, o exercício desse direito fica condicionando ao controle de legalidade pelo órgão julgador, mediante a análise da utilidade da intervenção recursal, a partir da apresentação de argumentos novos e relevantes para o debate e a formação do precedente judicial (contribuição argumentativa), da representatividade e do grau de interesse na controvérsia⁶⁹¹.

A exigência de apresentação de novos argumentos é o filtro para a participação dos interessados antes da decisão de mérito e para a interposição de recurso⁶⁹².

Sofia Temer destaca que, na hipótese de não existir utilidade na intervenção, diante da apresentação de argumentos novos e relevantes, “não devem ser admitidos os recursos, o que aplica tanto para os sujeitos sobrestados como os demais legitimados recursais, como Ministério Público, Defensoria Pública (na condição de sujeito condutor ou sujeito sobrestado) e *amicus curiae*”⁶⁹³.

690 MACÊDO, Lucas Buril de. “Influência do sistema brasileiro de precedentes no interesse recursal”. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 337-378.

691 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1048.

692 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem, em relação aos litigantes sobrestados, que, “para serem admitidos como intervenientes no incidente, é preciso que demonstrem a utilidade de sua intervenção. É preciso, em outras palavras, que demonstrem que têm novos argumentos para apresentar, podendo contribuir efetivamente (e com utilidade) da discussão e formação do precedente”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 608)

693 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.

Recorde-se que, ainda sob a vigência do CPC/1973, Sérgio Cruz Arenhart ponderava que “urge repensar o conceito de ‘interesse de intervenção’, que autoriza todas as formas de intervenção de terceiros e, especialmente, o recurso de terceiro prejudicado”, na medida em que “esta parece ser a via mais simples, rápida e adequada para que tais pessoas possam, no feito em trâmite, expor suas razões”⁶⁹⁴.

Analisando essa questão, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha admitem a possibilidade dos litigantes que estão com seus processos sobrestados interpor recurso contra o acórdão de mérito do IRDR. Contudo, estes juristas sustentam que é razoável considerar esta legitimidade recursal dos litigantes é concorrente e disjuntiva, tal como ocorre no processo coletivo. Ou seja, “todos os legitimados são considerados como sendo a mesma pessoa”, de modo que, caso “interposto um recurso especial ou extraordinário, não é possível mais haver a interposição de outro, sob pena de litispendência”. Na concepção destes doutrinadores, “todos os interessados podem atuar e participar da discussão travada no recurso especial ou extraordinário, mas não seria possível haver a confluência ou concorrência de mais de um recurso especial ou extraordinário contra o mesmo acórdão”⁶⁹⁵.

Apesar de interessante o posicionamento defendido por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, entende-se que esta posição somente seria adequada e possível de ser aplicada na hipótese de todos os recursos abordarem a mesma argumentação e fundamentação. Caso contrário, em atenção ao princípio do contraditório amplo e efetivo, não se pode inadmitir recurso de um litigante sobrestado, que detém novos argumentos acerca da questão de direito, que não são objeto do recurso anteriormente interposto. A atuação dos litigantes que estão com seus processos suspensos e dos “ausentes” deve sempre ser admitida, quando for para complementar e ampliar argumentação.

1048.

694 ARENHART, Sérgio Cruz. “O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes”. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 433-434.

695 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641

Ademais, destaca-se que o tribunal tem competência para substituir ou escolher novos processos como representativos da controvérsia (inclusive na fase recursal), com a finalidade de ampliar as perspectivas argumentativas⁶⁹⁶. A busca pelo litigante que melhor promova o debate argumentativo da tese jurídica deve ser o critério que deve nortear a seleção do processo líder do incidente⁶⁹⁷.

Portanto, conclui-se pela legitimidade e possibilidade dos sujeitos que estão com seus processos sobrestados intervirem no debate, inclusive por meio da interposição de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR, como forma de ampliar o contraditório e garantir a adequada representação dos litigantes.

4.2.3.1.2. O cabimento de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR, com o propósito de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no território nacional

Inicialmente, a tese jurídica fixada no âmbito do IRDR tem aplicação obrigatória/vinculante: (I) em todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitam nos juizados especiais⁶⁹⁸ do respectivo

696 Antonio do Passo Cabral destaca que no *Musterverfahren* alemão é possível a nomeação de novos líderes para a fase recursal: “Os intervenientes também podem recorrer ou aderir a recursos de outrem. A lei disciplina ainda a nomeação de outros líderes para as partes caso o *Musterkläger* ou o *Musterbeklagte* não recorram ou desistam dos recursos interpostos”. (CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 142).

697 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1049.

698 Acerca da aplicação da tese jurídica formada no IRDR aos processos em trâmite nos Juizados Especiais: MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais”. In: *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. Coordenadores: Bruno Dantas; Cassio Scarpinella Bueno; Cláudia Elisabete Schwerz Cahali; Rita Dias Nolasco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 497-509; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: compreensões e dinâmicas em sua aplicabilidade aos Juizados Especiais Cíveis”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 427-444; ROCHA, Felipe Borring. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Juizados Especiais Cíveis Estaduais: uma união feliz?”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.

Estado ou região; e (II) nos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal estadual ou região (artigo 985 do CPC).

A interposição e o conhecimento de eventual Recurso Extraordinário ou Especial contra o acórdão que julgou o mérito do IRDR, para julgamento no âmbito dos tribunais superiores, acarretarão a ampliação do espaço territorial de incidência da tese jurídica, que passa a ter abrangência nacional.

Diante dessa potencial abrangência nacional da tese do IRDR, inicialmente fixada no âmbito do tribunal de segunda instância, o Código de Processo Civil autoriza que as partes de processos repetitivos que tramitam em outros estados ou regiões, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, requeiram aos tribunais superiores a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado (artigo 982, §§3º e 4º).

Este pedido de suspensão nacional dos processos repetitivos visa a garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados, além de evitar decisões contraditórias e o exercício de atividade jurisdicional inútil nos outros estados ou regiões, na medida em que potencialmente, no futuro, a matéria objeto do IRDR em determinado tribunal será submetida aos tribunais superiores para julgamento com fixação de tese jurídica de abrangência nacional.

Constata-se, portanto, que é possível que o jurisdicionado (principalmente o litigante habitual), que tem processo(s) em determinado estado ou região, tenha interesse no julgamento do IRDR oriundo de tribunal de outro estado ou região, diante da existência de demandas isomórficas ou de questões de direito semelhantes. A potencial ampliação nacional da tese, com a submissão de eventual recurso aos tribunais superiores, justifica o interesse deste jurisdicionado no IRDR que tramita em outro estado.

Note-se que, ainda que a tese fixada em determinado IRDR seja totalmente favorável ao jurisdicionado que tem processo envolvendo a mesma questão de direito em outro estado ou região, para ele nasce o interesse em recorrer do acórdão de mérito do IRDR com o propósito de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no

território nacional.

Nesse caso, o interesse recursal decorre da possibilidade de melhoria da situação do jurisdicionado, diante a aplicação da tese jurídica em outros processos repetitivos, no qual figura como parte, que não estão tramitando no tribunal de segundo grau que julgou o IRDR.

Analisando esta situação, Carolina Uzeda aponta que o interesse recursal do jurisdicionado está na “substituição de uma decisão que apenas é apta a alcançar determinado território, por outra, muito mais efetiva, de âmbito nacional”⁶⁹⁹.

No âmbito do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.307.386/RS, o STF, por maioria, admitiu o recurso da parte vencedora que postula a expansão dos efeitos, para todo território nacional, do acórdão proferido em um IRDR julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O STF reconheceu a existência de interesse recursal da parte recorrente e de repercussão geral da matéria constitucional, que foi afetada como o tema nº 1141 do STF⁷⁰⁰.

No referido caso, a Vice-Presidência do Tribunal de segunda instância havia inadmitido o Recurso Extraordinário, fundamentando, inclusive, que não haveria interesse recursal, na medida em que “a parte recorrente resultou vitoriosa no julgamento de causa-piloto de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”⁷⁰¹. Contra esta decisão, a parte recorrente interpôs o Agravo em Recurso Extraordinário. O Ministro Luiz Fux, na condição de Presidente do STF, deu provimento ao Agravo para exame do Recurso Extraordinário e submeteu a questão da existência de repercussão geral da questão constitucional aos demais julgadores da Corte.

Na decisão monocrática, o Ministro Luiz Fux destacou que: (I) “o recurso extraordinário se mostra como o caminho adequado para permitir a análise definitiva da correta interpretação do ordenamento pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática dos julgamentos de questões repetitivas”; (II) o recurso excepcional é “medida necessária para que os envolvidos nos processos subjetivos aos quais a tese

699 UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 242.

700 Eis o tema n167 1141 do STF: Responsabilidade civil por disponibilização na internet de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.

701 BRASIL, STF, ARE 1.307.386/RG, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2021.

será aplicada possam exercer sua liberdade com isonomia e segurança jurídica”; (III) “os recursos mencionados pelo legislador no artigo 987 podem ser validamente manejados também pelos interessados cuja argumentação prevaleceu no incidente”; (IV) “de nada adiantaria delinear a sistemática de integração entre o IRDR e os recursos repetitivos, em um único microsistema, sem que se otimizasse o funcionamento do incidente, permitindo que a uniformização local se tornasse nacional, revisada pelo competente Tribunal Superior”; e (V) “ignorar a viabilidade do recurso ao interessado que teve sua posição acolhida é estimular a recorribilidade em todos os processos em curso, sob a ótica individual”⁷⁰².

Desse modo, conclui-se a possibilidade de a parte vencedora, o Ministério Público ou o *amicus curie* interpor recurso do acórdão do julgamento de mérito do IRDR, com o único propósito de levar a discussão da tese jurídica que foi fixada no incidente para os tribunais superiores, visando a ampliar os efeitos territoriais desse precedente judicial^{703 704}.

Essa estratégia pode ser de grande interesse para os litigantes habituais, na

702 BRASIL, STF, ARE 1.307.386/RG, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2021.

703 Neste sentido: UZEDA, Carolina. *Interesse recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 240-242; MACÊDO, Lucas Buril de. “Influência do sistema brasileiro de precedentes no interesse recursal”. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 337-378; TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1050-1051.

704 Eis a doutrina de Piero Calamandrei acerca da impossibilidade do recurso no interesse da lei: “Se estes dois interesses públicos distintos são postos em jogo ao mesmo tempo pela atividade dos órgãos jurisdicionais, o interesse que o particular pretende satisfazer em juízo é sempre um: obter uma decisão judicial, que verifique a existência de uma vontade concreta de lei e que atenda sua expectativa em obter uma pretensão. Por essa razão, o particular não se sente prejudicado pelos erros *in iudicando* que o juiz pode eventualmente cometer na motivação da sentença, exceto quando esses erros afetem o dispositivo em seu prejuízo; o litigante não aspira a ter uma sentença corretamente fundamentada, mas uma sentença favorável na parte final”. (tradução livre). No original: “Se dalla attività degli organi giurisdizionale sono posti in giuoco contemporaneamente questi due ben distinti pubblici interessi, l'interesse che il privato mira a soddisfare in giudizio è sempre uno: ottenere una pronuncia giurisdizionale, la quale accerti che nella fattispecie esiste una concreta volontà di legge che garantisca la sua aspettativa di un bene. Per questo il privato non si sente danneggiato dagli errores in iudicando in cui il giudice sai eventualmente incorso nella motivazione della sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva.” (CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Volume settimo. Napoli: Morano Editore, 1979, p. 132).

medida em que teria a formação de uma determinada tese jurídica, com força vinculante no âmbito nacional (e não apenas limitada aos juízes que compõem o tribunal local, que julgou o IRDR).

Na hipótese de o tribunal superior ter deferido o pedido de suspensão nacional dos processos repetitivos, o cabimento de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR, com a finalidade de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no território nacional, mostra-se ainda mais evidente e plausível. Analisando estritamente esta hipótese, sem referirem-se acerca da possibilidade da interposição do recurso pela parte vencedora, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que “qualquer pessoa que seja parte em algum processo, em qualquer lugar do território nacional, que verse sobre aquela questão jurídica, poderá interpor recurso especial ou extraordinário”⁷⁰⁵.

Entende-se que não há óbice para que ocorra a interposição de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR, visando a ampliar a abrangência da tese jurídica, independentemente da existência de pedido prévio de suspensão nacional dos processos repetitivos⁷⁰⁶.

Para admitir a interposição do referido recurso, compete ao jurisdicionado apenas comprovar o seu interesse recursal a partir da demonstração de que é parte em processo que versa sobre a mesma questão de direito, em tramita em outro tribunal⁷⁰⁷. O interesse recursal deste recorrente advém da possibilidade de ampliação do território de abrangência da *ratio decidendi*, com aplicação da tese jurídica ao seu processo que tramita em outro estado ou região e, conseqüentemente, eventual

705 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641

706 Ao dissertar sobre as ações coletivas, Sérgio Cruz Arenhart aponta que, "ao atrelar a dimensão da eficácia da sentença ao grau de jurisdição que examina (ou reexaminar) a causa, o STJ cria, forçosamente, uma hipótese de interesse recursal mesmo para aquele que venceu a demanda. De fato, se este autor coletivo não apresentar recurso, seu interesse primeiro – o de obter, suponha-se, decisão de abrangência nacional, estará frustrado, de modo que o recurso é a única forma, dentro dessa tese, de atingir o resultado almejado." (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 76)

707 Sofia Temer aponta que “os pressupostos para atuação, neste caso, decorrem de outro fundamento, que é a autorização da abrangência da tese em nível nacional. Trata-se, em realidade, de uma provocação dos tribunais superiores para que confirmem (ou não) a tese, o que trará, automaticamente, a aplicação a nível nacional.” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 278)

melhoria da sua situação jurídica.

Trata-se, portanto, da possibilidade de conceber a existência de interesse recursal limitado à discussão da tese jurídica (*ratio decidendi*), que se encontra na fundamentação do precedente judicial, independentemente da impugnação da parte dispositiva do caso concreto (norma jurídica individualizada)^{708 709}.

Note-se que o artigo 138, §3º, do CPC, ao autorizar que o *amicus curiae* recorra do acórdão de mérito do IRDR, admite a interposição de recurso visando apenas ao aprimoramento do precedente judicial. O ordenamento jurídico brasileiro já atribui legitimidade recursal a terceiro que tem interesse em apenas discutir e contribuir na formação da tese jurídica do precedente judicial.

Abordando a referida hipótese, Sofia Temer assenta que o recurso tem o único objetivo de acarretar a abrangência nacional da tese jurídica, de modo que gera “interesse e legitimidade recursal muito peculiares, que se distanciam da concepção tradicional que liga a intenção de interpor recurso com a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial”. Por fim, conclui a doutrinadora no sentido de que deve ser reconhecido “o interesse e a legitimidade recursais também às partes dos processos suspensos em trâmite perante outros estados ou regiões, tenha sido reconhecida a suspensão nacional previamente, ou não”⁷¹⁰.

708 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (Vol. 10). Salvador: JusPodivm, 2017, p. 322.

709 Ressalta-se, inclusive, que a questão acerca do interesse recursal para impugnar apenas a fundamentação do precedente já foi submetida ao Poder Judiciário, em demanda que se discutia a legalidade da demissão em massa promovida pela Embraer. O Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o recurso, entendeu, por maioria, que a dispensa não fora abusiva, muito menos teria havido ofensa à boa-fé objetiva, na medida em que a jurisprudência não criava restrições para esse tipo de conduta empresarial. Contudo, na mesma oportunidade, o órgão julgador decidiu fixar “a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores” (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RODC 30900-12.2009.5.15.0, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. em 10.08.2009). Apesar de vencedora na parte dispositiva, contra este acórdão, a Embraer interpôs recurso extraordinário, impugnando a fundamentação da tese jurídica que alertou sobre a futura orientação jurisprudencial da Corte. O STF admitiu o recurso extraordinário, reconhecida e existência de repercussão geral, para negá-lo provimento, por maioria. (Sobre o caso: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 999435, Rel.: Min. Marco Aurélio).

710 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1051.

Portanto, é cabível a interposição de recurso, pelas partes dos processos representativos da controvérsia e pelos terceiros interessados (“litigantes sobrestados”, “ausentes” e “*amicus curiae*”), contra o acórdão de mérito do IRDR, com o único propósito de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no território nacional. O interesse recursal desses possíveis recorrentes decorre do benefício na apreciação da matéria pelos tribunais superiores, com a formação de uma tese jurídica de abrangência nacional.

4.2.3.2. *Recorribilidade no âmbito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos*

Por tratar de litigiosidade repetitiva, o julgamento sob o rito dos recursos repetitivos é peculiar e detém regras próprias de competência, processamento e instrução, que são distintas das demais normas dos Recursos Extraordinários ou Especiais.

Com a decisão de afetação do rito repetitivo, a competência para processamento e julgamento dos recursos representativos da controvérsia, no STF, é deslocada da Turma para o Plenário (em sua grande maioria para o Plenário Virtual)⁷¹¹; e, no STJ, para a Seção ou Corte Especial⁷¹².

No julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, ao apreciar os recursos representativos da controvérsia, o órgão julgador julgará integralmente a causa, aplicando o direito à espécie (súmula nº 456 do STF⁷¹³). Admitido o recurso

711 Eis o artigo do regimento interno do STF, que estabelece a competência do Plenário para o julgamento dos recursos extraordinários repetitivos: “Art. 326-a. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido.”

712 Eis os artigos do regimento interno do STJ, que estabelecem a competência da Seção ou da Corte Especial para o julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos: “Art. 256-I. O recurso especial representativo da controvérsia apto, bem como o recurso especial distribuído cuja multiplicidade de processos com idêntica questão de direito seja reconhecida pelo relator, nos termos do art. 1.037 do Código de Processo Civil, será submetido pela Seção ou pela Corte Especial, conforme o caso, ao rito dos recursos repetitivos para julgamento, observadas as regras previstas no Capítulo II-B do Título IX da Parte I do Regimento Interno. (...) Art. 256-N. Após a liberação do relator, o processo será incluído na pauta para julgamento na Seção ou na Corte Especial.”

713 Súmula nº 456 do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário,

extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado (artigo 1.034 do CPC)⁷¹⁴.

Na hipótese de os recursos representativos da controvérsia conterem outras questões de direito distintas da matéria afetada sob o rito dos repetitivos, os recursos serão julgados integralmente pelo mesmo órgão e na mesma sessão. Contudo, nesse caso, as matérias não afetadas produzirão efeitos inter partes, sem formar um precedente de força vinculante.

Contra o acórdão do julgamento dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos é cabível Embargos de Declaração, para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar; e corrigir erro material, nos termos do artigo 1.022 do CPC.

Além disso, em relação aos Recursos Especiais repetitivos, cabe Recurso Extraordinário para o STF, seja em relação à questão afetada para julgamento sob o rito dos repetitivos, seja em relação às outras matérias da causa, se houver suposta violação à norma constitucional.

Destaca-se que não cabe recurso de Embargos de Divergência contra o acórdão do julgamento dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, pois o julgamento sob a sistemática dos repetitivos já representa o entendimento do Plenário, Seção ou Corte Especial acerca da questão de direito controvertida.

Em relação às eventuais matérias não afetadas para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, a legitimidade recursal para impugná-las é apenas da parte prejudicada/vencida do processo originário.

Contudo, em relação à questão de direito objeto de afetação sob a sistemática dos recursos repetitivos, é possível a interposição de recurso: (I) pelas partes do processo representativo da controvérsia; (II) pelo Ministério Público (na condição de “parte” ou de “fiscal da ordem jurídica”), em decorrência do interesse público envolvido; (III) pelos membros do grupo (“litigantes sobrestados” e “ausentes”),

julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

714 Súmula nº 528 do STF: “Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo STF, independentemente de interposição de agravo de instrumento.”

interessados na formação da tese jurídica favorável, na condição de terceiros prejudicados; e (IV) pelo *amicus curiae*.

No tocante aos litigantes que estão com seus processos sobrestados e os “ausentes”, aplica-se a mesma lógica desenvolvida em relação à legitimidade e interesse recursal no âmbito do IRDR (abordada do item 4.2.3.1.1. deste trabalho). Ou seja, todos os sujeitos afetados que serão afetados pela aplicação da tese jurídica têm legitimidade e interesse recursal para impugnar o acórdão paradigma. Contudo, o exercício desse direito fica condicionado e somente se justifica na utilidade da intervenção recursal, a partir da apresentação de argumentos novos e relevantes para contribuir com o debate e a formação do precedente judicial (contribuição argumentativa), bem como da apuração da sua representatividade perante o grupo/subgrupo e do grau de interesse na controvérsia⁷¹⁵.

Portanto, em atenção ao princípio do contraditório amplo e efetivo, a atuação dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (inclusive na fase recursal) deve ser admitida, desde que seja para complementar e ampliar argumentação e contribuir na formação da tese jurídica e/ou representar e membros dos grupos/subgrupos, após a demonstração do seu grau de interesse na controvérsia. O interesse recursal dos membros do grupo é na formação do precedente judicial.

Em relação ao *amicus curiae*, o CPC definiu alguns de seus poderes, atribuições e limites, para além da faculdade de argumentar e alegar. A lei expressamente vedou a interposição de recurso pelo *amicus curiae*, à exceção apenas dos Embargos de Declaração e do Recurso Extraordinário ou Especial contra a decisão que julgar o mérito do IRDR (art.138, §§1º e 3º, do CPC).

Esta regra geral de vedação à interposição de recurso pelo *amicus curiae* decorre da lógica anterior ao novo CPC, no qual a sua intervenção ocorria apenas em relação aos processos “objetivos” (excluídos os conflitos subjetivos). Além disso, o *amicus curiae* é terceiro que não poderia sofrer impacto direto do julgamento, de modo

715 Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha ensinam que “a exigência de demonstração de argumentos novos ou de efetiva e útil contribuição é relevante para que o sujeito seja admitido a participar do IRDR ou no incidente em recurso repetitivo. Uma vez comprovada a relevância e a utilidade de sua participação, ele deve ser admitido, passando, no caso-piloto, a ser assistente, de uma das partes.”. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 609-610)

que se interpretava que a restrição aos seus poderes não lhe causaria nenhum prejuízo⁷¹⁶.

Ocorre que, em razão da existência do microsistema de julgamento de casos repetitivos (artigo 928 do CPC), entende-se que deve ser estendido ao rito dos recursos repetitivos a previsão legal que autoriza a interposição de recursos pelo *amicus curiae*; não se limitando apenas a recorribilidade da decisão que julga o IRDR (art.138, §§1º e 3º, do CPC)⁷¹⁷.

O fato de não existir previsão expressa autorizando o *amicus curiae* a recorrer da decisão que julga o recurso repetitivo no tribunal superior não pode ser interpretado como razão para vedar essa legitimidade recursal, diante da lógica e da sistemática do microsistema de julgamento de casos repetitivos⁷¹⁸.

Destaque-se, contudo, que o recurso do *amicus curiae* deve limitar-se a impugnar apenas a tese jurídica; e não abrangendo o julgamento do caso concreto⁷¹⁹.

716 Eis alguns julgados que vedam a interposição de recurso pelo *amicus curiae*: BRASIL, STF, ADI nº 3.615 ED/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25/04/2008; BRASIL, STF, ADI nº 3.934 ED-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31/03/2011; BRASIL, STF, ADI nº 4.167AgR-ED/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j.27/02/2013; BRASIL, STJ, REsp nº 1.261.020 ED/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 02/04/2013; BRASIL, STJ, REsp nº 1.143.677 ED-ED/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.21/11/2012; BRASIL, STJ, SLS nº 1.425 ED-AgR/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j.02/05/2012.

717 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos".

718 No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 613.

719 Vinicius Silva Lemos entende que em relação à "parte do acórdão sobre a matéria afetada, com o julgamento por amostragem do recurso especial em rito repetitivo, há a possibilidade recursal das partes do processo, quando houver para esta, um prejuízo. Contudo, como houve a intervenção do *amicus curiae* e, ainda, a manifestação do Ministério Público, pertinente a possibilidade recursal destes sobre a matéria afetada e decidida em recurso especial repetitivo e se participaram da fase de instrução do rito repetitivo, comprovando e admitindo o interesse na resolução repetitiva, com fundamentos pertinentes, há um prolongamento deste interesse, com a possibilidade da interposição do recurso extraordinário. (LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e Processos nos Tribunais no Novo CPC*. São Paulo: Lexia, 2015, p. 380)

4.3. O financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*): a participação do sujeito oculto como mecanismo possível de reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e os eventuais

Em regra, a participação dos sujeitos processuais na lide ocorre mediante a sua intervenção ou ingresso em juízo, seja na condição de parte ou de terceiro interessado. Contudo, há a possibilidade da existência de sujeitos ocultos, que formalmente ficam à margem do processo, mas que participam (ainda que indiretamente e/ou por interposta pessoa) da lide como se fossem verdadeiros sujeitos processuais, atuando na defesa dos seus interesses e exercendo o controle estratégico e financeiro dos litigantes aparentes⁷²⁰.

Um exemplo dessas atuações não aparentes é terceiro financiador do litígio, que pode ser instituições financeiras, sociedades empresárias em geral, associações⁷²¹, fundos de investimentos⁷²² ou, até mesmo, pessoa natural. Esse terceiro financiador investe em um ou mais litígios (judicial ou arbitral⁷²³), aos quais

720 Acerca da participação dos sujeitos ocultos, ver: TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 403-435.

721 Antonio do Passo Cabral aponta que “a assunção dos custos do processo por terceiros pode se dar por meio de bancos, instituições de crédito ou outras instituições financeiras, bem como sociedades empresárias em geral. As empresas podem ser seguradoras, como sói acontecer, mas é imaginável também que outras sociedades empresárias desejem financiar os custos da litigância em determinada causa. Os terceiros que pagam os custos do processo podem ser também associações ou sindicatos, em proteção de seus associados ou sindicalizados. No estrangeiro, já se notou que muitas demandas trabalhistas têm seus custos suportados por sindicatos. No Brasil, não é incomum que associações de juízes, policiais e membros do Ministério Público, p. ex., mantenham fundos ou consórcios para custeio de despesas com advogados que seus associados tenham na eventualidade de sofrerem demandas judiciais em razão do exercício de sua função”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais*. *Revista de Processo*. Vol. 277, mar.-2018, p. 47-78 – versão digital).

722 A Instrução nº 444 da CVM autoriza que Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-Padronizados invistam em “direitos creditórios que que resultem de ações judiciais em curso, constituam seu objeto de litígio, ou tenham sido judicialmente penhorados ou dados em garantia” (artigo 1º, §1º, inciso III).

723 Abordando os litígios arbitrais, Marcela Kohlbach de Faria aponta que “merece destaque a existência de um novo *player* no mercado de arbitragens, qual seja, o denominado *third-party funder*, o qual nada mais é do que um terceiro que não possui qualquer relação jurídica com o litígio, mas que fornece subsídios financeiros para uma das partes para o custeio de parte ou da totalidade das despesas do procedimento arbitral, tomando em contrapartida um proveito econômico em decorrência do êxito da parte ‘financiada’ no litígio”. (FARIA, Marcela Kohlbach de. *Participação de Terceiros na Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 73). Acerca do financiamento dos litigantes por terceiros, no âmbito de procedimento arbitral, também ver: CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third-Party*

ele não tem inicialmente qualquer vínculo jurídico, arcando com parte ou a integralidade dos custos e das despesas da demanda. Em contraprestação, o terceiro financiador recebe parte de eventual resultado financeiro favorável decorrente do sucesso na demanda.

Ou seja, o auxílio financeiro que um terceiro dê ao litigante, cujo retorno está vinculado ao resultado do litígio, constitui financiamento de litigante por terceiros (*third-party funding*)⁷²⁴.

A situação do terceiro financiador do litígio gera muitas polêmicas, na doutrina nacional e estrangeira, entre elas, no tocante: (I) a legalidade da sua participação no processo e do seu poder de controle estratégico do litígio⁷²⁵; (II) a natureza jurídica de sua eventual participação direta na lide, havendo quem defenda a possibilidade do financiador conduzir o processo como legitimado extraordinário (em decorrência de

Funding. São Paulo: Saraiva, 2017; e CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e Financiamento por Terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020.

724 Em abril de 2018, o Comitê criado pela International Council for Commercial Arbitration (ICCA) em parceria com a Universidade Queen Mary elaborou relatório, no qual definiu o “third-party funding”, da seguinte forma: “O termo “third-party funding” refere-se ao acordo com uma entidade que não é parte do litígio para auxiliar a parte, um assistente da parte ou o escritório representante da parte: a) fundos ou outro suporte material para financiar parte ou totalidade dos custos do processo, tanto individualmente quando para uma certa de processos; e b) tal suporte ou financiamento é fornecido em troca de uma remuneração ou reembolso que seja total ou parcialmente dependente do resultado da disputa, ou provido por um subsídio ou em contra-partida a um prêmio” (tradução livre). No original: “The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party, a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.” (*Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p. 50). Disponível em <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Third-Party-Funding-Report%20.pdf>

725 Em relação ao controle estratégico do litígio pelo financiador, Sofia Temer assevera que “é natural que, vendo o processo como um investimento, o financiador tenha interesse em agir para protegê-lo e promovê-lo, incluindo seu monitoramento, fiscalização e o poder de tomar eventual solução consensual. O fato de haver um ‘terceiro’ dirigindo os rumos do processo não seria suficiente para considerá-lo, de alguma forma, na disciplina dos sujeitos processuais? Pensamos que sim.” (TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 406).

convenção processual)⁷²⁶ ou intervir na condição de *amicus curiae*⁷²⁷; (III) a responsabilidade do financiador perante à contraparte e, conseqüentemente, os efeitos das decisões judiciais sobre as suas esferas de deveres e responsabilidades⁷²⁸

726 Renato Rezende Beneduzi sustenta que “a relevância prática da legitimidade processual extraordinária é também visível na atualíssima seara da *third-party funding*. (...) Mas por que não seria lícito ao financiado transferir ao financiador a legitimidade para pedir a tutela de seu direito, se este direito for disponível? Esta solução evitaria ambas as desconfianças: o financiador não poderia argumentar, para se eximir do pagamento das despesas processuais, que o financiado conduziu mal o processo; em contrapartida, por que conduziria ele próprio o processo, o financiador não teria por que temer a forma com que este processo viesse a ser conduzido.” (BENEDUZI, Renato Rezende. Legitimidade Extraordinária de origem negocial. In TALAMINI, Eduardo et al. *Partes e Terceiros no Processo Civil*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 751-753). Abordando também a questão do financiador conduzir o processo como legitimado extraordinário: CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e Financiamento por Terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 129-132.

727 Marcel Carvalho Engholm Cardoso sustenta que “não parece haver qualquer obstáculo jurídico para que seja admitida a intervenção do financiador como *amicus curiae*, visto que pode intervir nessa condição qualquer ‘pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada’, desde que as circunstâncias do caso justifiquem sua admissão.” (CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e Financiamento por Terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 55). Na doutrina estrangeira, ver: AVRAHAM, Ronen; WICKELGREEN, Abraham. Third-party funding: a signaling model. *DePaul Law Review*. Vol. 3, 2014, p. 233-264.

728 Abordando o direito estrangeiro, Duarte Gorjão Henriques aponta que “existem já casos em que os ‘third party funders’, não obstante serem partes terceiras à causa, foram obrigados a pagar os ‘adverse costs’ por causa do grau de controlo e interesse que tinham na acção. (...) A ideia de controlo de uma acção ou disputa serve de pedra de toque para vários efeitos. A definição do conceito é um deles. A extensão da eficácia do processo será outra. Subjacente a esta extensão — que boa parte da doutrina e jurisprudência estrangeiras (e, no plano teórico, também a nacional) já vem admitindo para a própria jurisdição e competência do tribunal — pode estar a aplicação de um princípio ‘ubi commoda ibi incommoda’: quem beneficia de um determinado leque de utilidades que o direito lhe proporciona, também poderá ter de se submeter às conseqüências negativas de um uso que, sendo admissível, pode no entanto ser exagerado”. (HENRIQUES, Duarte Gorjão. Third party funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, Out -Dez/2016, p. 295 – 336 – versão digital).

^{729 730}; e (IV) a obrigatoriedade do dever de revelação do financiador (se sim, em qual extensão?), diante dos impactos na suspeição e impedimento do julgador e eventuais conflitos de interesses^{731 732 733}.

-
- 729 Arnaldo Wald leciona que “a direção do processo pode ter uma interferência maior ou menor do financiador, que pode nomear o advogado que vai funcionar no caso, ou aceitar o indicado pelo financiado, estabelecendo-se neste caso, em geral um *modus vivendi* para a colaboração entre o causídico que representa a parte no processo e o advogado do financiador, embora também possa não haver qualquer ingerência por parte da empresa financiadora. A questão é relevante, pois pode importar eventualmente, em casos extremos, em responsabilidade do financiador no caso de derrota, podendo ser condenado ao pagamento de perdas e danos, como sócio oculto no caso de lide temerária, o que já teria acontecido, num caso, na Alemanha, levando o financiador à insolvência, havendo situações parecidas, mas sem chegar ao mesmo nível, na Austrália”. (WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2018, p. 33-41 – versão digital). Em sentido semelhante, Antônio do Passo Cabral ensina que “o fenômeno da transferência dos custos do processo para outrem mostra que os terceiros frequentemente interferem na atividade das partes, tanto por estarem comandando a litigância por razões altruísticas como quando atuam para obtenção de vantagem financeira. Pois, se o terceiro efetivamente controlou a litigância, sendo aquele que define a estratégia e toma as principais decisões (recorrer ou não recorrer, quais argumentos utilizar, quais provas produzir etc.), participando ativamente na litigância, é possível que sofra efeitos processuais desfavoráveis (sanções, multas, preclusões etc.), e alguns países permitem até condenar os próprios terceiros, independentemente da parte, a suportarem os custos.” (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre os custos da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de Processo*. Vol. 277, mar.-2018, p. 47-78 – versão digital).
- 730 Por outro lado, entendendo que a responsabilização do financiador pelos ônus sucumbenciais somente será possível se este for parte no litígio: “Com efeito, o art. 82, §2º, do CPC/2015 prevê expressamente que ‘a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou’. As despesas que podem ser ressarcidas estão igualmente previstas no Código, dispondo que ‘as despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha’ (art. 84), O CPC/2015 estabelece, por fim, que ‘a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor’ (art. 85), cuja extensão é igualmente prevista entre 10% e 20% do proveito econômico (art. 85, §2º). O juiz brasileiro está, portanto, adstrito à aplicação da norma processual, que define tanto a extensão da sucumbência quanto o sujeito responsável pelo pagamento. A condenação do financiador somente será possível, portanto, se este for parte do processo”. (CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Arbitragem e Financiamento por Terceiros*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 169-170).
- 731 Abordando a polêmica acerca do dever de revelação do financiador, Antonio do Passo Cabral aponta: “a questão da confidencialidade dos contratos processuais sobre o custo tem despertado caloroso debate no estrangeiro. Há um grave problema informacional na perspectiva dos terceiros em relação à avença. Essa questão toca mais proximamente os adversários das partes no contrato de financiamento, que normalmente desconhecem o envolvimento do financiador e, sem informação adequada sobre o grau de aversão ao risco da contraparte, talvez se conduzam nas alegações, na produção de prova ou nas negociações para fins de transação de maneira diferente daquela que seria sua postura se tivessem conhecimento do acordo. Por outro lado, o sigilo sobre esses contratos pode ser relevante também vis-à-vis a pessoa do juiz. É que, à medida que o financiamento processual aumentar em quantidade, e passar a ser oferecido pelas instituições financeiras como uma alternativa de investimento para o consumidor que as procura para aplicar seus recursos privados, os juízes – assim como advogados e qualquer outro participante do processo – podem ter investido dinheiro no fundo que está custeando aquele financiamento processual. Assim, a divulgação da informação acerca da existência da convenção pode ser crucial, inclusive, para evitar nulidade por suspeição do juiz. Preocupados com os efeitos prejudiciais que o sigilo possa ter, alguns países têm determinado aos convenientes obrigações de revelação da existência desse tipo de contrato”. (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre

Em relação ao escopo deste trabalho, a análise do tema do financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*) perpassa por averiguar se, no âmbito das demandas decorrentes de litigiosidade repetitiva, a atuação do financiador tem o potencial de reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e eventuais.

Conforme apontado pelo estudo do jurista norte-americano Marc Galanter, publicado na década de 1970, em regra, as demandas repetitivas são compostas por litigantes habituais (de um lado) e por litigantes eventuais (de outro lado), que têm pretensões semelhantes e/ou postulações que envolvam a mesma tese jurídica.

os custos da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. *Revista de Processo*. Vol. 277, mar.-2018, p. 47-78 – versão digital).

- 732 Sustentando que não há o dever de revelar o financiador: “Financiar processos legais é uma questão privada e pode dar origem a situações problemáticas relativas à confidencialidade contratual, dado que a maioria dos acordos de financiamento contém disposições de confidencialidade. Informações mais sensíveis, tais como os termos econômicos do acordo, poderiam ser reveladas, e isso pode permitir que a parte adversa saiba o valor que a outra aceitaria para um acordo. É importante notar que o Financiamento do Procedimento não deveria constituir uma circunstância que seja suficientemente relevante para o resultado do mérito do processo. Essa afirmação não significa que contrato de financiamento de terceiros financiado não afetará a conduta da parte financiada na arbitragem [...] O que ela quer dizer é que o financiamento não deve produzir nenhum impacto sobre os méritos da demanda. Talvez isso explique (pelo menos parcialmente) por que não há regras ou práticas genericamente aceitas em arbitragem internacional que exigem que uma parte revele como está financiando sua reivindicação” (tradução de Napoleão Casado Filho). No original: “Funding legal proceedings is a private matter and may give rise to issues of contractual confidentiality given that most funding agreements contain confidentiality provisions. Sensitive information such as the economic terms of the agreement could be revealed, and this might enable other parties to know or predict the funded party’s settlement value. Importantly, funding legal proceedings should not constitute a circumstance that is directly or sufficiently relevant to the case or material to its outcome. This assertion does not mean that third-party funding agreement will not influence the funded party’s conduct in the arbitration [...] What it does mean is that funding should have no impact on the merits of the case. Perhaps this explains (at least partly) why no generally accepted rules or practice in international arbitration require that a party disclose the way in which it is funding its claim or defence” (LEVY, Laurent; REGIS, Bernard. *Third Party Funding. Disclosure, joinder and impact on international procedures*. In: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. *Third-party funding in International Arbitration*. Dossiers – ICC, Paris, 2013).
- 733 Napoleão Casado Filho defende que, “em casos de financiamento por terceiros, a regra da confidencialidade deve ser relativizada e o dever de revelação deve ser privilegiado. No entanto, tal revelação deve recair apenas sobre as informações essenciais para a análise de uma eventual influência no Tribunal Arbitral. De forma mais sucinta, deve a parte financiada informar que possui um parceiro financeiro no procedimento e identificá-lo. Detalhes sobre a precificação do financiamento e outras cláusulas devem ser preservados, dado o caráter estratégico para o financiado e irrelevante para a parte adversa e o tribunal analisarem um eventual conflito de interesses” (CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third-Party Funding*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 212). No mesmo sentido: FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiros e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WAEDE JR., Walfrido J.; GUERREIRO, Carolina (Coord.). *Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Prof. José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 633.

Ocorre que, geralmente, há entre litigantes habituais e eventuais significativas disparidade nas capacidades estratégicas, decorrentes de diferenças econômicas, processuais e estruturais que favorecem os litigantes habituais⁷³⁴.

Entre as vantagens estratégicas dos litigantes habituais, pode-se citar aquelas decorrentes: (I) da sua maior capacidade financeira para arcar com os custos e despesas dos processos, inclusive relativas à contratação de advogados e peritos renomados e especializados na matéria; (II) da *expertise* sua e dos seus advogados na matéria objeto da lide, diante da frequência e engajamento com o conflito; (III) da possibilidade de atuar com economias de escala, diante da diversidade de casos semelhantes, de modo que têm baixos custos para atuar nas demandas; (IV) do fato de poder adotar estratégias otimizadas para maximizar o ganho em uma série de demandas, ainda que isso acarrete o risco de perder alguns casos; (V) do fato de deter maior infraestrutura para se beneficiar dos avanços tecnológicos para definir as suas capacidades estratégicas, mediante o uso de processadores de dados e sistemas de inteligência artificial, minimizando os seus riscos; (VI) da maior facilidade em influenciar na elaboração e/ou mudança de dispositivos normativos, no âmbito político e judicial, diante do maior poder de persuasão (*lobby*); (VII) da possibilidade de concentrar os seus recursos e suas estratégias na criação e/ou alteração de normas e/ou precedentes que detêm força vinculantes; (VIII) do interesse maior em obter normas e/ou precedentes favoráveis que podem influenciar casos semelhantes futuros; e (IX) do fato de terem maior oportunidade para estabelecer relações informais com os atores institucionais.

Verifica-se que o fato de o litigante habitual, geralmente, ter maior capacidade financeira em relação ao litigante ocasional acarreta-lhe vantagens estratégicas no litígio.

O financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*) pode ser visualizado como um possível meio de assegurar que litigantes ocasionais tenham maior paridade de armas em relação aos litigantes habituais, no âmbito das demandas repetitivas.

734 GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 95-160.

Contudo, ressalta-se que, na litigiosidade repetitivas, há demandas que constituem megaconflitos, cuja lesão atingem diretamente o interesse de diversas pessoas ou segmentos sociais, que não estão reunidos em uma determinada comunidade. Na classificação dos litígios coletivos de Edilson Vitorelli, tais demandas são os denominados litígios de difusão irradiada⁷³⁵.

É importante pontuar que, nessas demandas que constituem megaconflitos, o eventual financiador terá maior dificuldade para agrupar e reunir com os litigantes ocasionais, visando a estabelecer um negócio que permita o financiamento de grande parte dos casos envolvidos, de modo a lhe permitir um maior retorno financeiro em decorrência do investimento nos processos representativos da controvérsia (líderes).

Por outro lado, a atuação do financiador será mais facilitada e factível nas demandas que envolvam grupos reduzidos e uma comunidade específica – na tipologia de Edilson Vitorelli, os litígios de difusão local⁷³⁶. Nesta situação, o acesso e a identificação dos litigantes ocasionais tornam-se mais fácil, tendo em vista, inclusive, que, em muitas das vezes, essas pessoas estão representadas por advogados em comum.

Portanto, entende-se que, no âmbito da litigiosidade repetitiva, o financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*) pode ser utilizada como ferramenta possível para reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e os eventuais. Contudo, há dificuldades práticas referentes à identificação e acesso os litigantes ocasionais que serão enfrentadas pelo financiador.

735 Acerca dos litígios coletivos de difusão irradiada, ver: VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 88-98.

736 Acerca dos litígios coletivos de difusão local, ver: VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 83-88.

5. A BUSCA PELA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NOS PROCEDIMENTOS DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA

5.1. A representatividade adequada como função garantidora do devido processo legal, no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva

A ideia de representação na teoria do litígio nasce a partir da noção de consentimento na vida política, a partir do entendimento de que o regime de governo atua em prol dos cidadãos, cabendo a esse entender quais seriam os interesses do povo.

O doutrinador político norte-americano Frederick Calvert, em seu ensaio sobre a equidade das partes no litígio, defende a concepção na qual a legitimação da litigância de grupo provém da reunião das partes interessadas para a escolha do melhor representante, bem como a comunhão de interesses entre o representante e os representados⁷³⁷.

No âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, o devido processo legal impõe a necessidade de representatividade adequada dos litigantes. Logo, “o devido processo exige que as partes tenham oportunidade de apresentar seus

737 “Uma vez que Calvert averiguou os interesses dos litigantes ativos, ele analisou a segunda etapa, o requisito segundo o qual haveria alguma comunidade de interesses entre o litigante ativo e os membros do grupo representado. Vinculando o interesse próprio do litigante ativo aos interesses dos passivos, Calvert havia articulado a justificativa teórica para o contencioso coletivo. Isso estava claro para ele, no entanto, que a comunidade não precisava da necessária identidade: ‘Não deve ser inferido que as pessoas não são autorizadas a ingressar em ações desta natureza, salvo se suas pretensões são precisamente do mesmo grau (...)’ - Calvert concluiu que ‘quando um grande número de pessoas tem um interesse comum no objeto inteiro de um bem da vida benéfico para todos, um ou mais dos membros podem processar em nome de todos.’” (tradução livre). No original: “Once Calvert had ascertained the interests of the active litigant, he could move to the second step, the requirement that there be some community of interest between the active litigant and the members of the represented group. By linking the self-interest of the active litigant to the interests of the passive ones, Calvert had articulated the theoretical justification for group litigation. It was clear to him, however, that the community need not amount to identity: ‘It must not be inferred that persons are not permitted to join in suits of this nature, unless their claims upon the property sued for are precisely of the same degree (...)’ - After a full but relatively brief discussion, Calvert neatly concluded that ‘when a large number of persons have a common interest in the entire object of a suit in its nature beneficial to all, one or more of them may sue on behalf of all’.” (YEAZELL, Stephen C. From Group Litigation To Class Action. Part II: Interest, Class, and Representation. *University of Illinois Law Review*, University of Illinois College of Law, Volume 1989, Number 1, p.1084).

argumentos de modo regular, que haja direito de resposta e o julgamento seja feito de acordo com algum curso pré-estabelecido de procedimentos judiciais”⁷³⁸.

No Brasil, o STF já afirmou que o atual ordenamento jurídico brasileiro encontra-se assentado na concepção de contraditório participativo, substancial e dinâmico⁷³⁹, no qual não basta assegurar às partes a simples bilateralidade da audiência (dizer e contradizer formalmente), sendo necessário garantir às partes o direito de influenciar a construção do provimento judicial e de não serem surpreendidas com julgamento fundado em questão não debatida nos autos⁷⁴⁰.

A participação no processo por intermédio do contraditório assegura que o julgador tenha um quadro mais acurado da realidade e, com isso, condições para produzir uma decisão melhor, além de propiciar o sentimento de justiça imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

A inviabilidade da participação individual dos membros do grupo nos procedimentos de tutela coletiva suscitou dúvidas quanto à constitucionalidade das ações coletivas⁷⁴¹. A resposta mais simples é de que a figura do representante, que atuará em nome de todos os interessados, supriria a necessidade de participação

738 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.134.

739 "Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões)". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 101-102)

740 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24268/MG, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 05/02/2004, DJ 17/09/2004.

741 Destaca Sérgio Arenhart que o art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 não estabeleceu preferência para a tutela individual sobre a coletiva. Ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o texto constitucional não garantiu que essa apreciação ocorreria individualmente: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44

individual dos membros do grupo, propiciando o exercício do contraditório substancial para todos os envolvidos⁷⁴².

Ocorre que a obtenção da representação adequada dos litigantes (principalmente dos eventuais) é complexa e necessita de efetivo controle pelas partes e pelo Poder Judiciário, na medida em que assume papel importante no equilíbrio de forças e das capacidades estratégicas dos litigantes habituais e eventuais.

Analisando o direito estrangeiro, observa-se que um dos requisitos principais da *class action* norte-americana é garantir a representatividade adequada de todos os membros⁷⁴³, haja vista que pessoas representadas, que não participaram diretamente do processo, estarão vinculadas à decisão⁷⁴⁴.

Analisando a exigência da representatividade adequada no direito norte-americano, Antonio Gidi ensina que tal requisito atinge três resultados: “a um só tempo, minimiza o risco de colusão, incentiva uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura que se tragam para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo”. Segundo o jurista, com a *adequacy of representation*, o que se pretende é assegurar, primordialmente, que “o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria

742 “Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 50).

743 Por intermédio das *class actions*, os membros ausentes dos grupos representados podem ser vinculados à decisão proferida na ação coletiva sem que sejam formalmente partes, sem que tenham exercido os direitos à ampla defesa e ao contraditório, e muitas vezes discordando da pretensão deduzida na demanda ou da própria existência de uma ação coletiva. Ver: EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, Volume 57, p. 1.530-1.531, 2004.

744 O maior debate acerca do emprego das *class actions* diz respeito, justamente, à questão acerca da representação dos membros ausentes da classe (*absentee class members*), e de que forma ela poderia violar a garantia constitucional do devido processo legal. Ver: YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 814-821.

obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendessem individualmente seus direitos”⁷⁴⁵.

Os requisitos para a caracterização da representatividade adequada não estão regulados na lei, mas podem ser aferidos pela jurisprudência norte-americana⁷⁴⁶. A doutrina de Antonio Gidi sistematiza tais requisitos em quatro categorias: (I) possibilidade de uma conduta vigorosa do representante, de modo a assegurar que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes; (II) ausência de antagonismo ou conflito de interesses entre o legitimado coletivo e os membros do grupo; (III) possibilidade de vigorosa tutela do interesses dos membros do grupo pelo advogado do autor; e (IV) ausência de conflito de interesse entre o advogado e o grupo^{747 748}.

A jurisprudência estadunidense, no caso paradigma *Hansberry v. Lee*, que versava sobre restrições raciais na compra e venda de imóveis, decidiu que os membros da classe são vinculados à decisão apenas se caracterizada a representatividade adequada. Para tanto, necessário que os membros concordem com o entendimento do representante; ou seja, que não haja divergência entre os subgrupos acerca do objeto da causa⁷⁴⁹.

745 GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas: uma proposta. *Revista de Processo*. São Paulo. Vol.108, n. 61, 2003, p. 66.

746 COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 956.

747 GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-124

748 Cassio Scarpinella Bueno aponta a necessidade da concorrência de três elementos para o reconhecimento da representatividade adequada: “os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse *jurídico* na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal?, concorrência desleal?). E inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquela da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações destas espécies. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*.” (BUENO, Cássio Scarpinella. “As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”. *Revista de Processo*. Vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr-Jun/1996, p. 92 – 151, esp. 104)

749 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed.,

No referido caso, houve a formação de coisa julgada em uma ação coletiva anterior, na qual pleiteava-se o reconhecimento da validade e manutenção da norma convencionada entre os proprietários locais, que proibia a venda de imóveis, naquela localidade, para negros. Posteriormente, no caso *Hansberry v. Lee*, os autores pleiteavam a invalidade e a anulação da referida norma convencionada entre os proprietários locais. A Corte norte-americana concluiu que não podem ser considerados adequadamente representados aqueles que têm interesse contrapostos ao do grupo que atuou em juízo na primeira demanda. Desse modo, os autores da segunda ação coletiva não estão vinculados à coisa julgada formada no processo pretérito⁷⁵⁰.

A partir desse julgado, constata-se que, no âmbito da jurisprudência norte-americana, o primeiro elemento de uma representatividade adequada é o alinhamento de interesses entre os membros do grupo que titularizam o direito subjetivo objeto da pretensão, tanto entre si, quanto entre eles e o representante⁷⁵¹.

No direito norte-americano, o direito de ação adquire uma conceituação diferente, não sendo concebido meramente como o poder da pessoa de agir juridicamente para reivindicação do direito material, mas de ter seus interesses

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 323-324.

750 “311 U.S. 32 (1940): ‘Está claro que, em tais circunstâncias, todos aqueles alegadamente vinculados ao acordo não constituiria uma única classe em qualquer litígio instaurado para aplicá-lo. Aqueles que buscavam para garantir seus benefícios impondo-o não pode ser dito estar na mesma classe ou representar aqueles cujo interesse era resistir ao cumprimento, pois o contrato, por seus termos, impõe obrigações e confere direitos ao proprietário de cada terreno que o assina. Se aqueles que assim procuram assegurar a benefícios do acordo foram corretamente considerados pela Suprema Corte do estado como constituindo uma classe, é evidente que os signatários ou seus sucessores interessados em contestar a validade do acordo e resistir ao seu desempenho não são da mesma classe no sentido de que seus interesses são idênticos, de modo que qualquer grupo que tivesse optado por fazer valer os direitos conferidos pelo acordo pudesse ser disse estar agindo no interesse de quaisquer outros que fossem livres para negar sua obrigação’.” (tradução livre). No original: “311 U.S. 32 (1940): ‘It is plain that, in such circumstances, all those alleged to be bound by the agreement would not constitute a single class in any litigation brought to enforce it. Those who sought to secure its benefits by enforcing it could not be said to be in the same class with or represent those whose interest was in resisting performance, for the agreement, by its terms, imposes obligations and confers rights on the owner of each plot of land who signs it. If those who thus seek to secure the benefits of the agreement were rightly regarded by the state Supreme Court as constituting a class, it is evident that those signers or their successors who are interested in challenging the validity of the agreement and resisting its performance are not of the same class in the sense that their interests are identical, so that any group who had elected to enforce rights conferred by the agreement could be said to be acting in the interest of any others who were free to deny its obligation’.”.

751 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 322-323.

representados devidamente no Tribunal. Por consequência, a representação não seria de sujeitos individuais, mas de interesses individuais.

Owen Fiss ensina que a representatividade adequada “não é a representação de indivíduos, mas a representação de interesses”, de modo que “não é que toda pessoa tenha o direito de ser representada na estrutura litigiosa, mas apenas que todos os interesses devem ser representados. Se o interesse do indivíduo foi devidamente representado, não há ulteriores reclamações”⁷⁵².

Antonio Gidi assevera que “o poder que tem o representante para tutelar os interesses dos membros ausentes do grupo ao qual pertence deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo”. Desse modo, o jurista aponta que o requisito da adequação do representante possui um duplo aspecto: (I) “por um lado, é o direito de todos os membros ausentes de terem os seus interesses adequadamente representados na ação coletiva”; e (II) “por outro, é o direito de não serem atingidos pela coisa julgada de uma sentença dada em uma ação em que os seus interesses não foram adequadamente representados”⁷⁵³.

Assim, para que a representação seja adequada, cabe ao Tribunal certificar que o representante está protegendo adequadamente os interesses da classe⁷⁵⁴. Tais interesses são interpretados com base em presunções ideológicas do que seria socialmente benéfico para os membros do grupo. Após realizada essa análise, o Tribunal deveria decidir se há necessidade suplementar do consentimento explícito dos membros da classe⁷⁵⁵.

752 Tradução livre. No original “In large part this is because the representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interests. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual's interest has been adequately represented then he or she has no further claim against the decree”. (FISS, Owen. The allure of individualism. In: *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, p. 965-979, esp. p. 972).

753 GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101.

754 O controle judicial do andamento, do conteúdo dos acordos e das conclusões das *class actions* é a garantia mais importante dos *class members* para a obtenção de um resultado final que seja, ao mesmo tempo: justo – isto é, alcançado em paridade de armas e sem discriminação entre os membros da classe; adequado – ou seja, que forneça uma efetiva reparação aos membros representados condizente com a magnitude do dano; e razoável – a saber, obtido de forma fundamentada e sem nenhum juízo de arbitrariedade. Ver: MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. *Journal of Legal Analysis*, University of Oxford, Oxford University Press, Volume 1, Number 1, p. 167-169, Winter 2009.

755 “O tratamento eficaz e econômico das ações do grupo requer necessariamente um compromisso em diminuir ou ajustar o direito dos litigantes individuais para o bem maior da ação como um todo”.

Portanto, necessário apurar o alinhamento de interesses entre os membros da classe que pleiteiam a pretensão de direito material, de modo a constar se há representatividade adequada. Esse alinhamento se verifica pela ausência de divergências de entendimento entre os membros do grupo, bem como entre eles e o representante⁷⁵⁶.

No âmbito do direito norte-americano, o representante adequado é o membro do grupo que tem a capacidade e aptidão de defender, de forma satisfatória, os interesses da coletividade perante a Corte⁷⁵⁷.

Destaca-se, ainda, que, a adequação da representatividade deve ser avaliada também em relação ao advogado da classe, de modo a apurar se houve uma fiel representação de interesses pelo procurador⁷⁵⁸.

No âmbito dos processos coletivos, inclusive nos procedimentos de tutela da litigiosidade repetitiva, é preciso investigar se o juiz analisou corretamente a representação e que o representante protegeu adequadamente os interesses da classe durante toda a marcha processual.

Susana Henriques da Costa ensina que “a verificação da representatividade adequada é, antes de tudo, uma garantia de que o interesse em juízo será devidamente tutelado, de que os princípios constitucionais do devido processo legal serão observados”. A garantia da representatividade adequada visa a assegurar que “os atingidos pela lesão afirmada nos autos e que serão abarcados pelos efeitos da sentença foram efetivamente ‘representados’”⁷⁵⁹.

(tradução livre). No original: “the effective and economic handling of group actions necessarily requires a diminution, compromise or adjustment of the rights of individual litigants for the greater good of the action as a whole”. (MULHERON, Rachel. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p.50).

756 VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 322-323.

757 COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 956.

758 Neste sentido: ISSACHAROFF, Samuel. Governance and legitimacy in the law of class actions. In: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392; COOPER, Edward H. The (cloudy) future of class actions. In: *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, p. 923-963; VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.323-324.

759 COSTA, Susana Henriques da. A Representatividade Adequada e Litisconsórcio – O projeto de Lei nº 5.5139/2009. In: GAZZOLI, Maria Clara, et. al. (Coords.). *Em Defesa de um Novo Sistema de*

A ideia de representatividade adequada é a base e a questão central para da tutela coletiva dos direitos. Como não é possível a participação individual de todos os interessados na relação jurídica processual, mostra-se necessário escolher um representante adequado para tutelar o interesse da coletividade⁷⁶⁰.

Luiz Guilherme Marinoni assevera que “a representação adequada é essencial em qualquer sistema que tutele direitos sem a participação direta dos seus titulares”. Segundo o jurista, a representação adequada “é elemento integrante da estrutura do processo civil democrático”, na medida em que legitima a compensação da participação direta dos titulares do direito material em local em que o poder estatal é exercido⁷⁶¹.

A legitimação do exercício do poder jurisdicional exige a participação dos sujeitos, de modo que, nos procedimentos em que a participação dos membros do grupo ocorre de forma indireta, é imprescindível a representação adequada dos titulares do direito material, em consonância com o princípio do devido processo legal. É impossível aceitar que uma decisão possa prejudicar pessoas que não tiveram a oportunidade de participar ou não foram adequadamente representadas no processo.

Suzana Henriques da Costa destaca que a representatividade adequada é “o conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo”, de modo a justificar e legitimar “a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo”⁷⁶².

Os membros do grupo que não participaram, de forma individual e de fato, do processo somente podem ser atingidos pelos efeitos de uma sentença se os seus interesses tiverem sido devidamente representados no litígio.

Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 631.

760 COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 956.

761 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 40

762 COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

A representatividade adequada é condição necessária para o regular e pleno exercício do direito fundamental do contraditório dos membros do grupo, que, em regra, terão todos os seus interesses e argumentos suscitados em juízo por meio da atuação do representante⁷⁶³.

Nas ações coletivas, inclusive nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, a participação dos demais membros do grupo, que é indispensável para a legitimação do exercício do poder, ocorre de forma indireta, o que exige e justifica a correta aferição da qualidade da representação^{764 765}.

Antonio Gidi assevera que a representação adequada (*adequacy of representation*) “é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo”⁷⁶⁶.

Constata-se, portanto, que a representatividade adequada tem a função de garantir o devido processo legal, no âmbito dos processos coletivos, inclusive nos procedimentos de litigiosidade repetitiva que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

763 LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*. Vol. 206. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 167-190 (versão digital).

764 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 38

765 Abordando o processo coletivo, Susana Henriques Costa ensina que “a representatividade adequada, percebe-se, possui um grande conteúdo legitimador da sentença coletiva. Afinal, se a decisão prolatada surtirá efeito sobre uma coletividade a qual não participou de fato do processo, exige-se que o seu interesse tenha sido devidamente representado pelo sujeito que litigou em seu nome. Toda a técnica processual do processo coletivo, portanto, transita em torno da noção de representatividade. É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos erga omnes, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo. Garantir que a classe tenha sido adequadamente representada é, em última instância, garantir a observância do devido processo legal, em seu sentido substancial (due process of law). Em outros termos, é a garantia de que a coletividade que se sujeitará ao quanto decidido no processo tenha sido satisfatoriamente ouvida e defendida”. (COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957).

766 GIDI, Antonio. *A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99-100.

5.2 O problema da representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva

No Brasil, a litigiosidade repetitiva pode ser tratada pelas ações coletivas que tutelam os direitos individuais homogêneos e pelos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos), que visam à fixação de uma tese jurídica para a aplicação uniforme em todos os casos. Esses dois modelos “revolucionaram o instituto da legitimidade para a causa, criando uma ficção representativa que visa reproduzir em juízo as características de todos os jurisdicionados com os mesmos direitos materiais, devendo criar um fiel modelo da situação litigiosa”⁷⁶⁷.

Ocorre que, em relação aos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, o ordenamento jurídico brasileiro não previu, de forma clara e expressa, como deve ocorrer a participação e a representatividade adequada dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo que não são partes dos processos representativos da controvérsia).

Dentro dessa lógica, o questionamento acerca da representatividade adequada na litigiosidade repetitiva é ainda mais acentuado, diante da possibilidade da existência de multiplicidade e diversidade de interesses dos subgrupos envolvidos no litígio.

Ademais, não há, de forma expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura da certificação, por meio da qual o juiz, a partir de uma análise dos processos e dos seus participantes, examina as condições da representação, para aferir seu nível de adequabilidade.

No Brasil, no âmbito dos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e o rito dos recursos repetitivos), o controle da representatividade ocorre com base na seleção de processos representativos da controvérsia, de modo que as suas partes tornam os sujeitos condutores (líderes) do procedimento.

⁷⁶⁷ LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*. Vol. 206. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 167-190 (versão digital).

Contudo, a lei processual brasileira é omissa acerca do mecanismo necessário para a aferição da capacidade técnica dos sujeitos condutores (líderes) dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, bem como de seus advogados, de modo a se apurar a sua real condição de representante dos membros do grupo. Não há qualquer previsão expressa de oportunidade de impugnação da representação pelos membros do grupo (“litigantes sobrestados” e “ausentes”), por meio de requerimento de substituição dos sujeitos condutores (líderes) e/ou dos seus advogados⁷⁶⁸.

Além disso, é possível que os processos escolhidos como representativos da controvérsia não sejam capazes de fornecer, no exame jurisdicional, a compreensão total dos argumentos fáticos e jurídicos, prejudicando o direito à representação adequada dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”, que são em sua maioria litigantes eventuais.

No que concerne aos procedimentos de litigiosidade repetitiva, a possibilidade de intervenção dos membros do grupo é fundamental para a redução do *déficit* de contraditório durante o procedimento de fixação da tese jurídica e de formação do precedente judicial. Trata-se de garantir a participação democrática no trâmite do IRDR e do rito do Recurso Especial e/ou Extraordinário repetitivo, por meio da criação de instrumentos e canais de comunicação, que possibilitem a influência das partes dos processos sobrestados que estarão sujeitas à eficácia vinculativa *pro et contra* da tese jurídica.

Note-se que garantir participação em contraditório e a representatividade adequada dos membros do grupo implica em legitimar ainda mais o modelo brasileiro de precedentes normativos formalmente vinculantes.

A fiscalização do Poder Judiciário na atuação e capacidade dos representantes e dos advogados, bem como no monitoramento dos acordos celebrados, é essencial para a melhor forma de solucionar problemas relacionados à representatividade adequada dos litigantes, principalmente dos eventuais.

Apesar da tese jurídica formanda no âmbito dos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos ser vinculante aos “litigantes sobrestados” (com aplicação posterior nos processos suspensos) e aos “ausentes”

768 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 41

(em eventual demanda futura), o ordenamento jurídico brasileiro não previu instrumento processual que assegure a efetiva e ampla participação dos interessados, bem como deixou de disciplinar acerca da representatividade adequada dos membros do grupo⁷⁶⁹. O Código de Processo Civil apenas previu, de forma genérica, que o relator poderá admitir a intervenção das pessoas que têm “interesse na controvérsia” (artigos 983 e 1.038, inciso I), no âmbito do IRDR e do rito dos recursos repetitivos⁷⁷⁰.

Contudo, em que pese a previsão legal genérica que autoriza a participação dos interessados, outros fatores processuais dificultam a participação efetiva dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”. O primeiro deles seria a dificuldade prática de conciliar a tentativa de participação individual e direta de uma pluralidade de interessados, que acarretaria em tumulto processual no procedimento de formação da tese jurídica, diante da apresentação de diversas e sucessivas manifestações⁷⁷¹.

A exiguidade do prazo legal de 15 dias, previsto no artigo 983 do CPC, para a intervenção dos interessados, bem como a falta de intimação direta dos membros do grupo para o início desse prazo, compõe o segundo fator que dificulta a participação. Note-se que, provavelmente, os “litigantes sobrestados” (principalmente os litigantes

769 Apontando crítica acerca da ausência de dispositivo expresso no Código de Processo Civil acerca do controle judicial da representatividade adequada dos membros do grupo: ROSSI, Júlio César. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo CPC: das inadequações às inconstitucionalidades*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 126-129; MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 37-43; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 372-385; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 222-232.

770 Pedro Augusto Silveira Freitas sustenta que, “a partir da relação de simbiose existente entre o modelo cooperativo de processo e o princípio do contraditório, pode-se concluir que, na etapa procedimental de consolidação do objeto litigioso do julgamento de casos repetitivos, o órgão jurisdicional deverá , de forma prévia ao juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas e em momento anterior à identificação da questão submetida ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, conceder às partes do processo, ao Ministério Público e aos potenciais interessados – sujeitos processuais – oportunidade para apresentarem suas manifestações sobre a questão jurídica que será oportunamente fixada e, posteriormente, julgada”. (FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório*. *Revista de Processo*. Vol. 302, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2020, p. 289-308 – versão digital)

771 GUEDES, Cintia Regina. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 756-757.

eventuais⁷⁷²) somente cientificados da admissão do IRDR ou da afetação da matéria sob o rito dos recursos repetitivos quando o juízo de primeiro grau ou o relator suspender o seu processo. Nesta hipótese, pode ter transcorrido o prazo comum de 15 dias para os interessados manifestarem-se⁷⁷³.

O terceiro fator processual que dificulta a participação dos membros do grupo é o prazo estabelecido pela lei para a divisão do tempo de sustentação oral entre eles. Ao disciplinar o IRDR, o Código de Processo Civil estabeleceu que os interessados no julgamento, de forma geral, têm o direito de sustentar oralmente no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos (artigo 984, inciso II, alínea *b*, do CPC). Na hipótese de diversos interessados pretenderem sustentar oralmente, ainda que o referido prazo seja dilatado, o exercício do direito de ampla defesa e de contraditório efetivo e substancial poderá ficar inviabilizado, além de dificultar o próprio julgamento⁷⁷⁴.

Ressalta-se, ainda, que os polos das demandas de litigiosidade repetitiva são compostos, em regra, por litigantes habituais (de um lado) e por litigantes eventuais (de outro lado), que têm pretensões semelhantes e/ou postulações que envolvam a mesma tese jurídica. Geralmente, essas demandas repetitivas apresentam disparidade nas capacidades estratégicas dos litigantes habituais e dos litigantes

772 Esta é uma das desvantagens dos litigantes eventuais em comparação com os litigantes habituais. Por um lado, os litigantes habituais, representados pelos grandes escritórios de advocacia com *expertise* na matéria, tendem a ter conhecimento, de forma prévia ou imediata, acerca da instauração do IRDR ou afetação da matéria sob o rito dos recursos repetitivos, na medida em que figuram como partes nos processos representativos da controvérsia ou têm estrutura permanente para acompanhar e capturar as informações relevantes sobre a questão de direito. Por outro lado, em regra, os litigantes eventuais não apresentam essa estrutura permanente, o que dificulta o conhecimento imediato da instauração do procedimento e dos argumentos (favoráveis e contrários) postos em juízo.

773 GUEDES, Cintia Regina. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 756-757.

774 Leonardo Greco ensina que “a oralidade, ao lado da publicidade, é uma das mais importantes garantias vinculadas ao contraditório participativo e um dos meios mais eficazes de assegurar a instauração no processo de um efetivo diálogo entre o juiz e as partes”. (GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*. Vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48)

eventuais, decorrentes de diferenças econômicas, processuais e estruturais que favorecem os litigantes habituais^{775 776}.

Sob a perspectiva dos litigantes, a opção do legislador brasileiro de tratar a litigiosidade repetitiva, precipuamente, por meio do IRDR e dos recursos repetitivos, tende a beneficiar o litigante habitual em detrimento do litigante eventual⁷⁷⁷. Isso

775 GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974, p. 95-160.

776 Em complemento, ao citar Marc Galanter, Ananda Palazzin de Almeida aponta as seguintes vantagens do litigante habitual: “(a) *Advance intelligence*: os litigantes repetitivos poderiam antever o funcionamento de determinadas situações envolvendo litígios, permitindo que possa estruturar-se e atuar em conformidade com as suas experiências; haveria, nesse contexto, habilidade do litigante repetitivo para estruturar uma transação; (b) *Expertise*: dada a frequência no engajamento de conflitos, os litigantes repetitivos possuem expertise nos assuntos envolvendo os litígios, tendo, inclusive, acesso a especialistas nas matérias e na busca de soluções. Além disso, os litigantes repetitivos apreciam economias de escala e têm baixos custos para iniciar os casos; (c) *Relacionamentos*: os litigantes repetitivos têm oportunidades para o desenvolvimento de relações informais ‘facilitativas’ com atores institucionais; (d) *Credibilidade*: os litigantes repetitivos devem estabelecer e manter a sua credibilidade como litigantes – tal posição serve como recurso para o comprometimento com as suas posições de barganha; (e) *Riscos*: os litigantes repetitivos podem jogar com as chances – podem adotar estratégias para maximizar o ganho em uma série de casos, ainda que isso envolva perda considerável (*maximum loss*) em alguns casos (habilidade pra adoção de estratégias otimizadas); (f) *Rule making*: os litigantes repetitivos podem visar a ganhos imediatos com o litígio ou à elaboração e mudança normativas (há maior poder de persuasão do litigante repetitivo para as mudanças dada a sua experiência) – os litigantes repetitivos teriam habilidade para objetivar a criação de regras (*play for rules*) tanto na seara política quando no litígio em si (adoção de estratégias no litígio e política de acordos); (g) *Resultado favorável*: pode ser entendido também como o estabelecimento de normas/precedentes favoráveis que podem influenciar casos similares futuros – há interesse em tudo que possa influenciar favoravelmente o resultado de casos futuros (entende-se que a existência de baixo risco por caso e uma perspectiva de diversos casos semelhantes estaria mais interessado no *state of law*); dada a expectativa de futuros litígios, os litigantes repetitivos podem optar por realizar acordos (em casos que se mostram aparentemente desfavoráveis) ou prosseguir com o caso no judiciário, caso aparentem ter mais chances de produzirem normas favoráveis); (h) *Seleção de normas*: o autor destaca que a atuação dos litigantes repetitivos não seria no sentido de buscar a criação de normas (*play for the rules*) *per se* – os litigantes repetitivos teriam habilidade para concentrar os seus recursos na criação/alteração de normas que tenham efetivo poder vinculante (que promovam efetiva diferença), não sendo compromissos meramente simbólicos (*ability to invest to secure penetration of favorable rules*); (i) *Recursos para assegurar normas*: a vinculabilidade ou efetiva aplicabilidade das normas criadas dependem de recursos como conhecimento, foco, serviços especializados e dinheiro, dos quais geralmente os litigantes repetitivos são dotados”. (DE ALMEIDA, Ananda Palazzin. O Ministério Público como litigante habitual: uma atuação estratégica? 2019. 401p. Dissertação (Mestrado. Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 25-27)

777 Marcelo Abelha Rodrigues aponta que “as técnicas coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos são o único caminho capaz de reverter essa lógica: além de contribuir para a diminuição do número de processos – justamente pelo tratamento molecular que dão aos direitos singulares – permitem que a coletividade seja devidamente representada, por meio de entidades capazes de disputar, em condições de igualdade, com os litigantes habituais. E isso, com o devido respeito aos que pensem em sentido contrário, as técnicas individuais de repercussão coletiva não conseguem oferecer. Se, é certo, podem contribuir para a diminuição dos processos, não permitem uma adequada representação dos inúmeros indivíduos interessados. Mais uma vez, saem ganhando os litigantes habituais, que têm a possibilidade de, de uma só vez, fazer prevalecer as

decorre do fato de que, nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, há a concentração dos debates para fixação da tese jurídica em um ou alguns poucos processos representativos da controvérsia. Desse modo, por um lado, o litigante habitual (parte do processo piloto) tem ampla possibilidade de atuar estrategicamente na formação da tese jurídica, concentrando todos os seus esforços nessa(s) demanda(s) representativa(s) da controvérsia⁷⁷⁸. Ao passo que, por outro lado, os litigantes eventuais terão seus processos sobrestados e serão representados por um ou alguns poucos membros do grupo, que pode não ter interesse e capacidade econômica e estrutural para defender os interesses dos demais membros do grupo⁷⁷⁹.

Constata-se que, no tratamento da litigiosidade repetitiva, o legislador brasileiro e parte dos operadores do direito têm estimulado e privilegiado os procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos) em detrimento do uso ação coletiva proposta pelos legitimados *ope legis* (representantes)⁷⁸⁰.

Nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, os membros do grupo estão vinculados à tese firmada no precedente

teses que lhe são favoráveis, em discussões travadas com quem não tem a mínima condição de enfrenta-los". (RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Técnicas individuais de repercussão coletiva X técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: *Processo Coletivo*. Coord.: Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 635).

778 Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que, no Brasil, a opção legislativa é "capaz de estimular os interesses dos violadores de plantão. Opta-se por uma estratégia em que se nega participação aos lesados e se confere ao infrator a oportunidade incondicional de estar presente no único local em que a questão está resolvida. O incidente simplesmente prefere ignorar os lesados, dando oportunidade para o afirmado violador ou responsável, participar sem ter qualquer adversário capaz de representar aqueles que entendem que os seus direitos foram violados. Diante do incidente, ao invés de se privilegiar o direito constitucional de participar dos lesados, consagra-se a oportunidade de o infrator sempre estar presente, concentrando esforços num único local." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 45)

779 GUEDES, Cintia Regina. "O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?". In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 749-751.

780 Luiz Guilherme Marinoni pondera que "é difícil entender o motivo pelo qual o legislador tem sido indiferente à ação coletiva, como recentemente aconteceu quando deixou de considerar o projeto de reforma da Lei de Ação Civil Pública e, após, quando desprezou a importância da regulação de um adequado sistema coletivo de tutela dos direitos no CPC/2015." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 46)

paradigma independentemente do resultado, seja ela favorável ou contrária (*pro et contra*), nos processos pendentes e futuros que versem sobre a mesma questão de direito (artigos 927, inciso III; e 985, inciso II, do CPC)⁷⁸¹.

Por outro lado, no caso de ação coletiva proposta pelos legitimados *ope legis* (representantes), os titulares de direitos individuais homogêneos (representados): (I) têm o direito de optar por prosseguir ou não com a sua ação individual, após o ajuizamento da ação coletiva, sem a suspensão automática do seu processo, de modo que pode avaliar a melhor estratégia para a defesa dos seus direitos, dentro da sua autonomia individual; e (II) não serão prejudicados pela coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido (artigo 103, inciso III, do CDC), de modo que lhes são assegurado o direito de propor ação individual⁷⁸², caso os interessados não tenham intervindo no processo coletivo como litisconsortes (artigo 103, §2º, do CDC)^{783 784}.

781 Luiz Guilherme Marinoni aponta que “a decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, do CPC/2015), vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida. De modo que a única dificuldade está em esclarecer o que significa proibir rediscutir questão já decidida. Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Perceba-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de litigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderam participar e discutir, assemelha-se a um inusitado e ilegítimo *collateral estoppel*. (...) a decisão proferida no caso de um, assim como a decisão proferida no incidente de resolução, não pode retirar o direito de discutir a questão daquele que não participou. O contrário constituiria grosseira violação do direito fundamental de participar do processo e de influenciar o juiz. Lembre-se que a mesma advertência feita pela Suprema Corte estadunidense para legitimar o *non-mutual collateral estoppel* se impõe em face do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque uma decisão só pode prejudicar alguém que pôde participar do processo. Afinal, todos têm o direito de falar ao juiz (arts. 7.º, 9.º, 10 e 489, § 1.º, IV, do CPC/2015).” (MARINONI, Luiz Guilherme. O “Problema” do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. *Revista de Processo*. Vol. 249, São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov./2015, p. 399 – 419 – versão digital)

782 Hugo Nigro Mazzilli ensina que “a improcedência de uma ação civil pública por outro motivo que não a falta de provas impede o ajuizamento de novas ações civis públicas com o mesmo pedido e causa de pedir, conquanto não impeça o ajuizamento de ações individuais fundadas na mesma causa de pedir, exceto se o lesado interveio na ação civil pública como litisconsorte ou assistente litisconsorcial do legitimado ativo. Isso porque não se pode excluir do lesado individual seu direito de acesso à jurisdição, se não participou do julgamento da ação coletiva”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 686-687)

783 GUEDES, Cintia Regina. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?”. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 749-753.

784 Neste ponto, eis a crítica de Antonio Gidi acerca do IRDR: “O aspecto mais perverso do IRDR, porém, é que ele tem um efeito exótico de coisa julgada *secundum eventum litis in detrimentum*: se a ação for julgada procedente, ela beneficia somente aqueles que propuseram sua ação individual (ou que venham a propor dentro de certo período). Se for julgada improcedente, porém, a sua coisa julgada atinge a todos: o direito da coletividade perece e nenhum membro do grupo

Portanto, nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, os representados estão em uma situação mais vulnerável do que os titulares de direitos individuais homogêneos representados pelos legitimados *ope legis* no âmbito de ação coletiva⁷⁸⁵, o que acarreta uma preocupação maior com o controle de representatividade adequada⁷⁸⁶.

poderá propor ação individual e nenhuma ação coletiva poderá ser proposta com o mesmo objeto. Ou seja, ao contrário da ação coletiva, o grupo não tem nada a ganhar e tem tudo a perder com o IRDR. Esse, na prática, é o efeito contrário da coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus* do CDC. O IRDR é, assim, uma ação coletiva de cabeça para baixo, para beneficiar o réu e prejudicar o grupo. O direito brasileiro é mesmo curioso. Embora o IRDR seja menos abrangente que a ação coletiva em todos os aspectos, inclusive no número de membros do grupo, é o IRDR que absorve a ação coletiva. Em vez de a propositura de uma ação coletiva fazer o IRDR perder o objeto, o que acontece na prática é que a ação coletiva vira o caso paradigma do IRDR. O poder econômico conseguiu esvaziar a ação coletiva brasileira com um golpe de mestre, e todos aplaudem a inovação. Por esses motivos, vejo o IRDR e a IRDRização das ações coletivas como uma inovação negativa, concebida especificamente para prejudicar o grupo e beneficiar os grandes litigantes repetitivos. Vejo com preocupação também uma tendência das forças retrógradas que querem revogar a nossa ação coletiva em tutela dos direitos individuais homogêneos e em seu lugar colocar o IRDR.” (GIDI, Antonio. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. *Civil Procedure Review*. Vol. 12, n. 1: jan.-abr/2021, p. 32).

785 Neste sentido, Hermes Zaneti Jr. destaca que, “quanto a coisa julgada nos processos coletivos, o direito brasileiro, apesar de ter seguido o modelo americano das *class actions opt-out*, não vincula os membros do grupo em seus direitos individuais, os membros ausentes não são atingidos. Isso gera uma distinção de tratamento entre as ações coletivas e as ações individuais suspensas pela técnica de julgamento dos casos repetitivos. No caso de ações individuais os titulares dos direitos individuais serão atingidos pro et contra, formando-se a coisa julgada em cada processo que tramita individualmente, após a aplicação da tese jurídica geral fixada. Haverá coisa julgada material, tanto para beneficiar quanto para prejudicar o titular do direito individual, quando do julgamento do caso suspenso com a aplicação da tese firmada sobre a questão debatida no incidente ou no recurso repetitivo. O regime da coisa julgada individual se aplica normalmente após a aplicação da tese. No caso das ações coletivas ocorre algo diferente, os titulares dos direitos individuais somente serão atingidos positivamente, ou seja, a extensão subjetiva da coisa julgada será *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, em caso de procedência. É certo que sofrerão os efeitos do precedente, eventualmente formado no julgamento do caso repetitivo, mas não haverá coisa julgada desfavorável aos titulares dos direitos individuais. A coisa julgada nesses casos, no entanto, impedirá a repropositura de ação coletiva sobre a mesma matéria decidida, independentemente do legitimado presente no polo ativo, mas não ações individuais.” (ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Vol. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan – Jun./2018, p. 225 - 246 – versão digital)

786 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42

5.3. Proposta de representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva: sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas, atrelado à possibilidade de participação e ao controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo

Visando a resolver o problema acerca da representatividade adequada dos litigantes nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, este trabalho propõe uma sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas, que devem ser observados e adotados pelo Poder Judiciário e pelos operadores do direito.

A adoção desses institutos, mecanismos e ferramentas deve estar atrelada à possibilidade de participação e ao controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo, com base na legitimidade *ad actum* a partir da análise da contribuição argumentativa, da representatividade e do grau de interesse na controvérsia, conforme exposto no capítulo 4 deste trabalho.

Esses institutos, mecanismos e ferramentas, que visam a assegurar a representatividade adequada dos membros do grupo, envolvem: (I) a escolha dos processos representativos da controvérsia; (II) a presunção relativa de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia; (III) a prolação de uma decisão de saneamento e organização do processo (certificação); (IV) a utilização do regimento interno dos tribunais como fonte complementar para disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos de litigiosidade repetitiva e regulamentar ferramentas de participação dos interessados; (V) a observância às regras de institutos participativos do Direito Administrativo, que podem influenciar e contribuir para o tratamento da litigiosidade repetitiva; (VI) a importância do uso da tecnologia e da internet para a ampliação da participação dos interessados; (VII) a possibilidade de utilização de audiência pública; (VIII) a possibilidade de intervenção de *amicus curie*; (IX) a intervenção e participação obrigatória do Ministério Público e da Defensoria Pública, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente.

A descrição e a regulamentação desses institutos, mecanismos e ferramentas estão descritas nos tópicos seguintes deste capítulo 5.

5.4. A importância da adequada escolha dos processos representativos da controvérsia

No procedimento do IRDR e dos recursos repetitivos, em regra, o órgão julgador fixa a tese jurídica a partir do julgamento por amostragem de determinadas causas-pilotos. Assim, ao identificar a litigiosidade repetitiva acerca de determinada questão de direito, o órgão julgador selecionará algum(ns) processo(s) representativo(s) da controvérsia, cujas partes serão os sujeitos condutores (líderes) do procedimento.

No julgamento dessas causas-piloto, o tribunal resolverá os casos concretos e fixará a tese jurídica aplicável para os casos presentes e futuros que versam ou versarão sobre a mesma questão jurídica.

Os elementos fáticos e a argumentação apresentada pelas partes dos processos representativos da controvérsia consistem na base inicial acerca das questões fáticas e jurídicas a serem apreciadas pelo órgão julgador. A atuação de eventuais “litigantes sobrestados”, “ausentes” ou *amicus curiae* decorrente de contribuição argumentativa complementar acerca da questão a ser decidida.

Portanto, a seleção adequada dos processos representativos da controvérsia mostra-se necessária e de extrema importância para a legitimidade do procedimento de formação da tese jurídica. Contudo, a lei processual não disciplinou, de forma ampla, quais os critérios que devem pautar a escolha das causas-piloto, apenas estabelecendo que os recursos devem ser admissíveis⁷⁸⁷ e conter “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (art. 1.036, § 6º, do CPC).

787 Acerca da vedação à escolha de recursos inadmissíveis como representativos da controvérsia, Flávia Pereira Hill pondera que: “trata-se de uma opção legislativa que acaba por privilegiar a possibilidade de julgamento do recurso escolhido em detrimento do interesse mais amplo de que razões recursais bem construídas sirvam para a melhor compreensão da matéria e a formação do convencimento do tribunal. Poderia – e talvez fosse recomendável – o legislador ter adotado entendimento diverso, permitindo fossem escolhidos os recursos que ostentassem as razões recursais mais bem estruturadas, ainda que despidos dos requisitos de admissibilidade. Neste caso, as razões recursais se prestariam exclusivamente para o fim de formar o convencimento do tribunal acerca da matéria (mérito recursal), embora aquele recurso escolhido não pudesse ter a tese firmada aplicada ao caso concreto, diante de sua manifesta inadmissibilidade. De todo modo, não foi esta a opção adotada pelo legislador.” (HILL, Flávia Pereira. “Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC”. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 506)

Os sujeitos condutores do procedimento devem ter a capacidade de representar adequadamente os membros do grupo, por meio de argumentação abrangente e razões recursais bem estruturadas e sólidas, bem como de capacidade técnica e estratégica para liderar o litígio⁷⁸⁸.

No microsistema de julgamento de casos repetitivos, uma das formas de assegurar o contraditório efetivo e substancial dos membros do grupo é por meio da escolha correta dos processos representativos da controvérsia, como forma de mitigar a ausência de participação direta de todos os litigantes, por meio da argumentação abrangente do representante adequado.

Ressalta-se, inclusive, que se mostra conveniente e adequada a escolha de não apenas um processo como representativo da controvérsia; mas, sim, de um número razoável de causas-piloto, que possibilite o conhecimento integral da argumentação e das questões de direito envolvidas na controvérsia. Recomenda-se, ainda, sejam escolhidos processos, nos quais as partes/recorrentes pleiteiam teses divergentes e opostas, de modo equilibrar o modo como os argumentos são expostos para debate^{789 790}.

788 Acerca da adequada seleção adequada dos processos representativos da controvérsia, ver: CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamentos de Casos Repetitivos: Critérios de Seleção dos Casos Paradigmáticos e Formação de Precedentes*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021; TOFFOLI, Vitor. “Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas” *Revista de Processo*. Vol. 36, n. 197, p. 271-295, jul./2011.

789 Antonio do Passo Cabral ensina que “não é preciso que haja seleção de apenas um processo. Em vez de uma única causa, o Tribunal pode escolher vários processos para afetação e julgamento nos incidentes de resolução de litígios repetitivos. Recomenda-se também que sejam selecionados processos que busquem a vitória de teses opostas, a fim de equilibrar a forma com que os argumentos são envergados.” (CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 206). No mesmo sentido: TOFFOLI, Vitor. “Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas” *Revista de Processo*. Vol. 36, n. 197, p. 271-295, jul./2011, esp. 284.

790 Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos apontam que “devem ser selecionados os recursos que melhor retratarem a questão discutida, independentemente de as decisões recorridas serem num mesmo sentido. Evidentemente, havendo acórdãos em sentidos opostos, devem ser selecionados recursos representativos em cada um dos sentidos, pois a simples existência de decisões antagônicas no âmbito dos tribunais locais já traduz a diversidade de fundamentos a justificar a análise e julgamento pelo Tribunal Superior. Espera-se, portanto, que sejam encaminhados ao STJ os recursos que permitam, tanto quanto possível, o conhecimento completo da controvérsia estabelecida nas instâncias ordinárias”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. “Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos”. *Revista de Processo*. Vol. 163, São Paulo: Revista dos Tribunais, Set./2008, p. 28-49 – versão digital).

Contudo, importante destacar que a afetação excessiva de diversos processos, sem um controle de quantidade e qualidade, mostra-se prejudicial para o deslinde da controvérsia, na medida em que provocará tumulto processual, dificultando a gestão do procedimento⁷⁹¹.

Note-se que a preocupação com a representatividade adequada da causa selecionada (caso-piloto) é externada em alguns regimentos internos de tribunais brasileiros. O artigo 219, §2º, do Regimento Interno do TJBA estabelece que, na hipótese de haver mais de um pedido de instauração do IRDR, tendo por objeto a mesma questão de direito, o Presidente do Tribunal escolherá o caso que melhor represente a controvérsia, com abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, observado o disposto no § 6º do art. 1.036 do Código de Processo Civil. Semelhante disposição consta no Regimento Interno dos Tribunais de Justiça dos Estados de Pernambuco (artigo 435, §1º) e do Piauí (artigo 347-F, §2º).

A instauração do IRDR ocorre por iniciativa do juiz de primeira instância ou do relator, das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (artigo 977 do CPC). No requerimento de instauração do IRDR deve conter a indicação da causa originária, que poderá ser o processo ou recurso representativo da controvérsia. Após o juízo de admissão do IRDR, haverá a suspensão dos demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, que versem sobre a mesma questão de direito.

Em relação ao rito dos recursos repetitivos, a sua instauração pode ocorrer em dois momentos processuais. O primeiro, por decisão do presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que selecionará, pelo menos, dois recursos representativos da controvérsia. Nessa hipótese, os recursos serão encaminhados ao STF ou ao STJ para fins de afetação, determinando, desde já, a suspensão do trâmite de todos os demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região⁷⁹².

791 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 207.

792 Ainda sob a vigência do CPC/1973, Fátima Nancy Andrichi apontava que “é salutar que os Tribunais de origem exerçam também um rigoroso controle de admissibilidade na escolha dos processos representativos da controvérsia, para que não haja uma interrupção desnecessária no curso de diversos outros recursos e também para que não sejam praticados desnecessariamente diversos atos processuais preparatórios para a formação do incidente, como a remessa de ofícios

O segundo momento para a instauração do rito dos recursos repetitivos acontece nos tribunais superiores. O ministro relator, ao constatar que há multiplicidade de recursos pendentes de julgamento com fundamento em idêntica questão de direito controvertida, determinará a afetação de dois ou mais processos como representativos da controvérsia.

Em quaisquer das duas situações, reconhecida a presença dos pressupostos para a instauração do procedimento, o ministro relator proferirá decisão de afetação, identificando com precisão a questão de direito a ser submetida a julgamento e determinando a suspensão de abrangência nacional dos processos em tramitação que versem sobre a mesma matéria.

Na primeira hipótese, o desembargador presidente ou vice-presidente do tribunal de segunda instância indicará os recursos representativos da controvérsia. Contudo, esta escolha não vinculará o ministro relator, que poderá selecionar outros recursos distintos daqueles.

Na segunda hipótese, a seleção dos recursos representativos da controvérsia ocorrerá diretamente no tribunal superior. Nesse caso, o ministro relator, ao verificar que há multiplicidade de recursos pendentes de julgamento com fundamento em idêntica questão de direito, determinará a afetação de dois ou mais processos como representativos da controvérsia.

Ao proceder à afetação, o ministro relator declinará de forma precisa o objeto da questão de direito a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

A partir da admissão do IRDR e da afetação dos recursos sob o rito dos repetitivos, haverá: (I) a indicação de quem são as partes (autor e réu) do processo representativo da controvérsia, que serão os sujeitos condutores do procedimento⁷⁹³; (II) e a determinação de suspensão dos processos dos demais litigantes.

aos diversos Tribunais do país e a notificação de vários *amicus curiae*, que acabam por se manifestar em processo que não terá a sobrevida esperada”. (ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Recursos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 185, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jul./2010, p. 265 – 281 – versão digital).

793 Sofia Temer, que entende que no IRDR não se julga nenhuma “causa”, sustenta que os sujeitos condutores do incidente não serão, necessariamente, as partes do processo afetado como representativo da controvérsia: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 165-167.

A escolha de recursos representativos da controvérsia em que há desproporção de representatividade dos litigantes eventuais em relação aos litigantes habituais retira a legitimidade do julgamento do IRDR ou dos recursos repetitivos, diante da violação ao contraditório em razão da evidente disparidade de armas entre os litigantes.

Note-se que o procedimento do IRDR permite que o litigante habitual tenha a possibilidade de agir estrategicamente na indicação do processo representativo da controvérsia. Isso ocorre porque o litigante habitual, por figurar como parte em diversos processos que discutem a mesma questão de direito, pode escolher a partir de qual demanda será formulado o seu pedido de instauração do IRDR. Desse modo, o litigante habitual tem a possibilidade de “escolher” e indicar um processo melhor instruído para os fins dos seus interesses, no qual os seus argumentos estejam melhor articulados e expostos em detrimento do outro litigante. Por outro lado, em regra, o litigante ocasional não tem essa capacidade estratégica de “escolher” o processo, na medida em que apenas pode indicar o único litígio em que figura como autor ou réu para ser o representativo da controvérsia⁷⁹⁴.

A esse propósito, Maria Cecília de Araújo Asperti enfatiza que os litigantes habituais, por conhecerem o cenário da litigiosidade repetitiva, conseguem agir estrategicamente para provocar a instauração do rito dos recursos repetitivos ou do IRDR em um caso em que seus interesses possam prevalecer, a partir da escolha de um processo em que os argumentos da parte contrária não estejam integrais ou adequadamente colocados⁷⁹⁵. Assim, a autora argumenta ser necessária a seleção

794 Antonio do Passo Cabral aponta que “a provocação do incidente, se bem que possa ser deflagrada por órgãos do Judiciário (de ofício pelo juiz ou relator) e pelo Ministério Público, pode também ser requerida pelas partes. E, quando forem as partes os sujeitos que provocarem a instauração do incidente, é evidente que estas normalmente não podem “escolher” nenhuma causa, mas apenas solicitar que o incidente seja instaurado a partir daquele processo em que são autor ou réu. A exceção é a situação dos litigantes habituais, aqueles que possuam diversos processos versando sobre a mesma matéria; estes podem, de fato, optar sobre em qual dos processos suscitarão o incidente. Desta maneira, poderão provocar o incidente a partir de um litígio melhor instruído, com articulados mais precisos, bem escritos ou completos etc. O mesmo ocorre para certos órgãos estatais: o Ministério Público, intervindo em um processo e suscitando o incidente, acabaria por “escolher” uma causa como sendo aquela que será o processo originário a partir do qual o incidente de coletivização se instaura. Algo similar ocorre quando o incidente é iniciado de ofício por órgãos do Judiciário, seja o juiz de primeiro grau seja o relator do recurso no Tribunal”. (CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 205)

795 Eis a ponderação do Ministro Herman Benjamin acerca da violação do contraditório do litigante ocasional, em razão da escolha indevida do processo representativo da controvérsia: “Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão

de mais de um “processo modelo” ou um com pluralidade de partes ou, ainda, uma ação coletiva ajuizada por um legitimado extraordinário, de modo que haja maior pluralidade e representatividade no julgamento da tese jurídica⁷⁹⁶.

Destaca-se que, em atenção ao princípio do contraditório amplo e efetivo, há a possibilidade de que a condução do incidente não seja realizada necessariamente pelo sujeito que requereu a sua instauração, a partir do seu caso concreto⁷⁹⁷. Visando a representatividade adequada dos litigantes, o tribunal pode escolher outra causa como representativa da controvérsia, que reúna argumentação mais profunda e abrangente, de modo a melhor expor ao órgão julgador os argumentos para a resolução da controvérsia e formação do precedente judicial⁷⁹⁸.

unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez. É bem verdade que o Regimento Interno prevê a “afetação” de processos à Seção “em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas” (art. 127). (...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica. (...) Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7347/85 e CDC).” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008).

796 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 185.

797 Acerca dos sujeitos condutores, Maria Cecilia de Araújo Asperti entende que “pouco importa se esses sujeitos eram partes do processo ou do recurso representativo da controvérsia ou de outros processos sobrestados em razão da instauração do IRDR ou da afetação do recurso extraordinário ou especial repetitivo. O que se discute aqui é se conseguem de modo efetivo representar os interesses ou defender os argumentos daqueles a o direito de participar diretamente na decisão da questão jurídica em comum é mitigado.” (ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 203).

798 TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. In: *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes*

Antonio do Passo Cabral aponta que não é obrigatório que o processo de onde partiu o ofício ou a petição de instauração do IRDR venha a ser necessariamente afetado como representativo da controvérsia. O doutrinador destaca que não é automática a afetação do processo de onde surgiu o pedido de instauração do IRDR, ao fundamento de que devem ser considerados os seguintes pontos: (I) por razões de eficiência, “pode ser que aquele processo onde primeiro se levantou a presença dos pressupostos do IRDR não contenha uma discussão de qualidade”, em decorrência de argumentos incompletos ou ausência de impugnação específica de alguma matéria por parte do réu; (II) o tribunal não pode ficar refém da parte que primeiro requereu a instauração do incidente; (III) não é conveniente estimular uma corrida pelo pedido de instauração do IRDR, na busca da parte ter uma suposta posição privilegiada na tramitação do incidente; e (IV) por aplicação analógica ao artigo 1.036, §4º, do CPC, a escolha do caso representativa da controvérsia, pelo juízo de instância inferior ou qualquer outro legitimado para a instauração do incidente, não vincula o órgão julgador⁷⁹⁹.

Diante de eventual insuficiência da representação dos interesses dos litigantes, cabe ao relator realizar a escolha de novos processos em que tais litigantes estejam melhor representados⁸⁰⁰, bem como buscar, a partir de ampla publicização do julgamento, incentivar a participação dos demais sujeitos intervenientes, do Ministério Público e da Defensoria Pública⁸⁰¹.

no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1035-1053.

799 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1455-1456.

800 Quanto a este ponto, convém destacar a excelente decisão proferida pela Des. Federal Inês Virgínia do TRF da 3ª Região no IRDR de nº 5022820-39.2019.4.03.0000. A relatora, retomando seu voto proferido na decisão de admissibilidade do incidente, escolhe mais um caso para conduzir o incidente. Na decisão de admissibilidade, a relatora destaca que a escolha do caso condutor foi feita por grande litigante e que caberia, portanto, a escolha de outros feitos para equilibrar os argumentos.

801 Nesse sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 659 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(arts. 983, 7º, 1.038, I, 927, III, 928 e 138) O relator do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência tem o dever de zelar pelo equilíbrio do contraditório, por exemplo solicitando a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”.

Portanto, compete ao tribunal julgador o dever de avaliar o(s) processo(s) indicados(s) como representativo(s) da controvérsia(s), até mesmo quando os próprios membros do judiciário escolhem, de modo a não admitir causa-piloto que favoreça estrategicamente determinados litigantes e que não apresentem argumentação abrangente acerca dos interesses de todos os envolvidos no litígio⁸⁰². A atuação do Poder Judiciário no controle e eventual substituição do processo representativo da controvérsia é essencial para evitar violação e *déficit* nas garantias processuais^{803 804}.

No direito estrangeiro, também há a escolha dos sujeitos condutores do incidente. Em relação ao *Musterverfahren* alemão, Antonio do Passo Cabral ensina que “o Tribunal de julgamento procederá à escolha de um ‘líder’ para os vários autores e outro para os réus, denominados, respectivamente, de *Musterkläger* e *Musterbeklagte*, que serão interlocutores diretos com a corte”. Segundo o doutrinador, “estes serão uma espécie de ‘parte principal’: são eles, juntamente com seus advogados que traçarão a estratégia processual do grupo”, de modo que “os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial”⁸⁰⁵.

Em seu estudo de direito comparado alemão, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ao explanar sobre o *Musterverfahren*, explica que a escolha do

802 Marcelo Mazzola destaca que a má escolha do processo representativo da controvérsia viola o dever de comprometimento do magistrado, que decorre do princípio da cooperação: “Nada obstante, ignora o dever de comprometimento o relator que, no caso de instauração de IRDR ou na escolha de recursos sob a sistemática dos repetitivos, escolhe entre os processos análogos aquele menos representativo da controvérsia, evidenciando pouca responsabilidade na análise da matéria e ignorando os desdobramentos de um julgamento dessa natureza”. (MAZZOLA, Marcelo. *Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. Curitiba: CRV, 2017, p. 169)

803 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 206.

804 Fredie Didier Jr. e Sofia Temer ensinam que “preciso destacar que o relator não fica vinculado (i) ao processo de onde surja o pedido ou ofício para instauração do IRDR; (ii) à escolha realizada pela presidência do tribunal (em se admitindo que haverá tal escolha), o que decorre também da aplicação do art. 1.036, § 4.º do CPC/2015 ao IRDR, havendo, portanto, ampla margem de atuação do relator, que poderá selecionar os processos representativos.” (DIDIER JR., Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2016, p. 257 – 278 – versão digital)

805 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 135.

“procedimento-modelo” é feita pelo próprio órgão jurisdicional a partir do critério objetivo, subjetivo e eletivo. O critério objetivo se relaciona à quantidade de questões que estão sendo discutidas naquele processo, com vistas a selecionar um caso que abranja todos os pontos relevantes para a formação da tese jurídica. Já o critério subjetivo se relaciona ao grau de interesse da parte na resolução do incidente. E, por fim, o critério eletivo visa a estabelecer um contraditório prévio entre as partes ausentes para a definição do representante⁸⁰⁶.

A escolha dos representantes é de discricionariedade do Tribunal, mas deverá obedecer às normas legais, ou seja, deverá levar em conta o valor da causa e “fomentar o entendimento e a comunicação entre maior número possível de autores e interessados”⁸⁰⁷. Uma vez escolhidos os líderes e os representantes legais, ocorrerá a suspensão de todos os processos que dependam das questões a serem decididas ou esclarecidas no “procedimento-modelo”, independentemente da escolha das partes envolvidas nos processos sobrestados⁸⁰⁸.

Caso ocorra a desistência ou a perda da capacidade (processual ou postulatória) superveniente da parte que é a condutora do procedimento, o Tribunal deverá proceder a escolha de um novo líder, nada alterando na tramitação do “procedimento-modelo”. A desistência por parte de um dos interessados também não modifica na tramitação⁸⁰⁹.

Todos aqueles que serão afetados pelo “procedimento-modelo” são considerados intervenientes, tendo o direito de se utilizar de meios de defesa e,

806 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017

807 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio/2007, p.127

808 Caso ocorra a morte ou desistência da parte que é representante, o Tribunal deverá proceder a escolha de um novo líder, nada alterando na tramitação do procedimento-modelo.

809 Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta que “a desistência superveniente por parte de um dos requerentes do procedimento padrão não terá qualquer efeito na tramitação do caso-piloto. Mas, se proveniente do autor-condutor (líder) do procedimento padrão, assim como em razão da perda superveniente da capacidade, para ser parte, processual ou postulatória, como a morte do autor ou a sua incapacidade, ou mesmo em função da instauração de um processo de insolvência, o tribunal deverá indicar um outro autor-condutor para o procedimento-padrão. A desistência por parte dos intervenientes também não produzirá qualquer modificação na tramitação do procedimento-teste”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128).

inclusive, requerer o alargamento do objeto do incidente. Desta forma, as partes afetadas são considerados terceiros intervenientes (voluntários ou não), podendo se utilizar de todas as prerrogativas legais⁸¹⁰.

Entretanto, os intervenientes não podem contrariar os líderes escolhidos, apenas complementar seus atos e as alegações ou esclarecer os pontos controvertidos. A lei prevê que a intimação dos intervenientes para os atos processuais e audiências poderá ser feita mediante comunicação pública, servindo para tal finalidade a divulgação realizada no *klageregister* (cadastro eletrônico de acesso público e gratuito). Entre a data da comunicação e o dia da audiência deve haver um prazo dilatatório mínimo de 4 (quatro) semanas⁸¹¹.

No âmbito do *Group Litigation Order* (GLO) do direito inglês, também há a eleição entre os litigantes de um líder (*lead solicitor*), que assume a função principal de conduzir a demanda (*GLO issues*)⁸¹². Caso não ocorra uma definição acerca desse sujeito condutor, o tribunal pode designá-lo entre uma ou mais partes que aderiram ao grupo (*Civil Procedural Rules, Part 19.13.(c)*)⁸¹³.

Susan Gibbons, ao abordar o *Group Litigation Order* (GLO) do direito inglês, sustenta que a legitimidade do procedimento depende principalmente da correta seleção da ação-modelo, que deve conter todas as relevantes questões fáticas e jurídicas para a resolução da controvérsia, visando a representar adequadamente os interesses dos membros do grupo⁸¹⁴.

810 Há autores que entendem que as partes interessadas não são terceiros e sim partes no sentido processual. Neste sentido: CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. “Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LX, n. 3, sett., 2006.

811 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 4ª edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.128.

812 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 557.

813 ANDREWS, Neil. “Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol.167. jan/2009, p. 271 – 287, esp. 273.

814 “Assim, a legitimidade do dispositivo da ação-modelo depende fundamentalmente se a ação-modelo foi selecionada devida e adequadamente, de modo a refletir (ou representar) todas as questões relevantes materiais, interesses, permutações legais e factuais, preocupações e assim por diante que existem dentro do universo total de reivindicações no grupo. Se não, então qualquer membro do grupo não representado terá boas razões para argumentar que seus casos, também, devem prosseguir como ação-modelo, ou que eles não devem estar vinculados aos resultados das ações-modelos”. (tradução livre). No original: “Thus, the legitimacy of the test claim device fundamentally depends upon whether the selected test claims properly and adequately reflect (or

Contudo, importante destacar que, em relação a participação dos demais jurisdicionados, que sofrerão os efeitos da tese jurídica a ser formada nesses procedimentos de litigiosidade repetitiva, a análise do direito estrangeiro também revela que há duas espécies de procedimento. Por um lado, no *Group Litigation Order* inglês, cada parte interessada deverá, no prazo estabelecido pelo tribunal gestor, requerer expressamente (*opt-in*) a sua participação no julgamento coletivo das demandas atingidas pela ordem de litígio coletivo⁸¹⁵. Somente os jurisdicionados que tiveram seu requerimento de participação deferido pelo tribunal sofrerão os efeitos da tese jurídica formando no julgamento da ação-modelo (*test claim*)⁸¹⁶.

Por outro lado, no *Musterverfahren* alemão, “no que se refere à participação de terceiros, a legislação não se afasta de uma inclusão automática dos terceiros interessados que não sejam efetivos participantes”. Antonio do Passo Cabral aponta que os litigantes de processos individuais, que não foram selecionados como representativos da controvérsia no âmbito do Procedimento-Modelo, “mesmo não intervindo voluntariamente no incidente coletivo, serão automaticamente considerados intervenientes, com todos os poderes aos terceiros assegurados”⁸¹⁷.

No curso do procedimento, é assegurada a participação a todos os jurisdicionados que possuem litígios individuais dependentes da solução do *Musterverfahren*. Todavia, ocorre, de forma automática, a extensão da vinculação do julgamento em relação àqueles que já ajuizaram demandas individuais no momento

‘represent’) all relevant material issues, interests, legal and factual permutations, concerns and so forth that exist within the total universe of claims in the group. If not, then any non-represented group members will have good reason to contend either that their cases, too, should proceed as test claims, or that they should not be bound by the test claim outcomes” (GIBBONS, Susan M. C. Group litigation, class actions and Lord Woolf’s three objectives: a critical analysis. *Civil Justice Quarterly*, v. 27, 2008, p. 231-232).

815 ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 556.

816 Criticando o regime *opt-in* do *Group Litigation Order* inglês e defendendo a adoção do regime do *opt-out*: MULHERON, Rachael, *Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England*. *Modern Law Review*, Vol. 70, nº. 4, jul.2007, p. 550-580.

817 CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 137.

da decisão do Tribunal, de modo que somente os litigantes futuros não são atingidos pelo julgamento do Procedimento-Modelo^{818 819}.

Os sujeitos condutores (líderes) do procedimento de litigiosidade repetitiva têm a importante função de promover o debate, com a apresentação de argumentação ampla e abrangente para a fixação da tese jurídica e resolução da controvérsia.

Sofia Temer, que entende que o IRDR tem caráter objetivo (próprio dos incidentes que adotam a sistemática do “procedimento-modelo”), sustenta que o sujeito condutor atua no IRDR “não na defesa de seu direito subjetivo e tampouco na defesa de direito subjetivo de outrem, mas atendendo a uma função que se aproxima do interesse público de dirimir controvérsias que maculem a ordem jurídica”⁸²⁰.

Ocorre que, neste trabalho, entende-se que o IRDR e o rito dos recursos repetitivos têm a natureza de causa-piloto, com o julgamento por amostragem de alguma causa pendente no tribunal. Nesse sentido, entende-se que o sujeito condutor tem dupla função: (I) atua na defesa do seu direito subjetivo, na medida em que, em regra, ocorrerá o julgamento do caso concreto, escolhido como representativo da

818 CABRAL, Antonio do Passo. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 147, maio/2007, p. 137-142.

819 Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra apontam que, “na Alemanha, a legislação não tratou de forma clara a natureza dos institutos de que se valeu o legislador para estender aos processos individuais os efeitos e a vinculação do julgamento do *Musterverfahren*, limitando-se a dizer que a decisão de mérito no procedimento-modelo “vincula” os juízos de origem. Diante da imprecisão da lei, a doutrina discute se haveria (i) eficácia de coisa julgada; (ii) efeito vinculante; ou (iii) a chamada eficácia da intervenção ligada à intervenção de terceiros. Discussões como essas, ainda incipientes no Brasil, são extremamente relevantes, pois, como se sabe, o efeito vinculante confere vinculação aos fundamentos da decisão, podendo ser aplicado aos casos futuros que tenham a mesma *ratio decidendi*, ao passo que a coisa julgada se restringe, em regra, ao dispositivo do julgado, não alcançando os motivos da decisão, a verdade dos fatos, nem mesmo a questão prejudicial decidida incidentalmente (art. 469 do CPC/1973). Nesse ponto, cumpre destacar que o *Musterverfahren* e o IRDR parecem ter trilhado caminhos diversos, dado que no instituto tedesco não há vinculação dos processos futuros, mas apenas daqueles processos individuais registrados no momento em que proferida a decisão do Tribunal. Tal característica tem levado a doutrina a rechaçar veementemente a existência de efeitos vinculantes da decisão-modelo prolatada no *Musterverfahren*. No Brasil, por outro lado, por expressa disposição legal (art. 985, II, do CPC/2015), a tese jurídica será aplicada aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal. Entretanto, não cuidou o legislador de detalhar a natureza desse efeito sobre as demandas futuras.” (GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 208, p. 189-202, 2015, esp. p. 195-196)

820 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 168.

controvérsia; e (II) visa a promover o debate e exaurir a argumentação em favor da tese jurídica controvertida.

Para o exercício dessa dupla função, o sujeito condutor tem o dever de: (I) apresentar ao órgão julgador os elementos fático-probatórios essenciais para o julgamento da causa e a delimitação da questão de direito controvertida; e (II) expor, de forma detalhada e abrangente, os argumentos jurídicos relevantes e necessários para o completo e integral deslinde da controvérsia.

O protagonismo das partes (autor e réu) do processo representativo da controvérsia, bem como a sua condição de sujeitos condutores do incidente, é evidente, por exemplo, no momento do julgamento, diante da distribuição do tempo da sustentação oral. Os advogados das partes do processo originário (afetado) poderão sustentar oralmente, na sessão de julgamento, pelo prazo de 30 (trinta) minutos cada. Este mesmo prazo é conferido a todos os demais interessados, para ser dividido entre eles (artigo 984, inciso II, alíneas 'a' e 'b', do CPC).

Na instrução do IRDR e da técnica dos recursos repetitivos, o Código de Processo Civil estabelece que o relator: (I) ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (artigos 983 e 1.038, incisos I e II); (II) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto da matéria controvertida (artigos 982, inciso II; e 1.038, inciso III); (III) intimará o Ministério Público para manifestar-se acerca da questão de direito controvertida (artigos 982, inciso III; e 1.038, inciso III); e (IV) poderá admitir a intervenção de *amici curiae* (pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia).

Destaca-se que a oitiva dos interessados e de pessoas com experiência e conhecimento na matéria pode ocorrer, inclusive, por meio de audiência pública a ser designada pelo relator, com o propósito de melhor instruir o incidente e assegurar o contraditório efetivo e substancial⁸²¹.

821 Marcelo Veiga Franco destaca que, "quando está desenvolvida a formação de precedentes com aptidão persuasiva ou vinculante, é necessário que a participação dialética não se restrinja às partes do processo. A ampliação do contraditório se projeta também para todos aqueles que, direta ou indiretamente, tenham relação com a tese jurídica em debate, seja através da figura do *amicus curiae* ou seja por meio da realização de audiências públicas. Daí resulta a necessidade de respeito ao contraditório nas técnicas de julgamento das demandas repetitivas. Ainda que o precedente tenha sido devidamente fundamentado, é possível que o caso concreto guarde particularidades que impeçam a aplicação da tese jurídica adotada como paradigma". (FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Precedentes*.

Ressalta-se que, como a participação do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas têm o propósito de qualificar o debate com o aporte de entendimentos técnicos ou científicos, as informações decorrentes dessas intervenções devem ser necessariamente consideradas no momento do julgamento.

Busca-se promover o esgotamento e o amadurecimento da temática com a participação desses interessados, permitindo que, na formação do precedente judicial, o órgão julgador decida acerca da pertinência ou não de todas as argumentações suscitadas, fixando a tese jurídica de forma completa.

Conforme assentado por Antonio do Passo Cabral, os processos representativos da controvérsia devem conter: (I) “amplitude de contraditório”, de modo que não pode haver restrição de contraditório na causa-piloto, sob pena de sua substituição, para correção do vício; e (II) “pluralidade e representatividade dos sujeitos”, de modo a assegurar o contraditório dos litigantes envolvidos e mitigar eventual *déficit* decorrente da ausência de participação direta de todos os membros do grupo⁸²².

A amplitude de contraditório será garantida por meio: (I) de uma maior quantidade de argumentos favoráveis e contrários a determinada tese jurídica, assegurando uma completude das alegações (maior número possíveis de argumentos); (II) da qualidade da argumentação dos sujeitos, com alegações claras, lógicas e concisas, em texto bem articulado; (III) da diversidade da argumentação, com uma visão pluralista do litígio; (IV) do contraditório efetivo, com alta densidade de contra-argumentação entre os litigantes e que os argumentos suscitados pelas partes tenham sido considerados pelo magistrado; e (V) da inexistência de restrições à cognição e à prova⁸²³.

Note-se que o artigo 256 do Regimento Interno do STJ, ao disciplinar acerca da escolha dos recursos representativos da controvérsia a serem afetados sob o rito

Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 527)

822 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 210.

823 Tais parâmetros são desenvolvidos por Antonio do Passo Cabral no seguinte texto: CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 210 – 217.

dos recursos repetitivos, prevê que devem ser selecionados dois ou mais recursos especiais que, preferencialmente, tenham: (I) “a maior diversidade de fundamentos constantes do acórdão e dos argumentos no recurso especial”; (II) “a questão de mérito que puder tornar prejudicadas outras questões suscitadas no recurso”; e (III) “a divergência, se existente, entre órgãos julgadores do Tribunal de origem, caso em que deverá ser observada a representação de todas as teses em confronto”.

A pluralidade e representatividade dos sujeitos será assegurada por meio da atuação e intervenção de membros do grupo envolvidos na questão de direito controvertida, da participação do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

A seleção inadequada do(s) processo(s) representativo(s) da controvérsia impactará diretamente na qualidade da formação da tese jurídica, diante da importância das partes das causas-piloto (líderes) na condução do procedimento. O julgamento do precedente judicial sem a apreciação abrangente dos argumentos favoráveis e contrários a determinada tese jurídica ensejará a formação de uma tese jurídica “incompleta”, que pode não ser a melhor solução para a controvérsia, bem como provocará um problema prático de efetividade do precedente, em razão da necessidade dos demais órgãos julgadores enfrentarem os argumentos novos que não foram considerados no acórdão paradigma.

Na busca de um processo jurisdicional democrático e diante da importância da seleção das causas-piloto no tratamento da litigiosidade repetitiva, conclui-se pela necessidade do órgão julgador fundamentar a escolha dos processos representativos da controvérsia⁸²⁴. Compete ao órgão julgador justificar as razões da escolha das

824 Eis exemplo de decisão, da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, no qual entendeu adequada a seleção dos recursos representativos da controvérsia, com amparo no Parecer da Procuradoria Geral da República: “Feito esse breve registro sobre parte das alterações regimentais atinentes aos recursos repetitivos, passo à análise precária formal do presente recurso qualificado pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia. A Procuradoria-Geral da República, por meio do parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Fonseca, manifesta-se pela admissão do recurso como representativo da controvérsia. Conclui, em síntese, que: ‘a matéria debatida no presente recurso enquadra-se por completo à tese representativa de controvérsia que se pretende firmar, pois traz como questão central justamente a discussão em torno da composição da base de cálculo para recolhimento do ICMS em relação às tarifas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD). Assim, está em consonância com o disposto no artigo 1.036, §º6 do CPC/2015: ‘Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.’” (BRASIL, STJ, REsp nº 1.669.635/SP, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do

causas-piloto, demonstrando que as demandas escolhidas: (I) apresentam as circunstâncias fático-probatórias essenciais para o julgamento do litígio; e (II) contêm diversidade de fundamentos, de modo que expõe, de forma detalhada e abrangente, os argumentos jurídicos relevantes e necessários para o completo e integral deslinde da controvérsia⁸²⁵.

Além disso, entende-se que os demais membros do grupo têm o direito de impugnar a escolha dos sujeitos condutores (líderes) dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, alegando sua eventual incapacidade técnica ou ausência de condições de representar o grupo ou subgrupo, em razão de conflito ou divergência de interesses. Diante da apresentação da impugnação pelos membros do grupo, compete ao relator: (I) intimar as partes dos processos escolhidos como representativos da controvérsia, de modo a oportunizar-lhes a defesa da sua condição de sujeitos condutores (líderes); e (II) após, decidir pela manutenção ou substituição dos processos representativos da controvérsia, inclusive com a possibilidade de escolha de feitos adicionais/complementares.

5.4.1. A presunção de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia

O tratamento da litigiosidade repetitiva pode ocorrer por meio da ação coletiva proposta pelos legitimados *ope legis* (representantes) ou dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos).

juízo: 31/08/2017, Data do julgamento: 15/09/2017).

825 Antonio do Passo Cabral destaca que “a relevância que a escolha do processo-teste terá para a tramitação do incidente e para a efetividade do julgamento a ser proferido faz com que, em nosso sentir, deva haver motivação específica da decisão de afetação de um processo ou recurso. Isto é, ao selecionar um ou alguns processos e os direcionar para o procedimento do incidente de resolução de processos repetitivos, o juízo (seja ele o juiz de primeira instância, a Corte local/regional, ou o Tribunal Superior) deve indicar as razões que o levaram a escolher aquele(s) processo(s) e não outros”. (CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 208). No mesmo sentido: TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. *Revista de Processo*. Vol. 191. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./2011. p. 166

Os artigos 103, §3º, e 104 do Código de Defesa do Consumidor asseguram o direito ao ajuizamento da ação individual, apesar da existência de eventual ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos.

Ocorre que a Segunda Seção do STJ, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, no julgamento do Recurso Especial nº 1.110.549/RS, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti inovou ao determinar a suspensão das ações individuais, em razão do ajuizamento de ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos, que gerou uma multiplicidade de demandas⁸²⁶. A questão de direito envolvida no caso referia-se à correção monetária dos saldos de cadernetas de poupança bancárias decorrente de planos econômicos brasileiros do passado (expurgos inflacionários).

O referido recurso foi afetado para ser processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos (então 543-C do CPC/1973). Na ocasião, a Segunda Seção do STJ firmou a tese jurídica de que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. Nesse julgamento, a Segunda Seção do STJ entendeu que: (I) há o “direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva”, mas deve ocorrer a suspensão “desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide”; (II) a suspensão das ações individuais harmoniza-se com o rito dos recursos repetitivos; (III) é necessário, em atenção ao interesse público, “preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides”; e (IV) a suspensão dos processos individuais, em razão do ajuizamento da ação coletiva, não nega vigência aos artigos 103, §3º, e 104 do

826 O STF, ao apreciar o Tema nº 675, entendeu que a questão da suspensão de ação individual pelo ajuizamento de ação civil pública com a mesma finalidade tem natureza infraconstitucional, e a ela se atribuiu os efeitos da ausência de repercussão geral. Sobre o julgado, ver: BRASIL, STF, Tema nº 675, ARE 738109 RG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 26/09/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem que a existência da ação coletiva não impede a ação individual^{827 828}.

No Código de Processo Civil de 2015, há expressa comunicabilidade entre os procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos e as ações coletivas propostas pelos legitimados *ope legis*. Os artigos 982, inciso I; 1.036, §1º; e 1.037, inciso II, do CPC estabelecem que a admissão do IRDR e/ou a afetação dos recursos repetitivos impõem a suspensão dos processos pendentes que versarem sobre a questão de direito controvertida, sejam eles, individuais ou coletivos. Além disso, o artigo 985, inciso II, do CPC prevê que a tese jurídica fixada no incidente será aplicada nos processos individuais ou coletivos, pendentes e futuros, que versem sobre a mesma questão de direito.

Constata-se, portanto, que uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva proposta pelos legitimados extraordinários (de um lado) e do IRDR ou do rito dos recursos repetitivos (de outro lado)⁸²⁹.

Na hipótese de uma questão de direito ser objeto de diversas demandas individuais e de ação coletiva, entende-se que há presunção de prevalência do processo coletivo para ser selecionado como causa representativa da controvérsia,

827 Eis a ementa do julgado: “RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.” (BRASIL, STJ, REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

828 Após a fixação deste precedente, o STJ aplicou esta tese jurídica em outras demandas, como o Agravo em Recurso Especial nº 210.738/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin; e o Recurso Especial nº 1.353.801/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques.

829 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apresentam o seguinte exemplo: “Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o “direito de alunas de universidade deusar saia” e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jun./2016, p. 209 – 218 – versão digital)

em razão do seu interesse público primário e da legitimidade extraordinária por substituição processual^{830 831}.

As ações coletivas propostas pelos legitimados *ope legis* são espécie de tutela do interesse público primário, “quer em razão da dimensão do litígio ou dano, quer em razão dos valores atrelados aos bens jurídicos tutelados ou do número de pessoas atingidas, extensão do grupo atingido”⁸³². Ou seja, o objeto das as ações coletivas são direitos coletivos *latu sensu*.

Os procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos também têm caráter de interesse público, diante do impacto da tese jurídica firmada nas demais demandas pendentes que versam sobre a mesma questão de direito. Portanto, as ações coletivas propostas pelos legitimados *ope legis*, o IRDR e os recursos repetitivos comungam da preocupação com o interesse público, não se limitando a interesses puramente individuais de direitos.

Com relação à legitimidade extraordinária por substituição processual, o ordenamento jurídico brasileiro atribui a determinados entes (públicos e privados) a legitimidade para ajuizar demandas coletivas, na defesa dos interesses de membros de um grupo, por substituição processual (artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública). Esses entes detêm a prerrogativa processual de conduzir um processo que terá repercussão de massa⁸³³.

830 Neste sentido: ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jun./2016, p. 209 – 218 – versão digital; CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 147-151; MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Julgamentos de Casos Repetitivos: Critérios de Seleção dos Casos Paradigmáticos e Formação de Precedentes*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, p. 176-177.

831 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado 615 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do art. 1.036, especialmente do respectivo §6º”.

832 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 40.

833 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 219.

Em razão da autorização legislativa, presume-se que esses legitimados extraordinários têm representatividade adequada para tutelar os interesses da coletividade, no âmbito das ações coletivas e dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos.

Antonio do Passo Cabral defende que a atuação destes legitimados extraordinários no IRDR e no rito dos recursos repetitivos tendem a “atribuir ao contraditório uma maior legitimação política e social, reduzindo os descontentamentos com o resultado e contribuindo para uma mais ampla aceitação e o reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final”⁸³⁴.

Hermes Zaneti Jr. sustenta que, “na hipótese de tramitação de uma ação coletiva, os casos-piloto deverão incluir a afetação da ação coletiva para julgamento conjunto à fixação da tese jurídica”. O doutrinador defende, ainda, que, “se esta ação ainda não tiver atingido o tribunal, será o caso de inadmitir o incidente ou o recurso repetitivo pela existência de risco para a ‘representatividade argumentativa’ na formação da tese”. Para o autor, “quando se tratar de novos direitos como direitos do consumidor e direitos ambientais e demais pretensões materiais que exijam uma tutela integral”, “o julgamento dos casos repetitivos necessariamente dependerá da afetação de uma ação coletiva como caso-piloto”^{835 836}.

834 CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. *Revista de Processo*. Vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2014, p. 201 – 223, esp. 219-220.

835 ZANETI JR., Hermes. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesual*. Vol. 7, jan-jun/2018, p. 225 - 246 – versão digital.

836 Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam que é possível criar uma diretriz para os tribunais de segunda instância no âmbito do IRDR: “Pode haver, no entanto, coincidência entre os objetos de uma ação coletiva e um incidente de julgamento de casos repetitivos. Ou seja: uma mesma situação jurídica coletiva pode ser objeto de ação coletiva e de incidente de julgamento de casos repetitivos. Basta pensar na hipótese de uma ação coletiva que versa sobre o “direito de alunas de universidade de usar saia” e um incidente de resolução de demandas repetitivas, eventualmente instaurado em razão da existência de diversas ações individuais ajuizadas por estudantes que queiram usar esse traje. Quando isso acontecer, é preciso priorizar o julgamento da ação coletiva, por ser a técnica mais adequada, já que a situação jurídica coletiva leva à coisa julgada e é inteiramente conduzida por legitimado coletivo. É possível, inclusive, criar uma diretriz para o incidente de resolução de demandas repetitivas em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal: a existência de ação coletiva, pendente no Estado ou na Região, enquanto não estiver no Tribunal, seria fato impeditivo da instauração do incidente; a pendência da ação coletiva deveria levar à suspensão, até mesmo de ofício, dos processos individuais, tal como defendido em outro lugar e sufragado pelo STJ.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções”. *Revista de Processo*. Vol. 256. São Paulo:

Apesar de reconhecer que a ação coletiva deve ter preferência na escolha como processo representativo da controvérsia em relação à ação individual, entende-se que essa exigência defendida por Hermes Zaneti Jr., no sentido de necessariamente aguardar o julgamento e a remessa da ação coletiva ao tribunal para admissão do IRDR ou afetação dos recursos repetitivos, mostra-se inadequada. Pode ocorrer do trâmite da ação coletiva demorar, o que atrasaria a apreciação do tribunal da questão de direito controvertida, acarretando violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica dos jurisdicionados, bem como da duração razoável do processo.

Na hipótese da ação coletiva ainda não estar tramitando no âmbito do tribunal, para que fosse selecionada como o processo representativo da controvérsia, deve-se escolher demandas individuais, que estejam bem instruídas e com argumentação abrangente, bem como fomentar a participação dos entes públicos (Ministério Público e Defensoria Pública) e privados (como eventuais associações) no procedimento, na busca da representatividade adequada.

Da mesma forma, na hipótese de eventual ação coletiva conter problemas de representatividade ou de instrução e argumentação, o órgão julgador deve escolher outro processo como causa-piloto⁸³⁷.

Portanto, a presunção de prevalência do processo coletivo como processo representativo da controvérsia não é absoluta, podendo ser relativizada, de modo que deve ser compatibilizado com as demais garantias constitucionais processuais.

5.5. A necessidade da decisão de saneamento e organização do processo (certificação)

5.5.1. A fase da *class certification* na ação coletiva do direito norte-americano

Nos Estados Unidos da América, em 1938, foram publicadas as Regras Federais do Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), que disciplinam o

Revista dos Tribunais. Jun./2016, p. 209 – 218 – versão digital)

837 CARDOSO, Juliana Provedel. *O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 151.

trâmite dos processos civis nos juízos federais no país. Essas normas não estão codificadas em texto legislativo, na medida em que foram elaboradas pela Suprema Corte americana, em razão de delegação do Poder Legislativo.

Na Regra 23 (*Rule 23*), restou disciplinado o cabimento das ações coletivas (*class action*). Tal norma foi um marco na regulamentação das ações coletivas, responsável por unificar o seu regime e por ampliar seu cabimento às tutelas de pretensão condenatória, fator que acarretou um aumento da utilização deste instrumento processual. No ano de 1966, tal regime legal passou por modificação profunda, que ocasionou uma preocupação maior com o direito dos “ausentes” e a necessidade de notificação de todos os interessados para exercício do direito de retirada (*opt-out*)⁸³⁸.

No direito norte-americano, o trâmite de uma ação coletiva pode ser dividido em duas fases bem delimitadas. A primeira fase inicia-se com o ajuizamento da ação e encerra-se com a decisão que analisa o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e inserção do processo em alguma das categorias de *class action* existentes, por meio da certificação da demanda como coletiva. A segunda fase consiste no trâmite da demanda pelas normas do processo coletivo, após a sua certificação pelo juízo, até a prolação da decisão final de mérito que poderá atingir os membros da classe⁸³⁹.

838 Nesse sentido, dispõe a Regra 23(c)(2)(B) da Federal Rules of Civil Procedure: “Para qualquer classe certificada de acordo com a Regra 23(b)(1) ou (b)(2), o tribunal pode enviar uma notificação apropriada à classe. (B). Para qualquer classe certificada sob a Regra 23(b)(3), o tribunal deve direcionar aos membros da classe a melhor notificação possível de acordo com as circunstâncias, incluindo notificação individual a todos os membros que possam ser identificados por meio de esforço razoável. O aviso deve indicar de forma clara e concisa, em linguagem simples e de fácil compreensão: (i) a natureza da ação; (ii) a definição da classe certificada; (iii) as reivindicações de classe, questões ou defesas; (iv) que um membro da classe pode comparecer por meio de um advogado se assim desejar; (v) que o tribunal excluirá da classe qualquer membro que solicitar a exclusão; (vi) o momento e a forma para solicitar a exclusão; e (vii) o efeito vinculativo de uma decisão coletiva sobre os membros de acordo com a Regra 23(c)(3)”. (tradução livre). No original: “(2) Notice. (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class. (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).”

839 ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos*

Para o processamento de uma ação coletiva (*class action*), é necessário passar pela fase da *class certification*, na qual o juízo proferirá decisão de decisão de saneamento, certificando se foram preenchidos os requisitos de admissibilidade da demanda.

As *class actions* américas são ações em que se admite o processamento das pretensões – ou de parte delas – de forma coletiva, de modo a ter o potencial de atingir todos os membros do grupo envolvido no litígio. Contudo, caso não admitida a demanda como coletiva, por ausência do preenchimento dos seus requisitos, o autor pode prosseguir com a ação de forma individual, com os efeitos limitados às partes formais do processo⁸⁴⁰.

A fase preliminar de certificação tem por objetivo permitir ao órgão julgador a análise da coesão do grupo litigante e de sua representação. Trata-se de etapa processual essencial e relevante para proporcionar um processo justo, assegurando que às vantagens de um julgamento uniforme da lide coletiva não acarrete prejuízos aos membros do grupo, decorrente de uma insuficiente ou má representação em juízo⁸⁴¹.

A fase da *class certification* tem por finalidade: (I) a definição do grupo que está envolvido na demanda; e (II) a certificação dos requisitos de admissibilidade da ação coletiva.

A definição preliminar do grupo que pretende ser tutelado com a propositura da ação coletiva é necessária para que se possa avaliar o requisito da representatividade adequada do legitimado coletivo. O órgão julgador precisa primeiro identificar e definir qual o grupo objeto do processo coletivo para analisar a adequação do legitimado coletivo como representante dessa comunidade⁸⁴².

É a precisa identificação do grupo, ocorrida na fase preliminar de certificação, que possibilita a notificação dos seus membros, de modo lhes assegurar o direito de

aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013, p. 230-231.

840 ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 232.

841 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

842 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.118.

se excluir do grupo e não sofrer os efeitos da coisa julgada da demanda coletiva (*right to opt-out*).

Além disso, a fase da certificação também irradia efeitos sobre outros relevantes aspectos da demanda, pois possibilita a participação dos afetados e influencia a alavancagem das partes para a celebração de acordos, diante da necessidade de definir as pessoas beneficiárias⁸⁴³.

No direito norte-americano, o autor da *class action* somente pode representar às pessoas que estão em situação jurídica semelhante à sua (critério da tipicidade)⁸⁴⁴. Desse modo, a delimitação das pessoas que irão compor o grupo também decorre da situação jurídica do legitimado coletivo. Constata-se, portanto, que a composição do grupo depende da situação concreta de cada lide.

No direito norte-americano, o controle da representatividade adequada é realizado pelo juiz (*ope iudicis*), de modo que cabe ao magistrado a análise desse requisito, tomando em conta as peculiaridades do caso concreto⁸⁴⁵.

Diana Parton ensina que, no ordenamento jurídico norte-americano, “a ação coletiva é uma exceção reconhecida à regra de que nenhuma pessoa está vinculada por uma sentença da qual não é parte”, de modo que, “se os interesses das partes ausentes forem inadequadamente protegidos, uma tentativa de vinculá-las por meio de uma sentença as privaria de seu dia no tribunal. Esta privação equivale a uma negação do devido processo legal”⁸⁴⁶.

843 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p.121-122.

844 Antonio Gidi ensina que “a existência de um grupo, ao contrário do que pode parecer da leitura da *Rule 23* e de algumas decisões, livros e artigos doutrinários, não é um quinto requisito autônomo de cabimento da ação coletiva, ao lado da numerosidade, da questão comum, da tipicidade da lide e da adequação da representação. A existência de um grupo é determinada apenas pela existência de questões comuns entre pessoas de outra forma não necessariamente ligadas entre si. A composição do grupo é, ainda, limitada pela pretensão do representante: como ele somente pode representar pessoas cuja lide seja semelhante à sua (tipicidade), somente tais pessoas farão parte do grupo. Assim, a identidade do grupo (*class definition*) é uma função da causa de pedir e do pedido feito na inicial”. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 258)

845 COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 960.

846 Tradução livre. No original: “The class action is a recognized exception to the rule that no person is bound by a judgment to which he is not a party. If absent parties interest are inadequately protected, an attempt to bind them by a judgment would deprive them of their day in court. This deprivation amounts to a denial of due process.” (PARTON, Diana. Procedure – Class Action – Adequacy of

Os requisitos de admissibilidade analisados na fase da *class certification* são: (I) a necessidade de que as questões de direito ou de fato sejam comuns à classe (*commonality*); (II) a exigência de que os interesses e os pedidos feitos pelo autor da demanda, na condição de eventual representante da classe, sejam típicos (*typicality*) do grupo como um todo, de modo que todos tenham sofrido o mesmo dano ou ilícito; (III) a exigência de que haja representatividade adequada (*adequacy of representation*) entre o representante e os membros do grupo, que devem ser tutelados de forma justa e adequada pelo legitimado coletivo, na defesa dos seus interesses; e (IV) a existência de numerosidade (*numerosity*), consistente na impraticabilidade do litisconsórcio (*joinder impracticability*), que torne inconveniente a presença de todos os interessados em um único processo como litisconsortes⁸⁴⁷.

A adequação da representatividade precisa ser objeto de investigação pelo examinador durante todo o processamento da ação coletiva, com vistas a assegurar que todas as partes interessadas no litígio possam exercer o direito ao contraditório amplo e efetivo⁸⁴⁸.

Destaca-se que o direito norte-americano autoriza a divisão do grupo em subgrupos, visando a conferir a adequada representação aos membros do grupo que estão em situação fático ou jurídica diferentes ou quando há conflito de interesses internos. Desse modo, são formados subgrupos que têm representantes e advogados próprios, de modo a assegurar a reivindicação adequada dos seus interesses.

Antonio Gidi ensina que “a divisão do grupo em subgrupos formados por pessoas ligadas entre si por interesses e situações mais uniformes fortalece, assim, os requisitos da questão comum, da predominância, da tipicidade e, conseqüentemente, da representação adequada”. Além disso, o jurista destaca que a

representation – *Munhoz v. Arizona State University*, 80 R.R.D. 670 (D. Ariz. 1978). *Arizona State Law Journal*, nº 893, 1979, p. 893-902, esp. 894)

847 Acerca dos requisitos de admissibilidade analisados na fase da *class certification*: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67-139; TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p.135-148

848 Na jurisprudência inglesa, a participação por meio da representação adequada foi construída a partir da ideia do *fair hearing*, ou seja, o devido processo legal estaria atrelado à necessidade de ser ouvido pelo órgão decisório (seja ele judicial ou administrativo). Assim, a prévia notificação e a prévia oitiva seriam elementos de uma espécie de “justiça natural”. Neste sentido: KOCH JR., Charles H. “Some kind of hearing” in England. In: *William and Mary Law Review*, vol. 23, n. 2, 1981, p. 220.

adequada separação dos grupos, por meio da separação e divisão dos seus membros em subgrupos mais homogêneos, permite que seja determinado, com mais precisão, “o objeto do processo, facilitando a condução do processo e possibilitando a decisão e o acordo”. A criação de subgrupos é técnica necessária para “resolver a inerente tensão existente entre a conveniência e a economia em produzir um julgamento coletivo da controvérsia e, ao mesmo tempo, dar atenção individualizada a questões particulares que afligem o grupo”⁸⁴⁹.

Na fase da *class certification*, além da definição do grupo, o juízo também averigua se a ação coletiva preenche todos os requisitos legais para o processamento da lide. Em caso positivo, o juiz autoriza o requerimento de processamento coletivo (*motion of certification*), por meio da certificação da ação como demanda apta a ser coletiva (*certification of a class action*).

Ao certificar a *class action*, o juiz define os contornos do grupo (*class definition*), constata a presença dos requisitos necessários para a configuração do processo como ação coletiva (previstos na Rule 23(a)) e decide de qual dos tipos de ação coletiva (descritas na Rule 23(b)) a demanda se enquadra⁸⁵⁰.

A decisão de admissibilidade e organização processual (*class certification*) é a divisa entre: (I) de um lado, o momento de análise do cabimento da demanda e da existência dos requisitos necessários para a sua admissão como ação coletiva; e (II) de outro lado, o início do desenvolvimento do processo na estrutura coletiva⁸⁵¹.

A decisão de certificação da demanda como coletiva é de grande importância no procedimento do direito coletivo norte-americano, podendo ser uma fase conflituosa e demorada do processo⁸⁵². Trata-se da possibilidade de transformar uma

849 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 268.

850 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198.

851 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p.119-120.

852 TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. *Modern Complex Litigation*. 2ª ed., Nova Iorque: Foundation Press, 2010, p. 341.

massa amorfa de pessoas em uma “entidade litigante temporária”⁸⁵³ capaz de pleitear e defender os seus interesses em juízo⁸⁵⁴.

Caso não seja concedida a *class certification*, em decorrência do entendimento de que a ação não preencheu os requisitos de admissibilidade da demanda coletiva, o autor tem a possibilidade de prosseguir com o processo de forma individual. Contudo, ocorre que, muitas vezes, o autor não tem interesse na manutenção do processo, de forma individual, em razão do baixo valor da sua pretensão em relação ao custo do processo⁸⁵⁵.

Antes da decisão de certificação da demanda como coletiva, a posição do grupo está mais vulnerável; ao passo que, após a *class certification*, há um equilíbrio de forças, diante do reconhecimento judicial de uma coletividade definida de pessoas com o direito de pleitear suas reivindicações em juízo^{856 857}.

853 A expressão “entidade litigante temporária” encontra-se na seguinte obra: YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 1.

854 Antonio Gidi aponta que: “A certificação é uma decisão muito importante no processo coletivo. Essa decisão tem o poder de transformar uma massa de indivíduos amorfa em uma entidade juridicamente reconhecida e capaz de ir a juízo lutar por seus interesses. É essa decisão que tecnicamente torna a ação proposta uma ação coletiva e, conseqüentemente, assegura eficácia erga omnes à coisa julgada dela advinda”. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198). No mesmo sentido: ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 234.

855 Antonio Gidi destaca que a decisão de certificação “pode inclusive determinar o destino da pretensão do grupo. Se não houver nenhuma outra técnica alternativa para a solução da controvérsia (como acontece, por exemplo, nos casos em que as pretensões individuais são muito reduzidas a ponto de não justificarem a propositura de ações individuais), negar o prosseguimento da ação na forma coletiva é negar a possibilidade de apreciação da lide coletiva pelo Judiciário. Na grande maioria dos casos, até mesmo a ação individual originária será extinta, por desistência do candidato a representante. É que dificilmente haverá incentivo, para a parte e para o advogado, de que a ação prossiga em sua forma individual, com a efetividade da coisa julgada limitada apenas às partes. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198). No mesmo sentido: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.122.

856 GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199.

857 André Vasconcelos Roque aponta que “a decisão de certificação é um ponto crítico no procedimento processual das ações coletivas americanas, porque altera substancialmente o equilíbrio de forças entre as partes. Se a *class action* não for admitida, o caso não passará de uma simples demanda individual, sem maiores conseqüências econômicas, políticas ou sociais. Muitas vezes, o processo acabará extinto por abandono ou desistência do demandante, já que não compensaria adiantar todas as despesas para defender pretensões individuais de ínfimo valor econômico. Inversamente, se a certificação for concedida, a causa passa a repercutir em um número elevado de pessoas, incrementando os valores em jogo a ter que enfrentar pedidos em massa de responsabilidade civil, que podem inclusive acarretar a falência de seu negócio.

Destaca-se, ainda, que a decisão de certificação da ação em coletiva não é irreversível, podendo ser impugnada por recurso, bem como revogada ou modificada pelo juízo, até a prolação da decisão final de mérito da demanda⁸⁵⁸. Também é possível a redefinição do grupo envolvido na ação coletiva (*class redefinition*), ainda que já tenha sido proferida uma primeira decisão de certificação. Essa redefinição do grupo pode ser para restringir ou ampliar o grupo afetado.

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares aponta que “tem sido comum, para uma melhor administração do processo e delimitação do seu objeto, que o juiz, ao se deparar com os fatos da causa, realize uma subdivisão do grupo afetado em subgrupos (*subclass*)”⁸⁵⁹.

A fase da *class certification* no direito norte-americano consiste em uma decisão de saneamento da ação coletiva, que é essencial para garantir o devido processo legal, a partir da identificação e definição do grupo ou dos subgrupos que estão envolvidos na lide; e da certificação dos requisitos de admissibilidade do processo coletivo, como a exigência de representatividade adequada.

5.5.2. A decisão de saneamento e organização do processo (certificação) nos procedimentos de litigiosidade repetitiva do direito brasileiro

No direito brasileiro, até a presente data, não há nenhuma norma legislativa regulamentando ou impondo regras de saneamento e/ou decisão de certificação/organização do processo coletivo.

Ademais, uma vez admitida a demanda, a coletividade se organiza em torno da definição da classe e ganha visibilidade no cenário político e social”. (ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 234)

858 Nesse sentido, dispõe a regra 23(c)(1)(C) da Federal Rules of Civil Procedure: “(C) Revogação ou Alteração da Ordem. Uma ordem que concede ou nega a certificação de classe pode ser alterada ou emendada antes do julgamento final.” (tradução livre). No original: (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.”

859 TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p.127.

Em 2020, o CNJ editou a Recomendação nº 76, que, em seu artigo 4º, sugere aos juízes a necessidade de proferir decisão de saneamento e organização da ação coletiva⁸⁶⁰.

Destaca-se que, conforme asseveram Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, “as recomendações do CNJ são exemplos de *soft law*”, que “retratam interpretações emanadas do órgão central de planejamento do Judiciário acerca de comportamentos e procedimentos reputados proveitosos para o aperfeiçoamento do sistema de justiça”. Segundo os doutrinadores, “a ausência de imperatividade não significa a imprestabilidade de tais normativas”, de modo que há, pelo menos, “um ônus argumentativo mais gravoso ao julgador que pretenda afastar-se das diretrizes veiculadas em uma Recomendação”⁸⁶¹.

Nesse contexto, visando a aperfeiçoar e regulamentar essa matéria, o Projeto de Lei nº 4.441/2020, que trata das ações coletivas, estabelece, em seu artigo 19, a necessidade da decisão de saneamento e organização do processo, na qual o juiz deve, entre outras coisas: (I) delimitar o(s) grupo(s) titular(es) do(s) direito(s) objeto do processo; (II) controlar a adequação da legitimação do autor e a necessidade de ampliação do rol de autores; (III) identificar as principais questões de fato e de direito a serem discutidas no processo; (IV) definir os poderes do *amicus curiae* e de eventuais terceiros; (V) definir as regras sobre participação dos membros do grupo; e (IV) proceder ao juízo de admissibilidade dos pedidos formulados, sobretudo em razão da fixação da competência e da legitimidade.

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 4.778/2020, elaborado pelo Comissão de Juristas nomeada pelo CNJ, que também visa reestruturar as normas das ações coletivas, é omissivo em relação ao tema.

860 Eis a redação do artigo 4º da Recomendação nº 76/2020 do CNJ: “Art. 4º Recomendar aos juízes que, na decisão de saneamento e organização do processo coletivo, procurem verificar e definir claramente: I – o(s) grupo(s) titular(es) do(s) direito(s) coletivo(s) objeto do processo coletivo, com a identificação e delimitação dos beneficiários; II – a legitimação e a representatividade adequada do condutor do processo coletivo; III – as principais questões de fato e de direito a serem discutidas no processo; e IV – a existência eventual de conexão, continência, litispendência ou coisa julgada, em relação a outras demandas coletivas ou individuais e a possibilidade e conveniência de suspensão das ações individuais correlatas.

861 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022, p. 70-72.

Destaca-se, ainda, que, em 2021, foi apresentado o Projeto de Lei nº 1.641/2021 (denominado Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover), que foi elaborado a partir da Comissão de Juristas nomeada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), como substitutivos dos referidos projetos de lei. Neste projeto, há a previsão, no artigo 22, de que “o juiz proferirá decisão de saneamento, preferencialmente em audiência de saneamento compartilhado, na qual poderá estabelecer calendário processual”.

O artigo 22, §1º, do Projeto de Lei nº 1.641/2021 prevê que, na decisão de saneamento e organização do processo, o juiz deverá promover as seguintes medidas necessárias ao prosseguimento da ação coletivo: (I) quando possível, identificar o grupo titular do direito objeto do processo ou os critérios para que alguém seja considerado membro do grupo, a partir dos contornos da postulação; (II) controlar a adequação da legitimação do autor e a necessidade de ampliação do rol de autores, no caso de haver muitos grupos ou subgrupos; (III) identificar as principais questões de fato e de direito a serem discutidas no processo; (IV) definir os poderes do *amicus curiae* e de eventuais terceiros na decisão que solicitar ou admitir a sua intervenção, bem como a necessidade de realização de audiência ou consulta públicas, fixando-lhes as respectivas regras; e (V) definir as regras sobre participação dos membros do grupo como terceiros intervenientes em audiências públicas ou mesmo durante os demais atos processuais.

Note-se, contudo, que a Recomendação nº 76/2020 do CNJ e os referidos Projetos de Lei regulamentam as ações coletivas propostas pelos legitimados *ope legis*, não versando acerca dos demais procedimentos de litigiosidade repetitiva, notadamente o IRDR e o rito dos Recurso Extraordinário e/ou Especial repetitivos.

A previsão de um regime processual próprio e diferenciado para o tratamento adequado da litigiosidade repetitivas é relevante para superar a concepção individualista de litígio, propiciando o acertamento dos casos judiciais massificados com segurança jurídica, isonomia e previsibilidade⁸⁶².

Assim, deve-se basear e buscar a implementação de processos ou medidas estruturantes do direito norte-americano, que visam a resolução de conflitos jurídicos

862 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 193, ano 36, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 258.

complexos envolvendo vários sujeitos e objetos, que possam assegurar a efetiva participação e representação adequada dos litigantes eventuais.

Entende-se que, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, após a decisão de admissão do IRDR ou de afetação do rito dos recursos repetitivos, é necessário que o relator profira decisão de saneamento e organização do procedimento, visando a: definir o seu objeto e os seus limites; certificar a representatividade adequada dos membros do grupo; e traçar as diretrizes e determinar as medidas necessárias para o seu processamento.

Nessa decisão de saneamento e organização do processo, o relator deverá, entre outras providências⁸⁶³: (I) identificar com precisão a questão de direito objeto do procedimento, bem como das circunstâncias fáticas; (II) identificar o(s) grupo(s) titular(es) do direito litigioso e/ou os critérios para que alguém seja considerado membro do grupo, com base nos contornos da postulação; (III) certificar a legitimidade e a representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento; (IV) controlar e organizar a intervenção dos interessados (*amicus curiae*, “litigantes sobrestados” e “ausentes”), definindo, em especial, os seus poderes, limites e prazos; (V) designar a audiência pública, caso necessário; (VI) expedir comunicações aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria, para, caso queiram, contribuir com o debate; e (VII) expedir comunicações aos juízos inferiores e aos juízos de mesma hierarquia (integrantes do tribunal onde tramita o procedimento)⁸⁶⁴
865.

863 O conteúdo integral da decisão de saneamento e organização do procedimento de litigiosidade repetitiva depende das circunstâncias do caso concreto, de modo que não é possível prever, por completo e de forma prévia, todas as medidas possíveis. Neste sentido, aponta-se os pontos centrais e mais relevantes da decisão.

864 No XI Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em março de 2022, por sugestão inicial do autor deste trabalho, no âmbito do Grupo “Observatório da concretização do CPC nos tribunais superiores”, coordenado pelo Professor Edilson Vitorelli, foi aprovado o seguinte enunciado: “723. (art. 983; Tema 1.080 do STJ; Recomendação nº 76/2020 do CNJ) No julgamento de casos repetitivos e incidente de assunção de competência, o relator proferirá decisão de saneamento e organização do processo, depois da admissão ou da afetação, na qual, entre outras providências: (i) identificará o(s) grupo(s) titular(es) dos direitos materiais litigiosos; (ii) certificará a legitimidade e a representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento; (iii) controlará e organizará a intervenção dos interessados, definindo, em especial, os seus poderes e prazos; (iv) designará a(s) audiência(s) pública(s); (v) expedirá comunicações a outros interessados que possam contribuir com o debate”. O enunciado passou por ajustes de redação no Grupo e na Plenária do FPPC.

865 Em sentido semelhante, Fredie Didier Jr. e Sofia Temer defendem que “a decisão de organização é essencial para: (i) identificação precisa do objeto do incidente; (ii) escolha, se necessário, dos casos representativos da controvérsia; (iii) definição de critérios para a participação de terceiros,

A identificação com precisão da questão de direito objeto do procedimento está prevista no artigo 1.037, inciso I, do CPC, que regulamenta o rito dos recursos repetitivos, mas também deve ser aplicada ao IRDR, diante da interpretação sistêmica e conjunta das normas do microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Destaca-se que a identificação da questão de direito controvertida também deve envolver a exposição das circunstâncias fático-probatórias da lide, de modo que também deve ser delimitada a situação fática subjacente objeto do processo representativo da controvérsia⁸⁶⁶.

Note-se que o Regimento Interno do TJBA disciplina que, após a admissão do IRDR, os autos devem retornar conclusos ao relator para prolação de decisão, na qual, entre outras providências: (I) “identificará, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento”; e (II) “identificará as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia em torno da questão jurídica” (artigo 219, §8º, incisos I e II).

A identificação da controvérsia de direito material ou processual que será objeto de resolução pelo IRDR ou pelo rito dos recursos repetitivos é essencial para apurar o grupo de pessoas envolvidas na lide, bem como para aferir quais as causas devem ser suspensas. Note-se, inclusive, que o litigante que teve o seu processo suspenso, em razão da admissibilidade do IRDR ou da afetação do rito dos recursos repetitivos, somente poderá exercer adequadamente o direito de distinção (artigos 1.037, §§ 8.º a 13, do CPC) se houver uma decisão delimitando com precisão qual é a questão de direito objeto do procedimento e a sua situação fática subjacente.

Fredie Didier Jr. e Sofia Temer pontuam que “a identificação da questão afetada é essencial para delimitar o que constará na decisão final de mérito, porque a ela ficará vinculado o tribunal, que não poderá fixar teses sobre outras questões, sob

seja como *amicus curiae*, seja como sujeitos juridicamente interessados, inclusive definindo uma possível calendarização do procedimento do incidente; (iv) comunicação aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria; (v) comunicação aos juízos inferiores sobre a suspensão das demandas que versem sobre a questão submetida a julgamento.” (DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital).

866 DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital

pena de quebra do dever de congruência”⁸⁶⁷. A ausência de correlação entre a decisão que idêntica a questão de direito objeto do procedimento e a decisão final de mérito também violaria a garantia do contraditório dos litigantes.

Ressalta-se, ainda, que, na decisão que identifica a controvérsia de direito material ou processual que será objeto de resolução pelo IRDR ou pelo rito dos recursos repetitivos, também deve constar todos os argumentos favoráveis e contrários a fixação de determinada tese, apresentados pelos sujeitos condutores do processo representativo da controvérsia (líderes), com a referência dos respectivos dispositivos legais (artigo 979, §2º, do CPC). Tal medida permite uma melhor organização da necessidade da atuação dos interessados, diante da utilidade da sua intervenção, dentro da perspectiva da contribuição argumentativa e do grau de interesse na controvérsia.

Destaca-se que o Regimento Interno do TJBA também regulamenta que, após a admissão do IRDR, compete ao relator proferir decisão, na qual “apresentará o índice com os fundamentos, acerca da questão jurídica, apresentados até o momento da admissão, inclusive os que constem de manifestações utilizadas para fins de instruir o pedido ou ofício de instauração, e com os dispositivos normativos relacionados à controvérsia” (artigo 219, §8º, inciso III).

A ampla participação dos sujeitos interessados na resolução da lide e na fixação da tese jurídica depende da demonstração de que a sua intervenção visa a ampliar e complementar o debate, com novos argumentos. Assim, a existência de uma listagem de argumentos, apontando quais foram as fundamentações já apresentadas pelos sujeitos condutores do procedimento, orienta e facilita a eventual atuação dos interessados⁸⁶⁸.

867 DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital

868 Fredie Didier Jr. e Sofia Temer sustentam que “a decisão de organização deve indicar, ainda, os argumentos dissonantes já apresentados e os dispositivos normativos que tenham sido identificados até o momento da instauração, o que será importante para identificar o enquadramento dos casos (ou sua distinção), bem como para que os sujeitos interessados possam aferir se há novos argumentos a serem apresentados no incidente. Isso porque, apesar de defendermos a ampla possibilidade de participação dos sujeitos afetados, a utilidade da intervenção dependerá da demonstração de que há novos elementos que podem contribuir para que se atinja a melhor decisão sobre a questão jurídica, o que dependerá desta precisa identificação. Também por isso é que vem se defendendo a apresentação de uma listagem dos argumentos, que sirva como “guia de consulta” para os sujeitos interessados e para a sociedade civil.” (DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de

Além disso, importante ressaltar que, na adequada formação de tese jurídica, todos os argumentos contrários e favoráveis devem ser submetidos ao contraditório e considerados pelo órgão julgador⁸⁶⁹. Portanto, a existência de uma listagem ou índice relacionando todos os argumentos é medida conveniente e necessária para garantir a observância do contraditório efetivo e substancial, além de facilitar na análise da utilidade da intervenção de terceiros interessados.

A identificação do(s) grupo(s) titular(es) do direito litigioso e/ou dos critérios para que alguém seja considerado membro do grupo decorre da necessidade de garantir a representatividade adequada dos membros do grupo, requisito essencial para assegurar a observância da garantia do devido processo legal e do contraditório no procedimento de tratamento da litigiosidade repetitiva⁸⁷⁰.

A impossibilidade da participação direta de todos os membros do grupo envolvidos na questão de direito controvertida e, conseqüentemente, interessados na fixação da tese jurídica implica na necessidade de satisfazer o requisito da representatividade adequada dos litigantes, sob pena de deslegitimar o provimento jurisdicional.

A delimitação do(s) grupo(s) titular(es) do(s) direito(s) objeto do processo, bem como a definição dos critérios para que alguém seja considerado membro do grupo, deve ocorrer a partir dos contornos da postulação, com base na análise das causas de pedir e dos pedidos objeto da litigiosidade repetitiva.

demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital).

869 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

870 Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti apontam que “a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adoção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do *princípio constitucional do contraditório* ao *devido processo legal social ou coletivo*. (...) Conclui-se, então, como faz Antonio Gidi para as ações coletivas, que o magistrado brasileiro, *de lege lata*, tem o *dever* de realizar o controle judicial da representação adequada no âmbito do IRDR, em observância à cláusula do *devido processo legal*.” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*. Vol. 240, Fev/2015, p. 221 - 242 – versão digital).

Não há representação adequada de forma abstrata. Portanto, a apuração das aspirações dos membros do grupo/subgrupo somente pode ocorrer com a definição da titularidade dos interesses que serão tutelados.

Após essa análise dos membros do grupo envolvidos no procedimento, o relator deve certificar se há legitimidade e representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento para tutelar os interesses desses grupos.

É essencial que os grupos afetados na formação da tese jurídica manifestem a sua posição em relação à matéria controvertida, de modo a permitir que o órgão julgador tenha conhecimento do posicionamento de todos os envolvidos⁸⁷¹. Tal medida visa a democratizar o procedimento e legitimar a formação da tese jurídica.

Desse modo, a certificação da legitimidade e da representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento é fundamental para que seja oportunizada a participação e, conseqüentemente, garantida a sua representação de todos os grupos envolvidos na controvérsia, com o propósito de legitimar a formação da tese jurídica.

A análise da representatividade adequada do grupo perpassa pela aferição se os sujeitos condutores do procedimento (líderes) e os seus advogados têm condições técnicas, estratégicas, morais e financeiras para agir em juízo na defesa dos interesses dos membros desse grupo.

Além disso, a certificação da representatividade adequada do grupo envolve a análise da argumentação apresentada pelas partes dos processos representativos da controvérsia, de modo a se apurar se houve: (I) apresentação ao órgão julgador dos elementos fático-probatórios essenciais para o julgamento da causa e a delimitação da questão de direito controvertida; e (II) exposição, de forma detalhada e abrangente, dos argumentos jurídicos relevantes e necessários para o completo e integral deslinde da controvérsia.

Na hipótese de o relator constatar que determinado grupo envolvido na questão de direito objeto do procedimento não está adequadamente representado, deve haver a escolha de outros processos representativos da controvérsia, que permita a devida representação deste grupo; ou ser oportunizada a sua participação por meio da

871 No mesmo sentido: TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 256.

intervenção de algum interessado que seja membro deste grupo, com capacidade de representá-los.

O controle e a organização da intervenção dos interessados (*amicus curiae*, “litigantes sobrestados” e “ausentes”) é essencial para permitir a ampliação do debate necessária para a completa formação da tese jurídica, bem como para evitar eventual tumulto processual, decorrente da participação de diversos sujeitos interessados.

Conforme exposto no item 4.2.2. deste trabalho, o controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo e interessados deve ocorrer a partir da análise da contribuição argumentativa, da representatividade e do grau de interesse na controvérsia, dentro de uma visão de gerenciamento adequado do trâmite dos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Ademais, o controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo deve ocorrer a partir da perspectiva de legitimidade *ad actum*⁸⁷², de modo que compete ao relator definir os poderes, os limites e os prazos para a atuação desses sujeitos interessados.

Em relação à designação de audiência pública, o Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da sua realização, visando a ampliar a participação dos interessados e de especialistas, bem como fomentar o debate acerca da questão de direito controvertida, no artigo 983, §1º, no âmbito do IRDR; e no artigo 1.038, inciso II, em relação aos recursos repetitivos.

As audiências públicas constituem ferramenta para a ampliação da participação, mediante a coleta de depoimentos e informações de interessados e de especialistas na matéria discutida, permitindo que a questão de direito seja melhor compreendida e debatida, com a apresentação de diversos pontos de vista e variados argumentos aos órgãos julgadores.

Desse modo, caso o relator constate que, em razão da complexidade da matéria objeto da lide, mostra-se necessário e conveniente ouvir especialistas técnicos e/ou ampliar a participação dos interessados na fixação da tese jurídica, deve designar audiência pública, com a prolação de decisão de saneamento e organização do processo.

872 CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. *Revista Forense*, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009, p. 09.

Visando a ampliar o debate e legitimar a formação da tese jurídica, o relator também deve expedir comunicações aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria.

A ampla publicidade e divulgação da matéria submetida a julgamento deve ocorrer, inclusive, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. O artigo 979 Código de Processo Civil impõe aos tribunais o dever de: (I) manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas aos procedimentos que integram o microssistema de julgamentos de casos repetitivos; (II) de comunicar imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça acerca da admissão do IRDR ou afetação do rito dos recursos repetitivos, para inclusão no cadastro eletrônico; e (III) conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão de admissão ou afetação dos procedimentos e os dispositivos normativos a ela relacionados, de modo a possibilitar a identificação dos processos que devem ser abrangidos/suspensos.

A expedição de comunicações aos juízos inferiores e aos juízos de mesma hierarquia (integrantes do tribunal onde tramita o procedimento) se justifica, em razão do propósito de: (I) informá-los acerca da necessidade da suspensão de processos que versem sobre a questão de direito objeto do julgamento; e (II) requisitá-los informações complementares e/ou a remessa de recursos representativos da controvérsia que contenha abrangente argumentação e estejam bem instruídos, em evidente mecanismo de cooperação judiciária.

Fredie Didier Jr. e Sofia Temer apontam que a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) é importante mecanismos de controle da representação adequada, correspondendo à “formalização do que foi decidido pelo órgão colegiado no que diz respeito à admissibilidade e aos limites objetivos do incidente”. Segundo os doutrinadores, nesta decisão, o relator deverá promover as medidas para “o regular processamento do incidente e para viabilizar que a definição da tese jurídica seja legítima, sob a perspectiva de oportunizar a efetiva divulgação de sua instauração e o engajamento dos sujeitos envolvidos no debate”⁸⁷³.

873 DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital.

A ideologia de todas essas medidas é de conjugar diversos mecanismos processuais (a exemplo do *amicus curiae*, audiência pública, cooperação jurídica, gerenciamento de casos, adaptabilidade do procedimento) justamente para garantir o direito à ampla participação de todos os interessados. Por tais razões, a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) se insere como instrumento necessário para garantir o controle da representatividade adequada dos litigantes (principalmente, os eventuais)⁸⁷⁴, diminuindo as assimetrias de força e propiciando o direito à defesa e contraditório de todos os interessados no litígio.

Destaque-se que, independentemente, de eventual promulgação de novo texto legislativo, a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) deve ser instituída no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, em razão da garantia constitucional do contraditório, da ampla defesa e da efetiva participação dos jurisdicionados, haja vista sua capacidade de coesão e participação na formação do conteúdo decisório.

Além disso, o artigo 357 do Código de Processo Civil estabelece a necessidade do juiz proferir decisão de saneamento e de organização do processo. Apesar desse artigo regulamentar disposições aplicáveis ao procedimento comum, entende-se que tal norma também pode ser fonte para a “certificação” à brasileira dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos.

O devido processo legal é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo um marco para a consideração de justiça e equidade na composição dos conflitos individuais e coletivos. O contraditório é princípio fundamental para a validade nas relações jurídicas de direito processual, sendo que, na tutela coletiva e nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, a participação no processo⁸⁷⁵ por meio de

874 Lucas Buril de Macêdo aponta que “a representação adequada diz respeito à idoneidade do sujeito que participa do processo para levar adiante a demanda coletiva, tendo em conta que o nexa entre o direito ou interesse do substituto e o direito ou interesse do substituído é indispensável. Seu objetivo é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a ação coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido em ações individuais em que os membros do grupo defendam pessoalmente os seus direitos”. (MACÊDO, Lucas Buril de. O Controle Judicial da Representação Adequada: Notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. *Revista de Processo*. Vol. 227/2014, p. 209 – 226 – versão digital).

875 A esse propósito, importa observar a crítica de Edilson Vitorelli à ausência de representação, que aduz ser o argumento da “participação pelo processo não mais que um jogo de palavras, uma expressão cunhada para encobrir a realidade, que é a ausência de participação, e desobrigar seus defensores de explicar como um processo sem participação alguma dos titulares do direito pode

técnicas efetivas é a forma de se assegurar que os indivíduos afetados pela decisão estarão devidamente representados.

A ausência de representação adequada afeta intrinsecamente o direito a obter uma decisão justa, sobretudo quanto aos mais necessitados, bem como provoca e evidencia a reflexão de que o equilíbrio entre os litigantes se torna cada vez mais necessário.

Dessa forma, a decisão de saneamento e organização do processo ou a certificação coletiva são medidas essenciais para assegurar o contraditório dos jurisdicionados, bem como permitir o equilíbrio de forças e das capacidades estratégicas dos litigantes habituais e eventuais, devendo ser adotada em todas os procedimentos de litigiosidade repetitiva e coletiva.

A questão da representação adequada é de ordem constitucional e sua incorporação ao sistema de litigiosidade repetitiva e coletiva é, para além de um procedimento jurídico, uma medida de justiça social e legitimação do provimento jurisdicional.

Destaca-se, ainda, que se mostra é possível e conveniente que a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) seja prolatada, após a realização de audiência de saneamento do feito em cooperação com as partes, em razão da complexidade da causa em matéria de fato ou de direito, conforme autoriza o artigo 357, §3º, do CPC.

Nessa audiência de saneamento, o relator oportunizará a participação das partes dos processos representativos da controvérsia (sujeitos condutores), dos demais interessados (“litigantes sobrestados”; “ausentes” e *amicus curiae*) e do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o intuito de integrar ou esclarecer os pontos controvertidos da lide e deliberar sobre as medidas necessárias para assegurar a representatividade adequada dos litigantes e a correta instrução do procedimento.

ser considerado válido”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 122).

5.6. A importância do regimento interno dos tribunais como de fonte complementar para disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos de litigiosidade repetitiva e regulamentar ferramentas de participação dos litigantes e interessados

A Constituição da República de 1988 estabelece que compete privativamente à União legislar sobre regras de direito processual (artigo 22, inciso I), bem como prevê a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual (artigo 24, inciso XI).

A Constituição da República de 1988 também confere aos tribunais a competência privativa de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (artigo 96, inciso I).

A interpretação sistemática do texto constitucional permite entender que “os legisladores federais e estaduais podem atribuir às cortes o poder de regular o seu funcionamento jurisdicional, disciplinando normas processuais que não violem os direitos e garantias previstos na legislação e na própria Constituição”⁸⁷⁶.

José Frederico Marques, reconhecendo a aptidão normativa dos regimentos internos dos tribunais, ensinava que, na hipótese do texto legislativo apresentar “regras vagas, imprecisas, estabelecendo apenas princípios gerais, omitindo detalhes necessários à efetiva observância, cumpre à lei material, contida em preceito regulamentar (como o regimento), desenvolvê-la com novas normas”, de modo a extrair “sentidos e consequências nela implícitos, ou os detalhes para sua fiel execução”. O jurista apontava que, nesta situação, “o conteúdo exato da norma superior (lei) determina-se por meio da norma inferior (regulamento)”⁸⁷⁷.

Note-se que a omissão legislativa acerca do funcionamento dos órgãos jurisdicionais implica em insegurança jurídica dos jurisdicionados, diante da imprevisibilidade. O trâmite do processo não pode ser um ambiente inseguro, sem

876 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. “O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais”. *Civil Procedure Review*. Vol. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, p. 32.

877 MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Milenium, 2000, p. 186.

regulamentação, que varia de acordo com o entendimento do magistrado condutor da ação. Desse modo, é melhor um sistema em que os regimentos internos estabeleçam o funcionamento jurisdicional dos tribunais se comparado com um sistema em que se deve aguardar o lento e gradual processo de definição das orientações jurisprudenciais ou a edição de texto legislativo acerca do tema⁸⁷⁸.

Paulo Mendes de Oliveira assevera que o “Constituinte, de fato, reservou aos regimentos internos a possibilidade de disciplinar, em alguma medida, o direito processual civil relacionado à competência e ao funcionamento jurisdicional das cortes”. Após fixada esta premissa, o doutrinador aponta que entender que o regimento interno exerce “atividade complementar da legislação pode trazer mais benefícios do que prejuízos à segurança jurídica, incrementando-se, pois, a cognoscibilidade do Direito e a previsibilidade dos trâmites processuais perante as cortes do país”⁸⁷⁹.

Destaca-se que, no âmbito do Recurso Especial nº 1.807.665/SC, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, reconheceu o papel normativo complementar do Regimento Interno do STJ diante da insuficiência das normas legislativas. Nesse caso, o referido Ministro ponderou que o Regimento Interno do STJ, ao estabelecer um procedimento diferenciado para o recurso especial interposto contra o julgamento de mérito do IRDR, implementou “medida complementar”, “conciliando aspectos jurisdicionais e administrativos de organização e eficiência”⁸⁸⁰.

878 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. “O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais”. *Civil Procedure Review*. Vol. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, p. 32 e 64.

879 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. “O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais”. *Civil Procedure Review*. Vol. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, p. 64.

880 Eis a decisão do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no Recurso Especial nº 1.807.665/SC: “A norma regimental buscou complementar a disposição legal, estabelecendo tramitação diferenciada ao processo nesta Corte Superior, semelhante à do recurso indicado como representativo da controvérsia, com exceção do prazo de 60 dias úteis para o ministro propor a afetação do processo ao rito dos repetitivos. Assim, por um lado, o CPC confere ao acórdão proferido no recurso especial interposto em julgamento de mérito de IRDR os mesmos efeitos do acórdão em julgamento de recurso especial repetitivo, precedente qualificado nos termos do art. 121-A do RISTJ, c/c o art. 927 do CPC. Em outra medida complementar, o RISTJ prevê trâmite também qualificado ao recurso, conciliando aspectos jurisdicionais e administrativos de organização e eficiência”. (BRASIL, STJ, Resp. 1.807.665/SC, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente da Comissão Gestora de Precedentes), DJ 01.07.2019).

Constata-se, portanto, que o regimento interno dos tribunais tem a função normativa complementar de regulamentar as questões referentes ao funcionamento das cortes que não foram disciplinadas pelo legislador, com observância aos direitos e às garantias constitucionais e legais.

O regramento do IRDR pode ser dividido em três fases: (I) instauração e admissão (artigos 976 a 981 do CPC); (II) instrução (artigos 982 e 983 do CPC); e (III) julgamento (artigos 984 a 987 do CPC).

Em relação ao rito dos recursos repetitivos, constata-se que há: (I) a fase de afetação da matéria, que pode ocorrer por decisão da presidência ou vice-presidência do tribunal local ou pelos ministros que compõem o tribunal superior, com a seleção dos recursos representativos da controvérsia (artigos 1.036 e 1.037 do CPC); (II) fase de instrução (artigo 1.038 do CPC); e (III) a fase do julgamento (artigos 1.039 a 1.041 do CPC).

Os atos referentes ao saneamento e à organização do incidente estão concentrados nas duas primeiras fases do IRDR ou do rito dos recursos repetitivos.

Acerca do IRDR, o Código de Processo Civil estabelece que o regimento interno de cada tribunal irá disciplinar qual é o órgão colegiado responsável pela admissão e julgamento do incidente dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (artigo 978).

O pedido de instauração do IRDR será dirigido ao presidente do tribunal; contudo, haverá a sua distribuição para um dos magistrados integrantes do órgão colegiado responsável pela admissão e julgamento do incidente, para assumir a função de relator. Do mesmo modo, no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos, haverá a distribuição da causa a algum ministro relator.

Ao relator caberá, entre outras atribuições, proferir a decisão de saneamento e organização do IRDR e do rito dos recursos repetitivos, com o propósito de: definir o seu objeto e os seus limites; certificar a representatividade adequada dos membros do grupo; traçar as diretrizes e determinar as medidas necessárias para o seu processamento e instrução, tal como a designação de audiência pública.

Em relação ao IRDR, o Código de Processo Civil disciplinou, em seu artigo 982, que, após a admissão do incidente, compete ao relator: (I) suspender os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; (II) requisitar, caso necessário, informações a órgãos em cujo juízo tramita

processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; e (III) intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

No âmbito do rito dos recursos repetitivos, os artigos 1.037 e 1.038 do Código de Processo Civil estabeleceu que, nas fases de afetação e de instrução, compete ao relator: (I) identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento; (II) determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; (III) requisitar, caso necessário, aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia; (IV) solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; (V) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; e (VI) requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimar o Ministério Público para manifestar-se.

Recorde-se que os dispositivos normativos dessas duas técnicas processuais são complementares reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente, posto que compõem o microsistema de julgamento de casos repetitivos, de modo a garantir unidade e coerência⁸⁸¹.

Ocorre que, conforme analisado no item 5.5.2 deste trabalho, a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) nos procedimentos de litigiosidade repetitiva do direito brasileiro abrange outras medidas essenciais, que não estão previstas nos artigos 982, 1.037 e 1.038 do CPC⁸⁸².

881 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.” No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590-592.

882 Fredie Didier Jr. e Sofia Temer ponderam que, “embora a atividade do relator do IRDR não seja exatamente a mesma da exercida no julgamento dos recursos, parece possível defender (ainda que com alguma parcimônia) a aplicação do art. 932 do CPC/2015 à condução do IRDR, fixando poderes do relator, notadamente no que se refere à direção da instrução (inciso I), à intimação do Ministério Público (VII), e ao exercício de outras atribuições regimentais (inciso VIII), o que será de especial relevância para a decisão de organização, como aprofundaremos no próximo item

Eis algumas providências que devem constar da decisão de saneamento e organização do processo (certificação), que não estão expressamente previstas no Código de Processo Civil: (I) identificar com precisão as circunstâncias fáticas; (II) identificar o(s) grupo(s) titular(es) do direito litigioso e/ou os critérios para que alguém seja considerado membro do grupo, com base nos contornos da postulação; (III) certificar a legitimidade e a representatividade adequada dos sujeitos condutores do procedimento; (IV) controlar e organizar a intervenção dos interessados (*amicus curiae*, “litigantes sobrestados” e “ausentes”), definindo, em especial, os seus poderes, limites e prazos; e (V) expedir comunicações aos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria, para, caso queiram, contribuir com o debate.

Ressalta-se que o artigo 932, inciso VIII, do CPC estabelece que incumbe ao relator exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Portanto, há norma legislativa que confere expressamente ao tribunal a possibilidade de disciplinar, por meio do seu regimento interno, regras sobre as atribuições dos relatores, com observância das normas de processo e das garantias processuais dos jurisdicionados⁸⁸³.

Fredie Didier Jr. e Sofia Temer apontam que, “na ausência de regramento detalhado no Código de Processo Civil, os regimentos internos dos tribunais exercerão papel de extrema importância para regulamentar o procedimento e a atuação do relator”⁸⁸⁴.

A regulamentação do procedimento da audiência pública, com a definição de normas acerca da fase de convocação, da fase de habilitação dos participantes e da

deste estudo. É possível aplicar também o parágrafo único do art. 932 do CPC/2015 ao IRDR, o qual dispõe sobre a possibilidade de sanar vício ou complementar a documentação exigível, antes da inadmissão. Muito embora a inadmissão do incidente não gere preclusão (art. 976, § 3.º), é recomendável que o relator possibilite a complementação ou aditamento do pedido ou ofício de instauração, quando constate a probabilidade de existência dos seus requisitos, inclusive requisitando-a aos outros legitimados do art. 977”. (DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital).

883 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. “O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais”. *Civil Procedure Review*. Vol. 11, n. 2: mai.-ago. 2020, p. 52.

884 DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A Decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do Tribunal. *Revista de Processo*. Vol. 258. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 257-278 – versão digital.

fase de sua realização, é um exemplo de função do regimento interno do tribunal que visa a disciplinar atribuições do relator.

O Código de Processo Civil estabelece a possibilidade do relator designar audiência pública, no âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos; contudo, a legislação processual não regulamenta o seu procedimento. Desse modo, o regimento interno do tribunal tem o importante papel de estabelecer normas acerca de ferramentas de participação dos litigantes e interessados, como o procedimento da audiência pública.

Portanto, entende-se que o regimento interno dos tribunais tem especial importância na função de disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, bem como regulamentar ferramentas de participação dos litigantes e interessados, como a audiência pública, diante do seu papel de fonte complementar às normas legislativas⁸⁸⁵.

5.7. A influência e contribuição dos procedimentos do Direito Administrativo de ampliação da participação dos interessados

5.7.1. Participação popular na Administração Pública

A participação, em sentido amplo, dos cidadãos nas esferas públicas envolve todas as formas de contribuição e colaboração no âmbito político e nas demais atividades afetas ao estado (legislativa, administrativa e jurisdicional). A noção de democracia está relacionada e entrelaçada com o fenômeno participativo. A ideia de democracia participativa apresenta-se para complementar o ideal de democracia representativa⁸⁸⁶.

885 No mesmo sentido: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020, p.168-172.

886 MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 01.

Em 1993, Fábio Konder Comparato apontava que “a ideia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação”⁸⁸⁷.

No Brasil, as primeiras manifestações de democracia participativa foram o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, que são formas semidiretas de participação popular na esfera pública⁸⁸⁸. Tais mecanismos de democracia semidireta complementam o sistema representativo, permitindo consolidar as crenças relativas ao funcionamento político e, conseqüentemente, confortar a legitimidade dos representantes⁸⁸⁹.

Os instrumentos relativos à democracia participativa surgem como resposta às falhas apresentadas pela democracia representativa. No Brasil, a Constituição da República de 1988 estabeleceu diversos meios de inteiração entre a sociedade civil e o Poder Público, diante do seu viés e regime democrático. Exemplo disso é o artigo 37, §3º, da Constituição da República de 1988 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998), que prevê a possibilidade de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta⁸⁹⁰.

887 COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 28-29, Abril-1993 – versão digital.

888 Cristiana Andrade Melo aponta que, “no direito estrangeiro, encontra-se, ainda, o *recall*, instituto da democracia semidireta que permite à população decidir pela revogação ou não de determinado mandato político, suscitando, assim, consciência sobre a responsabilidade do titular de cargo político perante os eleitores”. (MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 01)

889 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 230.

890 Eis alguns outros exemplos de canais de ligação entre a sociedade civil e o Poder Público previstos na Constituição da República de 1988: participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, inciso XII); denúncia de irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (art. 74, §2º); ouvidoria no Poder Judiciário e no Ministério Público (art. 103-B e art. 130-A); participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na política agrícola (art. 187); caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite na seguridade social, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194, inciso VII); participação da comunidade na gestão da saúde (art. 198, inciso III); participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas de assistência social e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, inciso II); colaboração da sociedade por meio da gestão democrática do ensino público (art. 205 e 206, inciso VI); colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º); defesa e preservação do meio ambiente imposta à coletividade (art. 225); participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, nos programas de assistência

A Constituição da República de 1988 concilia a democracia representativa com a democracia participativa, ao afirmar, em seu artigo 1º, que todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente (democracia participativa).

A partir da própria noção de Estado Democrático de Direito e de democracia, é possível constatar a existência, no modelo constitucional brasileiro, de um “princípio participativo”, que se caracteriza pela “participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo”⁸⁹¹.

Marcos Augusto Perez defende que a participação administrativa é um “princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa”. O autor sustenta também que a participação popular na Administração Pública é um “princípio de organização, pois implica na estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a Administração e os administrados, de modo a convocar estes últimos à execução direta de determinadas funções administrativas”⁸⁹².

A ideia de participação popular na Administração Pública visa a tornar mais legítima a atuação e as decisões estatais⁸⁹³. O *déficit* de legitimidade decorrente de estruturas administrativas tradicionais impõe a necessidade de repensar ferramentas e mecanismos que permitam maior diálogo entre a sociedade civil e o Poder Público⁸⁹⁴.

integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227).

891 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.

892 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 83-84.

893 Wallace Paiva Martins Júnior assevera que “a exigência de ampliação e de abertura de novos canais de atuação política aptos à defesa e promoção de múltiplos interesses, permitindo um grau mais elevado de correspondência entre as políticas públicas e as demandas sociais, é proporcionada pela participação que atribui legitimidade substancial às decisões estatais” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 325).

894 Jürgen Habermas afirma: “Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então, a lógica da divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através da introdução de formas de comunicação e de participação correspondentes ou através do estabelecimento de processos judiciais ou parlamentares, de

Maria Tereza Fonseca Dias pondera que a participação popular no âmbito da Administração Pública “passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa mediante a ampliação dos canais de comunicação existentes na periferia da esfera pública para o centro do subsistema administrativo”⁸⁹⁵.

Trata-se da transição do modelo de Administração focado na separação entre o Estado e a sociedade, que se mostrava fortemente hierarquizado, unilateral e impositivo, para um modelo que busca a consolidação do Estado Democrático de Direito, inclusive por meio da participação dos cidadãos nas decisões administrativas⁸⁹⁶.

A participação popular na gestão pública está intimamente conectada à democratização administrativa. O modelo atual de democracia impõe o complemento da representação com mecanismos diretos e participativos da população. Permitir que os cidadãos tenham a oportunidade de contribuir e influenciar o processo de tomada de decisão referente à gestão dos negócios públicos atribuí maior legitimidade material às decisões administrativas⁸⁹⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “a participação popular é uma característica essencial no Estado Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”⁸⁹⁸.

A busca por uma sociedade participativa decorre de um processo de reforma do Estado, orientado pelos megaprincípios da eficiência e da legitimidade, que fizeram derivar princípios políticos (subsidiariedade e participação política), técnicos (autonomia e profissionalização) e jurídicos (transparência e consensualidade)⁸⁹⁹.

processos de formação de compromissos, etc.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 239-240)

895 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 164.

896 MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 04.

897 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 470.

898 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 191, jan-mar./1993, p. 26–39, esp. 32.

899 Neste sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de

Luciano Ferraz aponta que “o Direito Administrativo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa”. O doutrinador conclui que “o Direito Administrativo de mão única – monológico – caminha para modelos de colaboração: gestão associada, democrática e participativa”⁹⁰⁰.

A institucionalização de uma Administração Pública democrática não implica no abandono da representação democrática, decorrente da escolha dos governantes pelo povo (democracia representativa). A ideia de participação popular na Administração Pública perpassa pela complementaridade da representação democrática com a técnica participativa⁹⁰¹, que permite a contribuição dos cidadãos com informações para a tomada da decisão administrativa (democracia participativa).

A ideologia Administração Pública democrática constitui um contraponto ao desenvolvimento de sistemas burocráticos⁹⁰², na busca pela obtenção de uma legitimação nova e superação da crise do autoritarismo nas esferas estatais. Trata-se da conveniência de complementar – ou, até mesmo, substituir – a tradição da Administração autoritária por uma Administração participativa⁹⁰³.

A implementação da participação popular na Administração Pública acarreta diversas vantagens, tais como: (I) a melhoria da racionalização das decisões administrativas, diante da obtenção de mais informações relevantes e qualificadas; (II) previsibilidade dos indivíduos acerca do teor das decisões administrativas; (III) maior

Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-28 e 37-48; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327.

900 FERRAZ, Luciano. *Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Sociais*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 7, 2004. p. 59-68 – versão digital.

901 DUARTE, David, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório*, Almedina, 1996, p. 112.

902 Wallace Paiva Martins Júnior assevera: “Tendência da moderna relação entre Estado e sociedade, baseada na recíproca coordenação, a participação é um dos mecanismos de alteração do modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais. Significa a ruptura com a dualidade entre a Administração e o administrado, mediante a atuação direta deste na atividade administrativa, objetivando maiores graus de coincidência possível entre a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas e de obtenção da adesão dos cidadãos.” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 471)

903 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 2. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 84

publicidade e transparência na tomada de decisão administrativa; (IV) maior legitimidade da atuação e da decisão administrativa; (V) maior integração entre os cidadãos e a esfera administrativa; e (VI) desenvolvimento da autodeterminação e da emancipação do cidadão na sua comunidade⁹⁰⁴.

O jurista português David Duarte ensina que os objetivos da participação popular na Administração Pública podem ser divididos em três eixos principiológicos: (I) princípio democrático, baseado na racionalização das decisões e no controle da ação administrativa, diante da maior abertura para a contribuição de informações e transparência; (II) princípio do Estado de Direito, fundado na previsibilidade da decisão administrativa pelo cidadão e na possibilidade de defesa em tempo útil; e (III) princípio do Estado Social, decorrente da integração do administrado na decisão e no desenvolvimento da sua autodeterminação e emancipação⁹⁰⁵.

Constata-se, portanto, que o princípio da participação contribui para a eficiência, legalidade e legitimidade da atuação estatal⁹⁰⁶. A participação popular na Administração Pública tem como pressupostos a transparência e a superação do monopólio do interesse público pelo Estado. Além disso, o ideal de Administração Pública democrática tem como finalidade o controle e a fiscalização social; a racionalidade na tomada de decisões; a renovação e evolução do modelo estatal; e a reformulação das relações do Estado com os administrados^{907 908}.

904 Tais objetivos foram expostos inicialmente pelo jurista alemão Heinrich Siendentopf. Sobre o tema, ver: SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 142.

905 DUARTE, David, Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório, Almedina, 1996, p. 166.

906 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-28 e 37-48.

907 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 471.

908 Maria Coeli Simões Pires ensina que “uma governança pública democrática pressupõe articulação intensa e transparente dos diversos autores e núcleos de poder, participação responsável dos interessados (em processo de autorregulação) para a consecução da eficiência legítima, tudo com o propósito de construção de uma rede de tentáculos da ação pública, na acepção lata da expressão, a partir de matrizes cognitivas e normativas compartilhadas” (PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. In: Paulo Modesto. (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 184).

5.7.2. Institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos

A consolidação desse modelo de Administração Pública democrática necessita da implementação de canais institucionais que permitam a comunicação entre a sociedade civil e Poder Público (institutos participativos⁹⁰⁹).

A Constituição da República de 1988 atribui competência concorrente à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal para legislar sobre a criação de institutos de participação popular, na medida em que se refere a matéria relacionada à organização da Administração Pública (artigos 18; 25, §1º; 29; e 48, inciso IX), na esfera de seus respectivos poderes.

Os institutos participativos aparecem e proliferam em legislações federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, de modo que se mostra inconveniente e difícil relacionar todos esses institutos de participação popular existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é possível apurar e descrever os institutos participativos de uso mais frequentes no Direito Administrativo brasileiro.

É possível classificar os institutos de participação popular na Administração Pública entre: (I) institutos participativos de caráter deliberativo ou com força vinculante (como o conselho deliberativo, o referendo e plebiscito administrativo e a eleição para funções de cargo de chefia); e (II) institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos (como a audiência pública, a consulta pública e o orçamento participativo)⁹¹⁰.

909 Marcos Augusto Perez afirma que “podemos definir os institutos jurídicos de participação popular na Administração, em traços gerais, como instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar a atuação administrativa mais eficiente, e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca de adesão, do sentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios”. (PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 96).

910 Esta classificação foi apresentada por Marcos Augusto Perez, na seguinte obra: PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 136-183. Acerca de outras classificações dos institutos participativos, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 191, jan-mar./1993, p. 26-39; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345-363; MARTINS JÚNIOR, Wallace

Considerando o escopo deste trabalho e o propósito de analisar a influência e a contribuição que os instrumentos do Direito Administrativo de ampliação da participação dos interessados podem fornecer para os procedimentos judiciais que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, estudará apenas os institutos participativos de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos, posto que são eles que se relacionam com a contribuição argumentativa de interessados na tomada da decisão estatal.

5.7.2.1. Audiência pública administrativa

A audiência pública administrativa tem origem no direito anglo-saxão, nas denominadas *public hearings*⁹¹¹. Por meio das audiências públicas, a Administração realizada uma sessão aberta a todos os interessados, como fase preparatório e prévia ao procedimento decisório. Na audiência pública, os interessados exercem o seu direito de requerer esclarecimentos, fazer críticas ou dar sugestões e contribuições a respeito do tema objeto da decisão estatal⁹¹².

A realização de audiência pública apresenta uma dupla finalidade: (I) por um lado, atende ao interesse público de não produzir atos ilegítimos e aos interesses particulares do administrado de poder influenciar e contribuir para a tomada de decisão; e (II) por outro lado, serve para a Administração Pública proferir uma decisão mais correta, diminuindo o risco de possíveis erros de fato e de direito, com ganho de eficácia⁹¹³, em atenção ao direito fundamental à boa administração pública.

Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 472-474; MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 09-12; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 88-90; ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo - Para uma legitimação procedimental*. Coimbra; Almedina, 1989. p. 81-84; DUARTE, David, Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório, Almedina, 1996, p. 109-118; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. 2. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 85-96.

911 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 128.

912 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 105.

913 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. 5ª ed. Belo Horizonte e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XI-6.

A audiência pública é um procedimento administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais que serão afetados pela decisão e que têm conhecimento e *expertise* sobre o tema, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, na qual o administrado tem a oportunidade de apresentar informações e argumentos, bem como expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual⁹¹⁴.

A Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que é facultado à autoridade administrativa, diante da relevância da questão, realizar audiência pública para debates sobre a matéria do processo, como forma de melhor instruir o procedimento de tomada de decisão (artigo 32)⁹¹⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, também há previsão de realização obrigatória de audiência pública, previamente à decisão administrativa. No âmbito da legislação federal, cita-se, a título de exemplo, a previsão da designação de audiência pública na lei de licitações. A Lei nº 8.666/1993 estabelece a obrigatoriedade da realização de audiência pública sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto para a realização de concorrência pública de obras e serviços de engenharia (artigo 39 combinado com o artigo 23, inciso I, alínea "c").

Outro exemplo de previsão obrigatória de designação de audiência pública está na Lei nº 9.427/1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. O artigo 4º, §3º, da referida lei prevê que serão precedidas de audiência pública o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores. Destaca-se, ainda, que as audiências públicas são comuns no âmbito dos municípios, visando a cooperação das associações representativas no

914 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 256.

915 “No direito brasileiro, a consulta pública e a audiência pública são facultativas (arts. 31 e 32 da Lei 9.784/1999), embora haja previsões legais impondo sua realização obrigatória, podendo ser, de acordo com a previsão legal específica, vinculantes ou não vinculantes”. (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 474).

planejamento municipal, em cumprimento do disposto no artigo 29, inciso XII, da Constituição da República de 1988⁹¹⁶.

Nos casos em que a lei especifica a obrigatoriedade da designação de audiência pública, em momento prévio à tomada da decisão administrativa, a inoportunidade de sua realização implica na invalidade do procedimento ou dos atos que sucederam a omissão da Administração Pública⁹¹⁷.

A audiência pública é uma fase do processo administrativo decisório, de modo que, no seu procedimento, deve ser observada as garantias do devido processo legal e da ampla defesa, previstas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Marcos Augusto Perez sustenta que, entre outras providências relativas à audiência pública: (I) deve ser oportunizada a participação de todos os interessados e das pessoas que têm conhecimento e *expertise* sobre a temática, em atenção ao seu caráter público, à isonomia dos administrados e à eficiência da administração; (II) os administrados devem ser ampla e previamente informados pela Administração da pauta (matéria objeto de discussão) e das regras da audiência pública; (III) há necessidade de participação dos técnicos da Administração e das pessoas envolvidas na tomada da decisão; (IV) necessidade que os debatedores discutam com igualdade de armas; (V) há possibilidade e direito da autoridade que conduz a audiência de interrogar os presentes, após as suas intervenções, com o propósito de esclarecer fatos de seu conhecimento; (VI) admite-se que os participantes exibam documentos na audiência, que deverão ser juntados ao expediente administrativo, de modo a aperfeiçoar a fase de instrução do processo decisório; e (VII) os participantes têm direito a uma decisão administrativa fundamentada, que leve em consideração todas as informações, discussões, contribuições e provas expostas na audiência pública⁹¹⁸.

Wallace Paiva Martins Júnior ensina que, em relação às audiências públicas, “a regra é o caráter não vinculante, que deve se presumir no silêncio normativo, o que

916 Cita-se, por exemplo, o artigo 9º da Lei Orgânica do Município de São Paulo e o artigo 108-A da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte.

917 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 169.

918 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 170-175.

não impede a obrigação de análise e resposta de seus resultados”. O autor afirma que “mínimo exigível é que na decisão a autoridade exerça um juízo de ponderação objetiva, com fundamentação suficiente explicando as razões pelas quais adota ou não as opções apresentadas”⁹¹⁹, de modo que a Administração Pública deve levar em consideração o debate público na decisão administrativa, fundamentando-a adequadamente⁹²⁰.

Acerca desta questão, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito da Apelação nº 2001.71.01.001497-1, entendeu que “o órgão licenciador não está vinculado às conclusões da audiência pública”; contudo, “deve levar em consideração, na decisão, as colocações que nela são feitas, a finalidade da participação pública no procedimento apenas é atingida se as manifestações foram fundadas e efetivas”. Na ocasião, o órgão julgador destacou que “o princípio da participação pública assegura ao cidadão o direito de intervir na tomada da decisão devidamente informado, participação desinformada não é participação e o direito à informação deve ser dar no momento adequado, na profundidade necessária e com clareza suficiente”⁹²¹.

Portanto, a Administração Pública tem o dever de levar em consideração as informações e contribuições apresentadas e debatidas no curso da audiência pública ao proferir a sua decisão administrativa, sob pena de nulidade do ato decisório.

5.7.2.2. Consulta pública

A consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos, com o propósito de permitir que, em determinado prazo, os eventuais interessados tenham a oportunidade de apresentar críticas, sugestões de aperfeiçoamento, bem como solicitem informações e realizem questionamentos

919 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de Direito Administrativo*. Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 474-475.

920 No mesmo sentido: DI SARNO. Daniela Campos Libório. Audiência Pública na gestão democrática da política urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coord.). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 68; MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 81-82.

921 BRASIL, TRF4, Apelação nº 2001.71.01.001497-1, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 18/01/2010

acerca do ato administrativo⁹²². A consulta pública tem inspiração na *enquetê* do direito francês⁹²³.

No procedimento da consulta pública, a Administração Pública tem o dever de documentar todas as manifestações dos interessados e respondê-las publicamente, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório. A Administração Pública não tem a obrigação de aceitar e anuir com todas as críticas e sugestões apresentadas pelos administrados, porém tem o dever de motivar a decisão que eventualmente refutá-las, bem como responder a todos os questionamentos apresentados pelos interessados⁹²⁴.

Diferentemente do que ocorre nas audiências públicas, na consulta pública não prevalece o princípio da oralidade, na medida em que não há sessões públicas para debates orais. Na consulta pública, as manifestações dos interessados ocorrem por meio de alegações escritas.

Comparando a consulta pública com a audiência pública, Marcos Augusto Perez destaca que, “na primeira, há maior possibilidade de interferência dos interessados em relação à decisão que lhes possa afetar”. Para o autor, a consulta pública possibilita um maior “aprofundamento do debate em torno da decisão administrativa, tanto do ponto de vista político como do ponto de vista técnico”⁹²⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, a consulta pública foi prevista inicialmente na Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Os artigos 19, inciso III, e 42 da referida lei estabelecem a obrigatoriedade da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL de submeter à consulta pública propostas de atos de competência da Presidência da República ou de Ministro de Estado, referentes à definição da política e do regime jurídico dos

922 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 106-107.

923 Sobre o procedimento da *enquetê* no direito francês, ver: VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés contre l'Administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 129 e seguintes; BRAIBANT, Guy; questiaux, Nicole; WIENER, Céline. *Le Contrôle de L'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1973, p. 246 e seguintes.

924 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 106-107.

925 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 107.

serviços de telecomunicações e minutas de atos normativos de competência da própria agência reguladora⁹²⁶.

A Lei nº 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também prevê a designação de audiência pública, para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral (artigo 31, *caput*).

Acerca do procedimento da consulta pública, a Lei nº 9.784/1999 estabelece que: (I) a Administração tem o dever de divulgar a instauração da consulta pública pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas (artigo 31, §1º); e (II) o comparecimento do administrado à consulta pública lhe confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais (artigo 31, §2º).

Destaca-se que, além de publicar as consultas no Diário Oficial, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL tem utilizado da tecnologia e da internet para receber as críticas, sugestões e questionamentos dos interessados, bem como para divulgar as suas respostas. Tal prática tem proporcionado maior participação e acesso dos administrados, além de tornar mais eficiente e célere o processo decisório.

Eis o *print* da tela de acesso às consultas públicas em andamento da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL⁹²⁷, o que permite evidenciar que a Administração Pública disponibiliza: (I) o acesso ao ato normativa que instituiu a consulta pública; (II) a descrição do objeto da consulta pública; (III) o prazo de vigência da consulta pública; (IV) a exposição de motivos da ANATEL para a realização do ato administrativo; (V) o acesso a eventuais documentos relativos à consulta; e (VI) o link para a contribuição do administrado (críticas, sugestões e questionamentos):

926 Posteriormente, o artigo 42 da Lei nº 9.472/1997 foi revogado pela Lei nº 13.848/2019.

927 Eis o link para as consultas públicas em andamento da Agência Nacional de Telecomunicações: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=andamento&SISQSmodulo=1442>>. Acesso em 05/05/2022.

Figura 5 — Listagem de Consultas Públicas – Consultas em Andamento

RELAÇÃO DE CONSULTAS EM ANDAMENTO							
Título	Descrição	Situação	Prazo de Contribuição	Exp. Motivos	Docs. Anexos	Contribuir	Nº de Visitas
CONSULTA PÚBLICA Nº 11	Elaboração de Requisitos Técnicos e Operacionais para a faixa de frequências de 27,5-27,9 GHz.	Andamento	De: 08/04/2022 às 12:00:00 Até: 23/05/2022 às 23:59:00				
CONSULTA PÚBLICA Nº 15	Alteração do Ato de Requisitos Técnicos de FM processo nº 53500.041959/2021-63 .	Andamento	De: 11/03/2022 às 14:00:00 Até: 24/05/2022 às 23:59:00				
CONSULTA PÚBLICA Nº 9	Proposta de Consulta Pública para atualização dos requisitos técnicos de segurança elétrica para avaliação da conformidade de produtos para telecomunicações. SEI nº 53500.068407/2021-01	Andamento	De: 24/03/2022 às 14:00:00 Até: 23/05/2022 às 23:59:00				

3 CONSULTA(S) ENCONTRADA(S) - PÁGINA 1 DE 1

Clique nos links para navegar entre as consultas:

Fonte: ANATEL

Por meio da internet, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL ainda disponibiliza acesso a todos os seus atos normativos e as minutas em consulta pública, além de expor as críticas, sugestões e questionamentos encaminhados por outros interessados e as respectivas respostas da Administração Pública.

Eis o *print* da tela de acesso às consultas públicas finalizadas da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL⁹²⁸, que demonstra que a Administração Pública disponibiliza as contribuições recebidas pelos administrados e as respectivas respostas da agência reguladora:

928 Eis o link para as consultas públicas finalizadas da Agência Nacional de Telecomunicações: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=finalizadas&PaginaAtual=1&Registros=10&cboAno=2022>>. Acesso em 05/05/2022.

Figura 6 — Listagem de Consultas Públicas – Consultas Finalizadas

ANATEL Agência Nacional de Telecomunicações									
Menu Principal SACP >> Contribuições >> Consultas Finalizadas >> Listagem de CONSULTAS PÚBLICAS									
Ano de Início da Consulta : 2022									
Digite o Título ou o Número da Consulta para fazer uma pesquisa (Somente serão exibidas as Consultas Finalizadas):									
RELAÇÃO DE CONSULTAS FINALIZADAS									
Título	Descrição	Situação	Prazo de Contribuição	Exp. Motivos	Docs. Anexos	Contribuições Recebidas	Resposta da Anatel	Nº de Visitas	
CONSULTA PÚBLICA Nº 21	Proposta de alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão processo SEI 53500.025735/2022-95	Finalizada	De: 01/04/2022 às 14:00:00 Até: 10/04/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 22	Proposta de Alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão Processo SEI 53500027996/2022-40	Finalizada	De: 08/04/2022 às 14:00:00 Até: 17/04/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 19	Proposta de alteração nos Planos Básicos de radiodifusão processo nº 53500.019624/2022-40	Finalizada	De: 15/03/2022 às 14:00:00 Até: 24/03/2022 às 08:00:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 20	Proposta de Alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão processo SEI nº 53500.023230/2022-96	Finalizada	De: 25/03/2022 às 14:00:00 Até: 03/04/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 12	Proposta de Alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão processo SEI nº 53500.009939/2022-89	Finalizada	De: 11/02/2022 às 14:00:00 Até: 20/02/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 17	Proposta de Resolução Conjunta Anatel-ANEEL aprovando o Regulamento de Compartilhamento de Postes entre Distribuidoras de Energia Elétrica e Prestadoras de Serviços de Telecomunicações	Finalizada	De: 15/02/2022 às 14:00:00 Até: 18/04/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 16	Proposta de revisão da metodologia de cálculo do valor-base das sanções de multa relativa à execução sem outorga de serviço de telecomunicações ou uso não autorizado do espectro de radiofrequências.	Finalizada	De: 15/02/2022 às 14:00:00 Até: 31/03/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 14	Proposta de Alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão processo nº 53500.012355/2022-91	Finalizada	De: 18/02/2022 às 14:00:00 Até: 27/02/2022 às 08:00:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 18	Proposta de alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão processo nº53500.015271/2022-17	Finalizada	De: 25/02/2022 às 14:00:00 Até: 06/03/2022 às 23:59:00						
CONSULTA PÚBLICA Nº 1	Proposta de consulta pública referente a atualização dos requisitos								

Fonte: ANATEL

Marcos Augusto Perez destaca “a consulta pública tem se tornado mais frequente no Brasil, a partir dos permissivos gerais da legislação federal gradativamente incorporados às leis locais”. Além disso, o doutrinador ressalta que a consulta pública “tende a tornar-se, com o apoio dos meios tecnológicos de comunicação remota cada vez mais disponíveis aos administrados, um importante instituto de participação popular na Administração Pública: simples, transparente e eficiente” 929.

Portanto, o uso da tecnologia e da internet pela Administração Pública, como forma de promover e fomentar a participação popular, constitui recomendável e louvável prática de transparência administrativa (*government in the sunshine*).

929 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 178.

5.7.2.3. Orçamento participativo

O orçamento participativo é um procedimento administrativo que prevê a participação popular na proposta de elaboração orçamentária da Administração Pública. O instituto compreende a realização de diversas audiências públicas, geralmente regionalizadas, que têm o propósito de preparar, sob a coordenação da Administração, o projeto de lei orçamentária a ser enviado pelo Executivo ao Legislativo⁹³⁰.

A participação popular no orçamento de participativo não é vinculante, mas de consulta e meramente opinativa. Em regra, há a eleição de representantes para os diferentes conselhos deliberativos, de modo a organizar a participação dos cidadãos no âmbito dessas audiências públicas que visam a discutir a gestão orçamentária da Administração.

O orçamento participativo é fruto da criatividade dos operadores jurídicos brasileiros e tem se intensificado, principalmente, no âmbito das Administrações estaduais e municipais⁹³¹.

Desde 1989, o Município de Porto Alegre utiliza do instituto do orçamento participativo como procedimento de gestão orçamentária⁹³². Posteriormente, diversos estados e municípios inspiraram-se na experiência do Município de Porto Alegre e passaram a utilizar do orçamento participativo como forma de estabelecer a

930 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 107-108.

931 PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 178.

932 GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. *Orçamento Participativo – A experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997, p. 45.

participação popular na elaboração da proposta orçamentária, tais como Belo Horizonte⁹³³, Joinville⁹³⁴, Ribeirão Preto⁹³⁵, etc⁹³⁶.

A Constituição do Estado de Minas Gerais prevê o instituto do orçamento participativo ao dispor, no §5º do artigo 157, que, “para subsidiar a elaboração do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, do plano plurianual de ação governamental e da proposta orçamentária anual, a Assembleia Legislativa sistematizará e priorizará, em audiência pública regional, realizada a cada dois anos, as propostas resultantes de audiências públicas municipais realizadas pelos poderes públicos locais”.

De modo semelhante, o Estado de Santa Catarina prevê constitucionalmente que a participação popular na elaboração da proposta orçamentária, por intermédio de Comissão específica, que sistematizará e priorizará, em audiência pública regional, as propostas resultantes de audiências públicas municipais efetivadas pelos Poderes Públicos locais (artigos 47 e 120).

O STF, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.747, analisou normas relativas ao orçamento participativo do Estado de Santa Catarina. Na ocasião, o Plenário do STF entendeu constitucional a realização de audiências públicas

933 A Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte estabelece, em seu artigo 24: “O Poder Público garantirá a participação da sociedade civil na elaboração do plano diretor, do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual”. Eis obras sobre o orçamento participativo em Belo Horizonte: SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e Município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 209; SOUZA, Karla Oliveira Resende. *Participação Administrativa: análise ao Orçamento Participativo*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012, p. 64-72.

934 FIGUEIREDO, Rubens; LAMOURNIER, Bolívar. *As Cidades que Dão Certo*. Brasília: MH, 1996, p. 19.

935 PALOCCI FILHO, Antônio. *Dando a Volta por Cima*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 12.

936 Luciano Fedozzi aponta que, “desde os anos 1990, a expansão dos autodenominados OP [Orçamento Participativo] vem ocorrendo em praticamente todos os continentes. Não há dados empíricos sobre o número total de casos no mundo. A maior parte deles ocorre em cidades da América Latina e, em número menor, embora crescente, na Europa (entre 40 e 60 localidades, em especial, na Espanha, Portugal, França, Alemanha e Itália), na África (URB-AL, 2006; Allegretti; Herzberg, 2004; Sintomer; Herzberg; Rocke, 2008; Fernández y Fortes, 2008) e na Ásia. Alguns países, como Portugal e Espanha, constituíram inclusive redes e observatórios de casos de Orçamentos Participativos. Assim como na América Latina, são formas distintas de OP.” (FEDOZZI, Luciano. Orçamento Participativo de Porto Alegre: Gênese, avanços a limites de uma ideia que se globaliza *Cidades- Comunidades e Territórios - RCAAP*. Jun. 2009, n.0 18, pp. 41-57 – versão digital)

regionais pela Assembleia Legislativa para colher propostas de investimentos públicos prioritários a incluir no orçamento do Estado⁹³⁷.

A Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, estimula a adoção do orçamento participativo, como forma de garantir a transparência da gestão fiscal. O artigo 48 da referida lei estabelece que são instrumentos de transparência da gestão fiscal: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Ademais, o artigo 48 da Lei Complementar nº 101/2000 disciplina que deve ser dada ampla divulgação a esses instrumentos de transparência da gestão fiscal, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

Em 2006, o Município de Belo Horizonte instituiu o orçamento participativo digital, como forma de ampliar a participação da sociedade civil no processo de deliberação e monitoramento de parcela dos investimentos públicos destinados a obras, por meio uso de tecnologias de informação e comunicação e da internet⁹³⁸. Esta experiência do orçamento participativo digital também já foi implementada em outros municípios, como Porto Alegre⁹³⁹ e Joinville⁹⁴⁰.

Antes da criação do orçamento participativo digital, os processos de deliberação ocorriam de forma presencial. Desse modo, a instituição do orçamento participativo digital implicou na introdução do uso da internet uso e de tecnologias da

937 Eis a ementa do julgado do STF: “Separação e independência dos Poderes: promoção de audiências regionais pela Assembléia Legislativa para colher propostas de investimentos públicos prioritários a incluir no orçamento do Estado: participação de representantes do Executivo e do Judiciário que, despida de caráter compulsório, não ofende o princípio da separação dos poderes; do mesmo modo, não o afronta o encaminhamento do relatório final das propostas à Secretaria da Fazenda, nem a previsão de ser convocado o Secretário para prestar esclarecimento sobre as razões da sua não inclusão de proposta orçamentária de iniciativa do Executivo”. (BRASIL, STF, ADI 1747, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 22/05/2002, publicação: 28/06/2002).

938 Eis o *site* do orçamento participativo digital do Município de Belo Horizonte: <<http://opdigital.pbh.gov.br>>

939 Eis o *site* do orçamento participativo digital do Município de Porto Alegre: <<https://opdigital.prefeitura.poa.br/>>

940 Eis o *site* do orçamento participativo digital do Município de Joinville: <<http://sistemaspmj.joinville.sc.gov.br>>

informação e comunicação para ampliar o processo de participação popular na gestão pública.

A experiência do orçamento participativo digital demonstrou que a Administração Pública pode e deve, por meio do uso da tecnologia e da internet: (I) avançar e evoluir na busca de uma tomada de decisão estatal mais democrática (democracia deliberativa); (II) ampliar e fomentar a participação dos sujeitos interessados; e (III) garantir maior acesso da sociedade civil as informações de sua gestão.

5.7.3. Considerações acerca da influência e contribuição dos institutos participativos do Direito Administrativo nos procedimentos do microssistema de julgamento de casos repetitivos

A análise dos institutos de participação popular de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos utilizados pela Administração Pública (audiência pública, consulta pública e orçamento participativo) revela que a sua regulamentação e o modo de utilização podem influenciar e contribuir para o aprimoramento e melhoria dos institutos participativos previstos para a esfera jurisdicional, principalmente no âmbito dos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos.

A partir do estudo da audiência pública administrativa, conclui-se que a audiência pública, prevista no âmbito jurisdicional, deve ser pautada por normas que: (I) possibilitem a participação dos interessados e das pessoas com *expertise* na matéria; (II) garantam a ampla e prévia comunicação dos interessados acerca da convocação, da pauta (matéria objeto de discussão) e das regras da audiência pública; (III) possibilitem a ampla participação dos magistrados que compõem o órgão julgador; (IV) assegurem aos debatedores discussão com igualdade de armas; (V) possibilitem o direito dos magistrados que compõem o órgão julgador de interrogar os presentes, após as suas intervenções, com o propósito de esclarecer fatos de seu conhecimento; (VI) admitam que os participantes exibam documentos na audiência, que poderão ser juntados ao procedimento judicial, de modo a aperfeiçoar a fase de instrução do processo decisório; e (VII) assegurem uma decisão devidamente

fundamentada, que leve em consideração todas as informações, discussões, contribuições e provas expostas na audiência pública.

Acerca da análise da consulta pública e do orçamento participativo, constata-se que os institutos participativos previstos para a esfera jurisdicional, no âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, também devem utilizar de tecnologias da informação e comunicação e da internet para ampliar e fomentar a participação e a contribuição argumentativa dos interessados (“litigantes sobrestados”; “ausentes” ou *amicus curiae*).

5.8. A importância do uso da tecnologia e da internet para a ampliação da participação dos interessados

O uso de tecnologias da informação e comunicação e da internet tem importante papel na democratização do processo, diante da possibilidade de ampliação da participação dos litigantes interessados, bem como da comunicação dos provimentos jurisdicionais.

Os procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos) desafiam concepções tradicionais no processo civil brasileiro no tocante à participação e representatividade dos sujeitos envolvidos.

Nesses procedimentos de litigiosidade repetitiva, a fixação da tese jurídica vinculante ocorre a partir do julgamento de alguns processos e/ou recursos representativos da controvérsia, com a consequente aplicação da *ratio decidendi* aos litigantes individuais dos demais processos sobrestados (sobrestados) e aos litigantes potenciais de uma eventual demanda futura (ausentes).

Na busca pela representatividade adequada dos membros do grupo que não figuram como partes nos processos escolhidos como representativos da controvérsia, mostra-se necessário o uso de tecnologias da informação e comunicação e da internet para ampliar e fomentar a participação desses interessados, de modo a lhes assegurar o exercício do contraditório e a participação na formação da tese jurídica.

Inicialmente, destaca-se que a implementação do processo eletrônico, a partir do marco normativo estabelecido pela Lei nº 11.419/2006, possibilitou que todos os interessados no litígio tenham acesso aos autos, acompanhar a sua tramitação e

peticionar, sem a necessidade de deslocarem-se até a comarca do juízo onde tramita a ação.

A informatização do processo judicial foi estimulada em 2013, com a edição da Resolução nº 185 do CNJ, que instituiu o Sistema de Processo Eletrônico (PJe) e permitiu a implementação de diversas ferramentas de tecnologia da informação e comunicação no âmbito do Poder Judiciário⁹⁴¹.

As demandas de litigiosidade repetitiva envolvem múltiplos interesses, o que exige que seja não somente permitido e facilitado o acesso aos autos pelos litigantes interessados; mas, sim, que sejam publicizadas e difundidas as informações acerca da sua tramitação e estimulada a participação colaborativa dos sujeitos que têm interesse direto na fixação da tese jurídica⁹⁴².

Assegurar a ampla publicidade da tramitação dos processos representativos da controvérsia e permitir o integral acesso dos interessados no litígio implica em garantir transparência e um maior controle dos litigantes interessados e envolvidos na controvérsia.

Abordando os conflitos coletivos, o jurista argentino Francisco Verbic aponta que as suas complexas arestas sociais, políticas e econômicas “exigem um mecanismo de discussão rodeado por mais transparência, publicidade e por certas garantias que permitam solucionar o conflito sem violar o devido processo legal em relação às pessoas envolvidas”⁹⁴³.

941 DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022, p. 40.

942 Abordando a importância do uso da internet e dos meios eletrônicos como forma de divulgar informação e estimular a participação nos processos estruturais: MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodvim, 2021, p. 99-105; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015, p. 138-140; FERRARO, Marcella Pereira. *Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). *Processos estruturais*. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 541-562.

943 No original: “Las complejas aristas sociales, políticas y económicas que presentan los procesos colectivos [...] exigen un mecanismo de discusión rodeado de mayor transparencia, publicidad y ciertos reaseguros que permitan solucionar el conflicto sin vulnerar la garantía de debido proceso legal de las personas involucradas” (VERBIC, F. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anais - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*. U.N.L.P., v. 43, p. 267-286, 2013, esp. 282).

Em relação às ferramentas de tecnologia da informação e comunicação, o Código de Processo Civil: (I) prevê o uso da internet para a divulgação de informações processuais (artigos 12, §1º; 197, caput; e 755, §3º); (II) disciplina o uso da internet para a comunicação de atos processuais com o propósito de ampliar a participação (artigos 156, §2º; 257, II; 741, caput; 745, caput, 746, §2º; 886, IV; e 887, §2º); (III) admite a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico (art. 236, §3º); e (IV) prevê que, no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, deve ocorrer a divulgação de informações e de decisões/tese jurídicas por meio do uso da internet (art. 927, §5º).

Além disso, recentemente, em razão das restrições decorrentes da pandemia do Covid-19, foi por meio da ampliação do uso da tecnologia e da internet que foi possível assegurar – e, até mesmo, aumentar – a produtividade na prestação do serviço do Poder Judiciário, bem como garantir o amplo acesso à justiça e a comunicação entre partes, magistrados e servidores.

As tecnologias da informação e comunicação estão proporcionando ferramentas para o aumento da eficiência e eficácia dos serviços públicos, por meio de novos padrões de relacionamento entre o Estado e os interessados.

Por exemplo, a participação no âmbito das audiências públicas judiciais não deve ficar restrita à modalidade presencial, de modo que é necessário e adequado que seja permitida e possibilitada aos interessados a sua intervenção por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico, conforme autoriza o artigo 236, §3º, do CPC.

No âmbito do STF, a prática da designação de audiência pública virtual, a ser realizada por meio de videoconferência, foi inaugurada na audiência pública nº 30, que versou sobre o funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e políticas públicas em matéria ambiental, ocorrida nos dias 21 e 22 de setembro de 2020, por determinação do Ministro Roberto Barroso (relator)⁹⁴⁴. Na

944 Outras audiências públicas virtuais já foram designadas no âmbito do STF: (I) audiência pública nº 31 (funcionamento do FUNDO AMAZÔNIA e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental), realizada nos dias 23.10.2020 e 26.10.2020; (II) audiência pública nº 32 (redução da letalidade policial), realizada nos dias 16.04.2021 e 19.04.2021; (III) audiência pública nº 33 (monitoramento prisional), realizada nos dias 14.06.2021 e 19.05.2022; (IV) audiência pública nº 34 (Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida – PNEE), realizada no dia 24.08.2021; e (V) audiência pública nº 35 (Juiz das garantias), realizada nos dias 25.10.2021 e 26.10.2021. Informações disponíveis em <<https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#:~:text=A%20Audi>

ocasião, foi oportunizado aos interessados inscritos o direito de fazerem a sua exposição oral, inclusive utilizando de recursos audiovisuais.

No âmbito do STJ, ainda não foram designadas audiências públicas virtuais. O STJ tem disponibilizado, no seu canal no *YouTube*, as gravações das sessões das audiências públicas realizadas, como forma de promover maior publicidade ao procedimento⁹⁴⁵ ⁹⁴⁶. Contudo, até o primeiro semestre de 2022, nas audiências públicas realizadas no STJ, a participação dos interessados ocorreu de forma presencial, de modo que deve ser ampliado o uso da ferramenta para também permitir as manifestações virtuais.

Nesse sentido, constata-se que, no âmbito do Poder Judiciário, as ferramentas de tecnologia da informação e comunicação e o uso da internet não se prestam apenas ao armazenamento de dados, troca de informações e/ou expedição de comunicações. É necessário e adequado pensar na utilização de ferramentas da inteligência artificial para ampliar a participação dos litigantes e garantir maior contraditório e ampla defesa aos jurisdicionados⁹⁴⁷.

Felipe Barreto Marçal, em obra acerca dos processos estruturais, aponta que, na esfera do Poder Judiciário, o real potencial do uso da internet e dos meios eletrônicos “também reside no recebimento de informações e da ampliação nos

[%C3%AAncia%20P%C3%BAblica%20ser%C3%A1%20realizada%20no%20Supremo%20Tribunal%20Federal%2C%20por,prevista%20no%20anexo%20deste%20despacho.%22>](https://www.youtube.com/c/stjnoticias)

945 Eis o canal do STJ no *YouTube*: <<https://www.youtube.com/c/stjnoticias>>

946 O STF também adota a prática de divulgar as gravações das audiências públicas em seu canal no *YouTube*: <https://www.youtube.com/c/STF_oficial>.

947 Felipe Barreto Marçal aponta que “a utilização da internet e da tecnologia pelos Governos ao redor do mundo tem crescido tanto, que já há algum tempo se fala em “E-government” (“Governo Eletrônico”), sendo, inclusive, objeto de estudos anuais e de incentivos pela ONU, a fim de deixar as instituições mais inclusivas, eficazes, controláveis e transparentes. Além disso, também existe um “desdobramento” chamado “E-participation”, que foca no uso de serviços *online* para facilitar o fluxo de informações dos governos para os cidadãos (“e-information sharing”), a interação com acionistas (“e-consultation”) e o engajamento nos processos decisórios (“e-decision making”). Em alguns países, esse tipo de participação já se encontra bastante desenvolvido, havendo diversos trabalhos e sugestões de uso da tecnologia para ampliação da democracia participativa (“e-democracy”): a Islândia, em seu processo de elaboração de uma nova Constituição, disponibilizou um site e uma página no Facebook para o recebimento de sugestões de qualquer pessoa ao redor do mundo; a Finlândia criou uma obrigação de que o Parlamento vote qualquer projeto de lei elaborado pelos cidadãos que conte com mais de cinquenta mil votos de apoio na plataforma “Open Ministry” (“Ministério Aberto”); a Letônia possui uma iniciativa (“Mana Balss”, que significa “Minha Voz”), por meio da qual os políticos se comprometeram a debater qualquer petição elaborada pelos cidadãos que receba mais de dez mil votos de apoio de outros usuários, de modo que eles podem determinar a agenda política de seus representantes.” (MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 101-102)

processos decisórios, a fim de se valer desse artifício para o aumento e para o estímulo do contraditório ampliado, como mecanismo de participação democrática”⁹⁴⁸.

É necessário que o Poder Judiciário desenvolva ferramentas de tecnologia da informação e comunicação que permitam filtrar e agrupar manifestações e/ou argumentos dos interessados (“litigantes sobrestados”; “ausentes” e *amicus curiae*), no âmbito do procedimento de julgamento de casos repetitivos, de modo a ampliar o efetivo contraditório e lhes assegurar maior representatividade e participação.

Os cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça devem ser utilizados para promover a ampla publicização dos temas submetidos ao regime do IRDR e do rito dos recursos repetitivos, bem como dos argumentos favoráveis e contrários a determinada tese expostos nos processos representativos da controvérsia. Tal procedimento irá incentivar e facilitar a participação dos interessados (“litigantes sobrestados”; “ausentes” ou *amicus curiae*), na medida em que evidencia se há interesse jurídico (utilidade e necessidade) na sua intervenção, com a exposição de alguma contribuição argumentativa complementar⁹⁴⁹.

No âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos, a ampla publicidade e divulgação da matéria submetida a julgamento propicia deve ocorrer, inclusive, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. O artigo 979 Código de Processo Civil impõe aos tribunais o dever de: (I) manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas aos procedimentos; (II) de comunicar imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça acerca da admissão do IRDR ou afetação do rito dos recursos repetitivos, para inclusão no cadastro eletrônico; e (III) conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão de admissão ou afetação dos procedimentos e os dispositivos normativos a ela relacionados, de modo a possibilitar a identificação dos processos que devem ser abrangidos ou suspensos.

948 MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 100-101.

949 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 575 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Verificada a relevância da matéria, a repercussão social da controvérsia ou a especificidade do tema objeto da demanda, o juiz poderá promover a ampla divulgação do processo, inclusive por meio dos cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para incentivar a participação de mais sujeitos na qualidade de *amicus curiae*.”

Em vista disso, mostra-se relevante e conveniente que seja disponibilizada no *site* do tribunal uma lista (banco de dados) relacionando, de forma sintetizada, todos os argumentos favoráveis e contrários a fixação de determinada tese, apresentados no âmbito do processo representativo da controvérsia pelos sujeitos condutores (líderes) ou por eventuais intervenientes. Tal medida facilita a atuação dos interessados, no intuito de verificar o seu interesse e a utilidade da sua intervenção, no viés da contribuição argumentativa.

O uso de tecnologias da informação e comunicação e da internet promove ampliação da participação dos interessados nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, cabendo ao Poder Judiciário investir no desenvolvimento de ferramentas e recursos que aperfeiçoem a publicidade e a modalidade de intervenção dos sujeitos que podem contribuir para a formação da tese jurídica.

A utilização da tecnologia e da internet pelo Estado como forma de fomentar e ampliar a participação e a representatividade dos litigantes está em consonância com a garantia da eficiência no âmbito administrativo e jurisdicional (artigo 37 da CRFB/1988 e artigo 8º do CPC).

5.9. O papel da audiência pública

A audiência pública visa a aproximar a sociedade civil do Poder Público, impondo a ambos um diálogo público, procedimental e regulado. Trata-se de um modelo institucional de esfera pública.

A finalidade da audiência pública é possibilitar a influência da participação popular na construção da decisão estatal, por meio de um procedimento deliberativo. Busca-se com a audiência pública tornar o processo decisório estatal mais legítimo.

Por meio da audiência pública é criado um espaço institucional que permite que as pessoas interessadas e que irão sofrer os efeitos da decisão estatal tenham o direito de participar e contribuir com suas opiniões, considerações e argumentos, de modo a ampliar o debate e possibilitar que o Poder Público tome a decisão munido do maior número de informações.

Além de permitir a participação direta das pessoas interessadas e que serão afetadas pela decisão pública, a audiência pública também pode ser usada com o

propósito de ouvir especialistas, que forneceram informações técnicas e qualificadas, em casos de decisões complexas e de alto grau técnico. Desse modo, a audiência pública assegura o Poder Público uma legitimação técnica para tomar a sua decisão de forma mais segura⁹⁵⁰.

A audiência pública está inserida em uma tendência contemporânea democrática, que busca valorizar o diálogo entre a sociedade civil e o Poder Público, com o propósito de possibilitar a participação direta dos interessados, qualificar o debate e tornar a decisão estatal mais legítima⁹⁵¹.

Na visão contemporânea, a democracia não se resume à prerrogativa da maioria tomar decisões políticas. É necessário que o Estado regulamente algumas arenas institucionais de debate, que permitam o exercício de uma democracia deliberativa, com o amplo debate acerca das questões controvertidas entre a sociedade civil e o Poder Público, de modo tornar a decisão estatal mais qualificada e legítima⁹⁵².

As instituições públicas tornam-se mais democráticas por meio da qualificação de seus métodos deliberativos, na medida em que ampliam as condições de debate, discussão e persuasão entre a sociedade civil e o Estado⁹⁵³. A deliberação pública

950 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2012, p. 55.

951 Cláudio Pereira Souza Neto ensina que “a legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir. É nesse debate que as diversas posições, defendidas pelas mais variadas doutrinas filosóficas, morais e religiosas, se confrontam, e, na sua busca por uma adesão que vá além de seu círculo de adeptos, procuram se sustentar em argumentos centrados no campo do que é amplamente compartilhado. O debate público possui, por isso, um potencial legitimador e racionalizador” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86-87).

952 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2012, p. 56.

953 Augustín Gordillo aponta que a realização de audiências públicas é um ato de sabedoria política: “a) é garantia objetiva de razoabilidade para o administrado, na medida em que se percebe que o Estado atua com respaldo fático, proporcionalidade etc.; b) é um mecanismo ideal para construir um consenso da opinião pública sobre a legalidade e conveniência da ação estatal, para testar a possível reação pública antes de se comprometer formalmente com um curso de ação; c) é uma garantia objetiva de transparência dos procedimentos estatais em relação às permissionárias e concessionárias, de modo que o público perceba essa relação como transparente e clara. Essa transparência, não se deve esquecer, também é exigida pela Convenção Interamericana contra a Corrupção. E como disse Brandeis, a luz do sol é o melhor desinfetante e o melhor policial. d) é um elemento de democratização do poder, segundo o já clássico princípio de que a democracia não é apenas uma forma de nomear o poder, mas também uma forma de exercício do poder, como

consiste em um processo dialógico de intercâmbio de razões e argumentos com o objetivo de fomentar o debate e obter a melhor solução para situações problemáticas⁹⁵⁴.

A audiência pública é um importante canal de comunicação entre os agentes públicos (que tomarão a decisão) e os agentes sociais (pessoas interessadas que serão afetados pela decisão estatal e/ou especialistas que podem contribuir com razões e informações técnicas e qualificadas acerca do tema).

Portanto, a audiência pública é um mecanismo vinculado às práticas democráticas, que possibilita a tomada de decisão com maior legitimidade e transparência, diante da abertura de espaço para que todos aqueles que sofrerão efeitos da decisão tenham oportunidade de se manifestar, diretamente ou por meio de entidades representativas, além de permitir a oitiva de especialistas⁹⁵⁵.

No Brasil, inicialmente, as audiências públicas foram previstas no âmbito de processos administrativos⁹⁵⁶ e legislativos⁹⁵⁷. No âmbito judicial, a audiência pública

explica Rivero. e) é também uma forma de participação cidadã no poder público, exigida pelos princípios políticos, constitucionais e supranacionais.” (tradução livre). No original: “(...) a) es una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado en cuanto percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.; b) es un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible *antes* de comprometerse formalmente a un curso de acción; c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y limpia. Esa transparencia, conviene no olvidarlo, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Y como tiene dicho Brandeis, la luz del sol es el mejor desinfectante y el mejor policía. d) Es un elemento de democratización del poder, conforme al ya clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder, como lo explica Rivero. e) Es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supranacionales.” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Tomo 2, p. 6-7).

954 BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Cambridge. MIT Press, 1996, p. 2

955 CÂMARA. Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 196.

956 Por exemplo: Lei nº 8.666/1993; Lei nº 9.472/1996; Lei nº 9.478/1997; Lei nº 9.784/1999; Lei Complementar nº 101/2000; Lei nº 10.257/2001; e Lei nº 10.233/2001. Acerca da designação de audiência pública no âmbito administrativo: MELO, Cristina Andrade. *Audiência Pública na Função Administrativa*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

957 O artigo 58, §2º, inciso II, da Constituição da República de 1988 prevê: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;”

foi regulada originalmente na Lei nº 9.868/1999⁹⁵⁸⁹⁵⁹ e na Lei nº 9.882/1999⁹⁶⁰, que versam sobre o controle de constitucionalidade pelo STF. Estas leis federais previram a possibilidade do relator designar audiência pública na hipótese de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

Embora as Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999 tenham inserido o STF em um modelo de democracia deliberativa, constata-se que a previsão de designação de audiência pública judicial é vaga e discricionária. Tanto é assim que o STF demorou 9 (nove) anos para designar a primeira audiência pública, que ocorreu apenas em 20 de abril de 2007, no âmbito da ADI 3.510⁹⁶¹, que discutia a constitucionalidade da Lei federal nº 11.105/05 (denominada “Lei de Biossegurança”), que regula as pesquisas científicas em células-tronco.

Em 2009, com a Emenda Regimental nº 29, houve inclusão no Regimento Interno do STF da previsão de realização de audiência pública, a ser convocada pelo Presidente ou pelo relator, “para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”⁹⁶².

958 “Art. 9º (...) § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator”.

959 “Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

960 “Art. 6º (...) § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

961 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Órgão julgador: Pleno. Data do julgamento: 29.05.2010. Data da publicação: DJe 28.05.2010, p. 134.

962 Redação do artigo 7º, inciso XVII, e do artigo 20, inciso XVII, do Regimento Interno do STF.

Em relação ao procedimento de designação e condução da audiência pública, o Regimento Interno STF, no parágrafo único do seu artigo 154, estabeleceu que: (I) o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; (II) havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; (III) caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; (IV) o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; (V) a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; (VI) os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; e (VII) os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência.

Em razão da importância e da complexidade dos temas e da publicidade dos debates, as audiências públicas tornaram-se uma promessa de democratização do processo constitucional, diante da expectativa de ampliação do debate, de maior representatividade dos interessados, de abertura do STF para a oitiva de argumentos técnicos e não jurídicos relevantes⁹⁶³. Ou seja, o procedimento de audiência pública contribuiria para uma melhor qualidade das decisões judiciais, por meio de uma maior aproximação e interação entre a sociedade civil e o STF⁹⁶⁴.

Alguns trabalhos que analisaram parte das audiências públicas já realizadas pelo STF⁹⁶⁵ apontam algumas críticas e limitações ao seu procedimento e resultado⁹⁶⁶.

963 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 224.

964 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*. Vol. 31, n. 1, FGV: São Paulo, jan.-abril/2017, p. 238-240.

965 Até o final de 2021, no âmbito do STF, já foram designadas 36 (trinta e seis) audiências públicas. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada&pagina=1>>

966 Edilson Vitorelli aponta que “as audiências públicas se popularizaram no Brasil a partir da década de 1990, consolidando-se como um verdadeiro símbolo da democratização do processo, tanto judicial quanto administrativo⁹⁶. Entretanto, o fascínio despertado pela ideia de se convocar a população para opinar sobre os rumos da atividade pública não demorou a mostrar sinais de desgaste. As pesquisas empíricas apresentam indícios de que as audiências públicas, ainda que

Ronaldo Pinheiro de Queiroz, em sua tese de doutorado, defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, após analisar as 6 (seis) primeiras audiências públicas realizadas no STF, constatou que: (I) houve a realização de poucas audiências públicas, diante do elevado grau de subjetividade e discricionariedade na sua convocação ou não⁹⁶⁷; (II) apesar da regulamentação prevista no Regimento Interno do STF, ainda há algumas lacunas importantes, em especial quanto à fase de convocação e habilitação dos participantes; (III) são necessários reparos na fase de convocação, diante da ausência de previsão de publicação de edital convocando a sociedade civil e de prazo mínimo entre a fase de inscrições e a data da realização da audiência pública; (IV) são necessários reparos na fase de habilitação, de modo que, no juízo de admissibilidade dos interessados, deveria ser levando em consideração os critérios da representatividade adequada, da paridade entre o grupo defensor e o grupo opositor relativamente à matéria objeto da audiência e da pluralidade; (V) há baixo quórum de ministros presentes nas audiências públicas; e (V) há necessidade de pautar o julgamento em tempo razoável⁹⁶⁸.

Thiago Luís Santos Sombra, em trabalho publicado na Revista GV, após análise das 18 (dezoito) primeiras audiências públicas realizadas pelo STF, apontou, entre outras conclusões, que: (I) a média de ministros não relatores que compareceram e frequentaram as audiências públicas é menor do que dois ministros por sessão; e (II) não foi possível estabelecer um padrão claro e uniforme acerca do critério utilizado pelos ministros para selecionar os participantes das audiências públicas⁹⁶⁹. Além disso, Thiago Luís Santos Sombra, após realização de estudo de casos relativo às audiências públicas sobre a proibição das queimadas em

sejam importantes, são insuficientes para servir habilmente à verificação das opiniões de uma sociedade plural de interessados”. (VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 498)

967 O autor apontou que, no período de 2007 a 29/02/2012, foram realizadas 1 audiência pública para cada 124,8 processos constitucionais distribuídos.

968 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2012, p. 185-199

969 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*. Vol. 31, n. 1, FGV: São Paulo, jan.-abril/2017, p. 242-248.

canaviais⁹⁷⁰ e a proibição do amianto⁹⁷¹, constatou que há pouca influência dos argumentos e informações apresentadas nas exposições ocorridas nas audiências públicas nos votos dos ministros do STF. O autor apontou que, com a ressalva do voto do ministro relator, os demais ministros, quando muito, “fizeram menções pontuais, sem o respectivo contraponto e contexto dos dados fornecidos pelos demais especialistas e representantes de entidades”. Além disso, o autor destacou que, apesar de algumas menções curtas à realização de audiência pública, o voto dos demais ministros “não utilizam as intervenções como fonte decisiva para as respectivas conclusões”⁹⁷².

Constata-se, portanto, que, apesar da visão idealizada da audiência pública como instrumento de democracia deliberativa, na busca por uma ampliação do debate e qualificação e legitimação da decisão judicial, é necessário que o STF adéque o procedimento e melhor aproveite o resultado das audiências públicas.

É essencial e de extrema importância que os argumentos e as informações técnicas apresentadas pelos interessados que participaram das audiências públicas sejam consideradas pelos ministros nos seus votos. A audiência não pode ser um mero instrumento de legitimação formal da decisão judicial. É necessário que ocorra, de fato, uma deliberação do órgão julgador a partir das informações expostas pela sociedade civil na audiência pública, de modo a assegurar a efetiva ampliação da participação social.

No Regimento Interno do STF, a audiência pública é colocada como meio para a oitiva e participação de especialistas, para apresentar informações e esclarecimentos acerca de questões ou circunstâncias fáticas em casos de grande *repercussão e relevância social*. Contudo, caso as informações e razões expostas na audiência pública não sejam consideradas e utilizadas pelo órgão julgador para embasar os seus votos, não haverá efetiva participação da sociedade civil.

No âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, o Código de Processo Civil passou a prever a possibilidade de

970 ADI nº 3.937, Relator Ministro Marco Aurélio, audiência realizada em 24 a 31 de agosto de 2012.

971 RE nº 586.224/SP, Relator Ministro Luiz Fux, audiência realizada em 22 de abril de 2013.

972 SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*. Vol. 31, n. 1, FGV: São Paulo, jan.-abril/2017, p. 250.

designação de audiência pública para a instrução do IRDR (artigo 983, §1º) e dos recursos repetitivos (artigo 1.038, inciso II), com o intuito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

A partir da Emenda Regimental nº 22/2016, o Regimento Interno do STJ também passou a prever a possibilidade de designação de audiência pública, a ser convocada pelo Presidente ou pelo relator, para ouvir pessoas ou entidades com *experiência e conhecimento* em matéria de interesse para a fixação ou alteração de tese repetitiva ou de enunciado de súmula (artigo 185, inciso I)⁹⁷³.

Note-se que, diferentemente do Regimento Interno do STF, que delimita o cabimento da audiência pública para as circunstâncias *fáticas* em casos de grande *repercussão e relevância social*, o Regimento Interno do STJ é mais amplo, o que sugere a interpretação de que é permitida a oitiva de pessoas ou entidades que tenham experiência e conhecimento acerca de matérias fáticas, técnicas e jurídicas objeto do tema afetado sob o rito dos recursos repetitivos.

Diante do cabimento da audiência pública no âmbito do IRDR, também se mostra recomendável e adequado que os regimentos internos dos tribunais de

973 Até o final de 2021, no âmbito do STJ, já foram realizadas 9 (nove) audiências públicas. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/audiencias-publicas>>

segunda instância disciplinem a convocação e o processamento das audiências públicas, conforme ocorreu, a título de exemplo, no TJBA^{974 975}.

Note-se, ainda, que o Código de Processo Civil ainda dispõe que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (artigo 927, §2º).

A audiência pública constitui importante ferramenta com o potencial de agregar informações de especialistas e de terceiros que serão afetados pela tese jurídica, como forma de mitigar o *déficit* de contraditório decorrente da impossibilidade de participação direta de todos os interessados e ampliar o debate.

974 Vide, por exemplo, o art. 78-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia: “O Relator poderá designar, de ofício ou a requerimento, audiência pública para colher informações de terceiros potencialmente atingidos pela decisão ou de especialistas na tese jurídica discutida ou no fato probando. § 1º – A audiência pública será convocada por edital, publicado na página do Tribunal na rede mundial de computadores, no Diário da Justiça eletrônico e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, tendo, ainda, ampla divulgação em veículos de comunicação apropriados às características do público destinatário. § 2º – O edital de convocação deverá conter o assunto da audiência, a indicação da questão específica objeto de discussão, a descrição do público destinatário do ato, a data, o local e o horário da sua realização e os critérios de inscrição e manifestação. § 3º – A convocação deverá ocorrer com antecedência mínima de trinta dias, salvo em situações de urgência. § 4º – Será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida. § 5º – O Ministério Público será intimado para participar da audiência. § 6º – A audiência pública será presidida pelo Relator, a quem cabe selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve restringir-se à questão discutida, sob pena de lhe ser cassada a palavra. § 7º – Todos os membros do Órgão colegiado competente para o julgamento da causa podem participar da audiência e formular perguntas aos participantes, devendo a Secretaria respectiva dar-lhes ciência dos termos do edital de convocação por ofício específico encaminhado ao gabinete com a mesma antecedência da publicação do edital. § 8º – A audiência ocorrerá em horários apropriados à participação do público destinatário do ato, podendo ser realizada fora do horário normal de expediente forense. §9º – O Relator poderá determinar a realização da audiência fora do prédio do Tribunal, em local de fácil acesso ao público destinatário, inclusive fora da sede do juízo, sempre que julgar necessário à garantia do amplo comparecimento. § 10 - A audiência pública será registrada em ata e mediante gravação de áudio e vídeo, bem como transmitida por meio da rede mundial de computadores e redes de televisão estatais, sempre que possível. § 11 - As questões levantadas durante a audiência pública, desde que relevantes para o julgamento da causa, deverão ser examinadas pelo Órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. § 12 – A audiência pública poderá ser designada nos procedimentos de uniformização de jurisprudência, previstos nos arts. 216 a 230 deste Regimento, e poderá realizar-se em outros casos em que o Relator a reputar necessária”.

975 No Regimento Interno do TJMG, há apenas a previsão do cabimento da designação da audiência pública, no âmbito do IRDR, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (artigo 368-G, §1º).

Entende-se ser essencial que os magistrados que compõem o órgão julgador participem das audiências públicas e considere, em seus votos, as informações e os argumentos expostos pelos interessados e pelos especialistas, de modo a assegurar a efetiva participação da sociedade civil.

Além disso, entende-se que é necessário que o relator: (I) dê ampla publicidade à convocação da audiência pública, por meio da publicação de edital e expedição e ofícios às pessoas e entidades que tem experiência e conhecimento acerca da matéria; (II) convoque a audiência pública estabelecendo prazo mínimo razoável entre a fase de inscrições e a data da realização da audiência pública⁹⁷⁶; (III) garanta a ampla e prévia comunicação dos interessados acerca da convocação, da pauta (matéria objeto de discussão) e das regras da audiência pública; (IV) defina, de forma clara e prévia, os critérios para habilitação dos participantes das audiências públicas, observando a capacidade de contribuição argumentativa das pessoas e entidades interessadas; (V) assegure a participação de pessoas ou de entidades que defendam diferentes opiniões relativas à matéria objeto da audiência pública⁹⁷⁷; e (VI) admita que os participantes exibam documentos na audiência, que poderão ser juntados ao procedimento judicial, de modo a aperfeiçoar a fase de instrução do processo decisório.

5.10. O papel do *amicus curie*

A partir da visão do modelo constitucional do devido processo legal, na formação do precedente judicial, deve ser oportunizada a participação dos interessados, que têm a capacidade de contribuir e colaborar para a ampliação do debate, com o esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica.

976 O Regimento Interno do STJ estabelece que o prazo mínimo de 30 dias entre a divulgação das orientações gerais sobre o procedimento e data da realização da audiência pública.

977 Em sentido semelhante, parte da doutrina editou o Enunciado nº 659 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O relator do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência tem o dever de zelar pelo equilíbrio do contraditório, por exemplo solicitando a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista”.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a partir da edição da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, passou-se a permitir que o relator admita a manifestação de outros órgãos ou entidades, em razão da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (artigo 7º, §2º)⁹⁷⁸.

Além disso, na Lei nº 9.882/1999, que regulamenta o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, previu-se que o relator poderá: (I) antes da apreciação do pedido liminar, “ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias” (artigo 5º, §2º); e (II) após a apreciação do pedido liminar, solicitar “informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias” (artigo 6º).

Consagrou-se, portanto, a intervenção da figura dos *amici curiae* ou “amigos da corte”, que são pessoas, órgãos ou entidades que visam a auxiliar o juízo. A função principal do *amicus curiae* é apresentar ao tribunal parecer com informações técnicas e/ou jurídicas relevantes sobre a matéria de direito objeto da lide, bem como acerca dos reflexos que o julgamento da demanda pode acarretar na sociedade.

A intervenção do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da transcendência dos efeitos do julgamento dessas ações⁹⁷⁹. A participação do *amicus curiae* visa a possibilitar que o tribunal tenha pleno conhecimento das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto das ações de controle concentrado de constitucionalidade, de modo a proporcionar o exaurimento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica.⁹⁸⁰

978 Outras leis esparsas previam a figura do *amicus curiae*, principalmente na atuação de agências reguladoras e órgãos públicos, como a Comissão de Valores Imobiliários – CVM (Lei nº 6.385/1976, artigo 31); o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei nº 8.884/1994, artigo 89); o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI (Lei nº 9.276/1996, artigos 57, 118 e 175).

979 CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004, p. 13.

980 Dierle Nunes destaca que "somente não podemos vislumbrar o *amicus* como uma figura, por essência, imparcial e neutra, uma vez que sua intervenção pode se dar com um cunho estratégico, especialmente pela percepção que parcela dos litigantes habituais (*repeat players*) vêm usando da litigância estratégica, de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses. Isto torna os *amici* uma figura essencial que merece ter seus argumentos analisados, mas que pode, atendendo o requisito da representatividade adequada

O *amicus curiae* é sujeito processual, na medida em que, de alguma forma, atua no processo e tem legitimidade para a prática de atos relacionados a própria razão de ser da sua intervenção na lide⁹⁸¹. Contudo, a sua intervenção nos autos não lhe torna parte do processo^{982 983}.

A intervenção do *amicus curiae* no processo decorre de um interesse institucional, que pode ser considerado público, na medida em que transcende o interesse individual de cada litigante e o próprio interesse eventualmente titularizado pelo *amicus curiae*.

Cassio Scarpinella Bueno ensina que o interesse institucional do *amicus curiae* “é público no sentido de que deve valer em juízo pelo que ele diz respeito às instituições, aos interesses corporificados no *amicus*, externos a eles e não pelos interesses que ele próprio *amicus* pode, eventualmente, possui e os possuirá”⁹⁸⁴.

A participação do *amicus curiae* na demanda não decorre do paradigma da relação jurídica⁹⁸⁵. O *amicus curiae* não tem vínculo com a relação jurídica subjetiva objeto da lide. Portanto, a intervenção do *amicus curiae* não se legitima com base no

(interesse institucional), estar defendendo o interesse de alguma das partes.” (NUNES, Dierle. Do Julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. In: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. (Org.). *Breves comentários ao Novo código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 2321-2342).

981 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344 e 395

982 Neste sentido: BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016, p. 270; RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: RT, 2017, p. 114; EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo Código de Processo Civil: interesses e poderes*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, [et. al] (Org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-257, esp. 251.

983 Em sentido contrário, reconhecendo que o *amicus curiae* assume a posição de parte, com algumas restrições processuais: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual*. Vol. I. 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 531; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.

984 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 461.

985 Marcelo Barbi Gonçalves assevera que “o paradigma da relação jurídica não se coaduna com hipóteses de intervenção cujos pressupostos são mais simples, pois prescindem da titularidade de uma relação jurídico-material conexa com a relação discutida. Com efeito, a intervenção do *amicus curiae* (art. 138, CPC) prescinde da titularidade de uma relação jurídica conexa ou dependente com a relação deduzida no feito. Por essa razão, costuma-se afirmar que o interesse do *amicus curiae*, à diferença do interesse jurídico do assistente, não se manifesta subjetivado, tratando-se de um interesse institucional”. (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 401)

interesse jurídico clássico, de modo que não é necessário demonstrar qualquer entrelaçamento, subordinação ou conexidade entre relações jurídicas⁹⁸⁶.

Contudo, importante ressaltar que o *amicus curiae* não é um sujeito desinteressado⁹⁸⁷. Apesar do *amicus curiae* não ser titular do direito material objeto da lide e, conseqüentemente, não ter a sua esfera jurídica diretamente afetada pelo provimento jurisdicional, a sua intervenção é teleologicamente orientada. O *amicus curiae* intervém com o propósito de contribuir com subsídios técnicos e/ou jurídicos, que podem direcionar ou favorecer a adoção de determinada tese jurídica⁹⁸⁸.

Edilson Vitorelli e Gustavo Osna conceituam o *amicus curiae* como “um terceiro (teoricamente) *descompromissado* com qualquer das partes do processo e desprovido de *interesse jurídico* em seu deslinde”. Os doutrinadores asseveram que o traço diferenciador do *amicus curiae*, “que justificaria sua participação no processo, seria a existência de um interesse institucional no debate – e sua capacidade para, em tese, qualificar o contraditório a ser ali exercido e beneficiar a própria decisão judicial”⁹⁸⁹.

Portanto, o fato do interesse do *amicus curiae* ser institucional e desvinculado da relação material subjetiva não implica na inexistência de eventual interesse (moral, econômico, social, político, etc.) no resultado final do provimento jurisdicional, na medida em que as suas contribuições técnicas e/ou jurídicas podem coincidir com os interesses e a defesa de um determinado grupo de litigantes⁹⁹⁰.

No direito norte-americano, a figura do *amicus curiae* surgiu com a ideia de ser um terceiro imparcial, com a função de auxiliar o juízo⁹⁹¹. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro não se exige que o *amicus curiae* seja um sujeito imparcial⁹⁹² e

986 TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 239.

987 Neste sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 505; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: 2018, p. 185.

988 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 401-402.

989 VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 351.

990 EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo Código de Processo Civil: interesses e poderes*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, [et. al] (Org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-257, esp. 250.

991 LOWMAN, Michael K. *The Litigation Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave*. *American University Law Review*. Vol. 41, n. 4, 1992, p. 1.244.

992 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de*

isento de qualquer relação com os interesses em conflito⁹⁹³. O *amicus curiae* não é figura neutra no litígio⁹⁹⁴, podendo inclusive ser sujeito parcial que busca ver o interesse que sustenta ser tutelado⁹⁹⁵.

A intervenção do *amicus curiae* tem o condão de ampliar a cognição do juízo (sem o poder de ampliar ou alterar o objeto litigioso do processo), com a apresentação de argumentos técnicos e/ou jurídicos. Ressalta-se, contudo, que o conhecimento técnico exposto pelo *amicus curiae* não se confunde com eventual trabalho pericial, próprio da fase probatória da lide. Trata-se de contribuição de *expertise* institucional e intelectual, que decorre da posição que o *amicus curiae* tem na sociedade.

Portanto, a função do *amicus curiae* é contribuir e estimular para o desenvolvimento do debate da matéria de direito controvertida, bem como promover a participação de vários setores da sociedade em diversas frentes (inclusive não jurídica) no processo⁹⁹⁶.

Cassio Scarpinella Bueno aponta que a intervenção do *amicus curiae* “deve acrescentar algo de novo para o processo”; ou seja, “acrescentar algum elemento, alguma informação, algum dado, alguma coisa, enfim, para que o juiz tenha melhores condições de julgar a causa”. Segundo o doutrinador, “todos esses dados, evidentemente, devem sempre ser rentes ao interesse institucional que qualifica a intervenção do *amicus curiae* e devem ser analisados daquela perspectiva”⁹⁹⁷.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao regulamentar, em seu artigo 138, a intervenção do *amicus curiae*, a partir de requisitos objetivos e subjetivos.

Processo Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 281; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: RT, 2018,, p. 382.

993 GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 402.

994 Neste sentido: BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016, p. 271; NUNES, Dierle. Comentários aos artigos 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. (Coords.). *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2333.

995 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 207.

996 EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo Código de Processo Civil: interesses e poderes*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, [et. al] (Org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-257, esp. 250.

997 BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 503.

Os requisitos objetivos da intervenção do *amicus curiae* relacionam-se à questão de direito objeto da demanda. É admitida a intervenção do *amicus curiae* em qualquer processo, desde que a causa: (I) verse sobre matéria relevante; ou (II) trata de tema muito específico; ou (III) aborde controvérsia com repercussão social. Esses requisitos objetivos destacam a importância da participação do *amicus curiae* ocorrer nas causas que têm o condão de influir em outras demandas e no interesse de terceiros ou da coletividade.

Em relação aos requisitos subjetivos, o *caput* artigo 138 do CPC estabelece que o *amicus curiae* pode ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com *representatividade adequada*.

Apesar da semelhança da expressão “representatividade adequada” (própria e de grande relevância no processo coletivo), a atuação do *amicus curiae* não se assemelha diretamente com a legitimidade extraordinária das ações coletivas⁹⁹⁸. Diferentemente do que ocorre com o legitimado extraordinário nas ações coletivas, o *amicus curie* não atua substituindo alguém ou com o intuito de defender direito alheio em nome próprio^{999 1000}.

O critério da representatividade adequada para a intervenção do *amicus curiae* relaciona-se com a sua capacidade de ter algum vínculo e/ou *expertise* com a questão litigiosa, de modo a justificar a sua contribuição argumentativa no debate¹⁰⁰¹.

998 Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, Antonio do Passo Cabral já ensinava que a exigência de representatividade adequada “não se aplicar ao *amicus curiae* (...). A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supra-individual tem capacidade técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. (...) pensamos que aqui não existe obrigatoriedade desta exigência, já que não há substituição processual. Vale dizer: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário”. (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004, p. 20-21).

999 Neste sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 204-205; EID, Elie Pierre. *Amicus curiae* no novo Código de Processo Civil: interesses e poderes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, [et. al] (Org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 245-257, esp. 252.

1000 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 690 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “A ‘representatividade adequada’ do *amicus curiae* não pressupõe legitimidade extraordinária.”

1001 Acerca do requisito de que o *amicus curiae* possuísse representatividade quanto à questão trazida a debate, Edilson Vitorelli e Gustavo Osna apontam que: “o ponto chave, aqui, parece ser a sua própria capacidade de fortalecer o contraditório juízo. Em relação a esse item, o problema que se

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ensina que a expressão “representatividade adequada” não pode exigir que “o *amicus curiae* seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate”. O jurista destaca que “não há que se confundir, apesar da mesma grafia, a representatividade adequada da ação civil pública, com esta relacionada à participação do *amicus curiae*”¹⁰⁰².

Admitisse o *amicus curiae* ter caráter representativo em relação a determinado grupo, como acontece com as entidades de classe; todavia, a sua atuação em juízo como *amicus curiae* não visa a tutela de direito alheio em nome próprio. Note-se, por outro lado, que, na hipótese do *amicus curiae* ser pessoa física ou jurídica, não haverá qualquer caráter de representatividade (típico do legitimado extraordinário do processo coletivo brasileiro); contudo, ainda assim, pode ser admitida a sua intervenção, caso demonstrada a sua capacidade de contribuir para o debate com argumentos técnicos e/ou jurídicos, diante da sua *expertise* com a matéria controvertida. É o que ocorre, por exemplo, com a intervenção de renomado médico especializado em determinada doença rara, cujo tratamento esteja sendo objeto de discussão judicial.

Por outro lado, parte da doutrina defende que uma das vantagens da atuação do *amicus curiae* seria a sua suposta capacidade de representar aqueles litigantes que não estão participando diretamente da causa, posto que seus processos não foram escolhidos como representativos da controvérsia, mas que sofrerão os efeitos da tese jurídica¹⁰⁰³. Segundo esse entendimento, o *amicus curiae* representa a possibilidade de gerenciamento e coletivização das manifestações dos interessados, possibilitando a ampla participação da sociedade¹⁰⁰⁴.

coloca não aparenta ser de legitimidade processual, mas sim de legitimidade material; não se trata de verificar a legalidade da atuação do terceiro, mas sim de aferir sua eficácia em relação à matéria controvertida”. (VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 356).

1002 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 138. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 244.

1003 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 192-193; BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 138. In: *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume 1 (arts. 1º a 317)*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 604-607.

1004 “Por último, mas não menos importante, o fato de haver uma regulamentação positiva do instituto facilita o gerenciamento dessas apresentações no âmbito do processo, determinando claramente as condições de admissibilidade e o conteúdo que devem cumprir, bem como o papel que

Ocorre que o interesse do *amicus curiae* (que pode ser institucional, político, econômico, social, acadêmico, cultural, etc.) não decorre da aplicação direta da tese jurídica em algum caso concreto do qual ele faça parte. O interesse jurídico direto na formação da tese jurídica é dos litigantes que figuram como partes nos processos em que serão aplicados o precedente judicial¹⁰⁰⁵.

Desse modo, entende-se que todo o interesse jurídico direto na demanda deve estar devidamente representado por meio das partes dos processos representativos da controvérsia (sujeitos condutores) e da participação dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes”; e, não, por meio da figura do *amicus curiae*.

Independentemente da posição doutrinária acerca da capacidade do *amicus curiae* figurar como o representante adequado dos litigantes interessados (membros do grupo), o que se constata-se é que parece não haver divergência doutrinária acerca do caráter pluralista e democrático da atuação do *amicus curiae*, possibilitando uma cognição mais completa e adequada do órgão julgador, torna mais legitimado o procedimento de aplicação do precedente a casos futuros¹⁰⁰⁶.

Desse modo, importante destacar que não se deve negar a intervenção de um *amicus curiae* pelo simples fato dele representar interesse direto de determinado litigante, que poderia pleitear a sua participação na causa como sujeito interessado¹⁰⁰⁷. A intervenção do *amicus curiae* é relevante diante do seu potencial de contribuição argumentativa.

Visando a ampliar o contraditório, no âmbito dos recursos repetitivos e do IRDR, o Código de Processo Civil previu a possibilidade da admissão da intervenção de

corresponde a quem ingressa no processo por meio deles, seus direitos, encargos e obrigações” (tradução livre). No original: “Finalmente, pero no por ello menos importante, el hecho de contar con una regulación positiva del instituto facilita la gestión de estas presentaciones en el marco del proceso al determinar claramente las condiciones de admisibilidad y el contenido que aquéllas deben reunir, así como el rol que corresponde asumir a quienes ingresan al proceso por medio de ellas, sus derechos, cargas y obligaciones”. (VERBIC, Francisco. Propuesta para regular la figura del *amicus curiae* en la Provincia de Buenos Aires. *LLBA*, 2009 (febrero) – versão digital).

1005 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 201.

1006 MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun, 2002, p. 281; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao artigo 138. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 210-211; MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 93-99.

1007 MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 97.

amicus curiae (pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia), conforme disciplinam os artigos 983 e 1.038, inciso I, do CPC.

A possibilidade de participação do *amicus curiae* é importante ferramenta nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, diante da necessidade de esgotamento dos argumentos favoráveis e contrários na formação da tese jurídica. A intervenção pessoas, órgãos ou entidades com experiência e conhecimento na matéria constitui relevante medida de instrução do procedimento.

Desse modo, as informações decorrentes da intervenção dos *amici curiae* devem ser necessariamente consideradas pelo órgão julgador no momento do julgamento, em atenção ao princípio do contraditório e ao viés democrático dessa participação¹⁰⁰⁸.

Por meio da participação dos *amici curiae*, busca-se estimular e promover o esgotamento e o amadurecimento da temática, permitindo que, na formação do precedente judicial, o órgão julgador decida acerca da pertinência ou não de todas as argumentações suscitadas, com o intuito de fixar a tese jurídica de forma completa.

O artigo 138, *caput*, do CPC estabelece que a decisão que *solicita* ou *admite* a participação de *amicus curiae* (pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada) é *irrecorrível*. Ocorre que o referido dispositivo não disciplina acerca da decisão que *inadmite* a intervenção do *amicus curie*.

Contudo, o artigo 1.015, inciso IX, do CPC prevê o cabimento de Agravo de Instrumento contra a decisão do juízo de primeiro grau de admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros. Além disso, o artigo 1.021 disciplina o cabimento de Agravo Interno contra a decisão monocrática do relator.

Considerando a importância da participação do *amicus curiae* na formação da tese jurídica, no âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, entende-se ser cabível a interposição de recurso de Agravo de Instrumento ou de Agravo Interno contra a decisão que indefere o pedido

1008 Neste sentido, parte da doutrina editou o Enunciado nº 128 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489”. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual*. Vol. I. 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 533.

de intervenção do *amicus curiae*, com fundamento nos artigos 1.015, inciso IX, e 1.021 do CPC¹⁰⁰⁹.

1009 Em sentido contrário, o STF não tem admitido a interposição de recurso contra a decisão que indeferiu o pedido de intervenção do *amicus curiae*: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO SUBJETIVO. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE. INTERESSE INSTITUCIONAL COLABORATIVO E DEMOCRÁTICO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE JURÍDICA. IRRECORRIBILIDADE. ART. 138 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Cabe ao amicus oferecer sua opinião sobre a causa, sobretudo nas questões técnico-jurídicas de maior complexidade. Assim, a tradução literal para “amigo da corte”, ainda que possa ser insuficiente para expressar o papel que desempenha, bem sintetiza a razão de ser eminentemente colaborativa do instituto. 2. O instituto do amicus curiae, historicamente, caracterizava-se pela presunção de neutralidade de sua manifestação, tanto na experiência romano-germânica, quanto na tradição anglo-saxônica. 3. Aos amici cabia apresentar elementos de fato e de direito que, por qualquer razão, escapassem do conhecimento dos juízes, assegurando a paridade de armas entre as partes, atuando de forma presumidamente imparcial. 4. A experiência norte-americana demonstra que os amici curiae ao longo do tempo perderam sua presumida imparcialidade (SORENSEN, Nancy Bage, The Ethical Implications of Amicus Briefs, 30 St. Mary's L.J. 1225-1226. 1999). 5. A Suprema Corte americana alterou sua Rule 37 com o fito de clarificar quais os aspectos aptos a justificar a atuação da figura, independentemente de seus eventuais interesses: “1. A manifestação de amicus curiae que chame a atenção do Tribunal para uma questão relevante que ainda não tenha sido comunicada pelas partes pode ser de grande ajuda para o Tribunal. A manifestação de amicus curiae que não sirva a este propósito sobrecarrega o Tribunal, e sua juntada não é recomendável. A manifestação de amicus curiae pode ser apresentada apenas por um advogado admitido a praticar perante este Tribunal, conforme previsto na regra 5.” (Rules of The Supreme Court of The United States. Part VII. Rule 37. Brief for an Amicus Curiae) 6. A doutrina do tema reconhece que há uma multiplicidade de interesses a orientar a atuação do colaborador da Corte, o que não macula a ratio essendi da participação. O eventual interesse individual não pode ser o fundamento a justificar seu ingresso; não se confundindo com o interesse tipicamente subjetivado das partes, nem com o interesse institucional, de viés colaborativo e democrático, que constitui o amicus como um representante da sociedade. (SCARPINELLA BUENO, Cássio. Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2012. p. 121-122). 7. O amicus curiae presta sua potencial contribuição com a jurisdição, mas não se submete à sucumbência – nem genérica, nem específica - apta a ensejar o interesse de recorrer da decisão que, apreciando o pedido de ingresso, não vislumbra aptidão contributiva suficiente para a participação no caso concreto. A manifestação do amicus não pode ser imposta à Corte, como um inimigo da Corte. 8. O ingresso do amicus curiae, a par do enquadramento nos pressupostos legais estabelecidos Código de Processo Civil – notadamente que a causa seja relevante, o tema bastante específico ou tenha sido reconhecida a repercussão geral –, pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, conforme o crivo do relator, mercê não apenas de o destinatário da colaboração do amicus curiae ser a Corte, mas também das balizas impostas pelas normas processuais, dentre as quais a de conduzir o processo com eficiência e celeridade, consoante a análise do binômio necessidade-representatividade. 9. O legislador expressamente restringiu a recorribilidade do amicus curiae às hipóteses de oposição de embargos de declaração e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme explícita o artigo 138 do CPC/15, ponderados os riscos e custos processuais. 10. É que o amicus curiae não se agrega à relação processual, por isso não exsurge para ele uma expectativa de resultado ou mesmo uma lesividade jurídica a ensejar a recorribilidade da denegação de seu ingresso. O status de amicus encerra-se no momento em que se esgota – ou se afere inexistir – sua potencialidade de contribuição ou sugestão (COVEY, Frank. Amicus Curiae: Friend of The Court. 9 DePaul Law Review, nº 30. 1959, p. 30). 11. A irrecorribilidade da decisão do Relator que denega o ingresso de terceiro na condição de amicus curiae em processo subjetivo impede a cognoscibilidade do recurso sub examine, máxime porque a possibilidade de impugnação de decisão negativa em controle subjetivo encontra óbice (i) na própria ratio essendi da participação do colaborador da Corte; e (ii) na vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria. 12. Agravo regimental não conhecido. (BRASIL, RE 602584 AgR, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux,

O artigo 138, §2º, do CPC impõe que cabe ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. O legislador optou por atribuir discricionariedade ao magistrado para o controle dos poderes do *amicus curiae*, de acordo com o caso concreto. Na legislação processual, constou, de forma expressa, apenas os seguintes direitos aos *amici curiae*: (I) manifestar-se, por escrito, após a admissão da sua intervenção; (II) interposição de embargos de declaração; e (III) interposição de recurso do acórdão que julgar o mérito do IRDR. Eventuais outros poderes dos *amici curiae* para a prática de atos processuais depende de definição do juízo.

Note-se que, no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.205.946/SP, a Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que o *amicus curiae* não tem o direito de exigir a sua sustentação oral nos recursos afetado sob o rito dos repetitivos. Na ocasião, prevaleceu a orientação de que o STJ tem a faculdade de convocar ou não um ou alguns dos *amici curiae* para a sustentação oral, de acordo com sua conveniência e discricionariedade¹⁰¹⁰.

Contudo, entende-se que eventuais restrições aos poderes processuais do *amicus curiae* podem comprometer o amplo debate da questão de direito controvertida, além de não se mostrar compatíveis com o ideal de participação democrática¹⁰¹¹.

Nesse sentido, entende-se que deve ser garantido aos *amici curiae* o direito de proferir sustentação oral, de modo a não limitar a sua participação e assegurar o amplo debate.

O *amicus curiae* tem importante papel nos procedimentos que compõem o microsistema de julgamento de casos repetitivos, na apresentação de argumentos

Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018)

1010 “Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amici curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral (Questão de Ordem no REsp nº 1.205.946/SP, Corte Especial, Relator Ministro Benedito Gonçalves, em 17.8.2011)” – Informativo STJ nº 0481, 15 a 26 de agosto de 2011.

1011 MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 97.

técnicos e/ou jurídicos com o propósito de contribuir com o debate. Entretanto, é necessário destacar que a participação do *amicus curiae* não implica na desnecessidade de participação de outros interessados na formação do precedente judicial, como os “litigantes sobrestados” e os “ausentes”.

Desse modo, entende-se que, apesar da intervenção de eventual *amicus curiae*, deve ser admitida a participação de interessados (“litigantes sobrestados” e “ausentes”), que demonstrem a capacidade de representar os membros do grupo ou subgrupos e de contribuir argumentativamente na formação da tese jurídica.

Além disso, é preciso destacar que a participação do *amicus curiae* não garante reequilíbrio ao debate entre os litigantes habituais e os ocasionais, podendo inclusive agravar a disparidade nas capacidades estratégicas desses litigantes, principalmente nas demandas de grande repercussão socioeconômica. Isso ocorre porque, em regra, os litigantes habituais têm mais fácil acesso às pessoas e entidades com especialidades em matérias jurídicas e não jurídicas, bem como detêm maior capacidade financeira para custear estudos com levantamento de informações (econômicas, técnicas, estatísticas, etc.)¹⁰¹².

Maria Cecilia de Araújo Asperti pondera que, nos litígios em que “o critério da especialidade for preponderante, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático”, “os litigantes habituais terão maiores chances de mobilizar entes capazes de intervir em favor de seus interesses do que os litigantes ocasionais”. A doutrinadora destaca que os litigantes ocasionais “dependerão de entidades representativas de seus interesses ou engajadas na defesa de direitos coletivos ou sociais”; contudo, tais entidades “não possuem os mesmos recursos para contratação de especialistas (jurídicos ou não) ou para financiamento de estudos que possam munir a corte de elementos fáticos pertinentes à litigância repetitiva em discussão”¹⁰¹³.

Portanto, entende-se que é necessário que o órgão julgador fique atento e controle a forma como está ocorrendo a intervenção dos *amici curiae*, para que evite

1012 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 221.

1013 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 221.

o agravamento entre as disparidades das capacidades estratégicas dos litigantes habituais e ocasionais.

Desta forma, na hipótese de constatar-se a intervenção dos *amici curiae* está favorecendo apenas um dos lados dos litígios, entende-se que é necessário que o órgão julgador estimule a participação de demais interessados (outros *amici curiae*, “litigantes sobrestados” e “ausentes”), com o propósito de promover o esgotamento e o amadurecimento da temática, de modo a permitir a fixação da tese jurídica de forma completa, com a exposição e análise de todas as argumentações favoráveis e contrárias acerca de determinada tese jurídica.

5.11. O papel do Ministério Público e da Defensoria Pública

5.11.1. A atuação do Ministério Público nas ações coletivas

No microsistema da tutela coletiva, a questão acerca da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos mostrou-se polêmica e controversia por muito tempo.

No plano infraconstitucional, por um lado, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) foi criada, originalmente, para a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, sem qualquer menção aos direitos individuais homogêneos. Posteriormente, em 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, incluiu-se o inciso IV ao artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, que estabelece o cabimento da ação civil pública para a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, não se restringindo àqueles previstos taxativamente na redação original do dispositivo legal. Contudo, não se referiu à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor atribui expressamente ao Ministério Público a legitimidade ativa para a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (artigos 81 e 82).

Ocorre que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor integram o microsistema do processo coletivo, com reciprocidade das suas normas relativas à tutela dos direitos coletivos, conforme prevê os artigos 21 e 90 das respectivas leis. Desse modo, a interpretação sistemática desses dispositivos legais aponta para a conclusão de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar

ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos (artigo 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985)¹⁰¹⁴.

Na esfera constitucional, o artigo 129, inciso III, da Constituição da República de 1988 dispõe que é função institucional do Ministério Público 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. Não há menção expressa aos direitos individuais homogêneos, o que poderia conduzir à interpretação literal e restritiva de que o Ministério Público não tem legitimidade ativa para manejar ações na defesa destes direitos.

Ocorre que esta interpretação literal e restritiva não se mostra correta, na medida em que o termo “direitos individuais homogêneos” somente foi conhecido e utilizado legislativamente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990¹⁰¹⁵. Portanto, a ausência de referência à tutela dos direitos individuais homogêneos no artigo 129, inciso III, da Constituição da República de 1988 decorre de uma questão temporal. A expressão “interesses difusos e coletivos” constante do artigo 129, inciso III, da Constituição da República de 1988 deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo todos os direitos coletivos¹⁰¹⁶.

1014 Em 1991, Nelson Nery Jr. ensinava que “o Ministério Público está legitimado, inclusive, para o ajuizamento das ações para a tutela de direitos *coletivos* (art. 81, parágrafo único, II) e *individuais homogêneos* (art. 81, parágrafo único, III), conforme expressa autorização do art. 82 do Código. Essa autorização se encontra em perfeita consonância com o mandamento constitucional do art. 129, IX, que confere à lei a possibilidade de cometer outras funções ao Ministério Público, que sejam compatíveis com sua finalidade institucional. E a defesa do consumidor, por meio da ação coletiva - quer para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos - é questão de *interesse social*, por expressa disposição do art. 1º do CDC, interesse social esse cuja proteção é objetivo institucional do Ministério Público, segundo o art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Está, portanto, na Carta Magna, a legitimação do Ministério Público para a defesa, em Juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos individuais *puros* não podem ser defendidos pelo Ministério Público. Apenas os individuais homogêneos, assim entendidos os que têm origem comum.” (NERY JR. Nelson. O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*. Vol. 61, Jan – Mar./1991, p. 24 – 35 – versão digital)

1015 GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed., São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 89.

1016 Hugo Nigro Mazzelli aponta: “Vimos ser irrelevante tenha a Constituição omitido referência à defesa de *interesses individuais homogêneos* pelo Ministério Público, pois que essa expressão só foi cunhada pelo legislador quando da edição do CDC, ou seja, quase dois anos depois da promulgação da lei Maior. Por isso, é óbvio que o inc. II do art. 129 da Constituição empregou a expressão ‘interesses difusos e coletivos’ no sentido lato, que era aquele que lhe emprestava a doutrina da época”. (MAZZELLI, Hugo Nigro. A Atuação do Ministério público nas Ações Coletivas – O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos. In: GAZZOLI, Maria Clara, et. al. (Coords.). *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278).

Ademais, o artigo 127, *caput*, da Constituição da República de 1988 conceitua o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e *dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Ressalta-se, ainda, que o inciso IX do artigo 129 da Constituição da República de 1988 atribui ao Ministério Público o encargo de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Atualmente, a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos está prevista de forma expressa no artigo 6º, inciso XII, da Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União; bem como no artigo 25, inciso IV, alínea 'a', da Lei nº 8.625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Diante deste cenário legislativo, houve significativo debate e divergência na doutrina¹⁰¹⁷ e na jurisprudência¹⁰¹⁸ acerca da legitimidade ativa do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos.

Em 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.111/GO, que versava sobre legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses de beneficiários do DPVAT, o STF encerrou a controvérsia, sob o rito da repercussão geral. Nesse julgamento, o Tribunal Pleno do STF entendeu que o Ministério Público tem legitimidade para *ajuizar* ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, desde que configurado relevante interesse social do bem jurídico tutelado¹⁰¹⁹.

1017 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontam que, “na doutrina quatro posições foram identificadas quanto à legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos: a) teoria ampliativa, reconhece a legitimação de todos os direitos individuais homogêneos, pois estes são subespécie dos direitos coletivos; b) teoria restritiva absoluta, não reconhece a legitimação do Ministério Público para tutela de nenhum direito individual homogêneo, pois o art. 129, III, fala apenas em direitos difusos e coletivos; c) teoria restritiva aos direitos individuais homogêneos indisponíveis, pois caberia ao Ministério Público apenas a tutela dos direitos individuais de caráter indisponível; d) teoria ampliativa eclética ou mista, reconhece a legitimação do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos indisponíveis e disponíveis, desde que neles seja identificada relevância social”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 400-401)

1018 O STJ chegou a editar o enunciado de súmula nº 470, que afirmava que “O Ministério Público não tem legitimidade para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado”. Posteriormente, enunciado de súmula foi cancelado, em razão do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 631.111/GO, em regime de repercussão geral.

1019 Eis a ementa do Recurso Extraordinário nº 631.111/GO: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL

CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III). 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeatur, quid debeatur e quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios. 4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127). 5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos. 6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º). 7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (BRASIL, STF,

Portanto, não compete ao Ministério Público atuar na defesa de todos e quaisquer direitos individuais homogêneos. Contudo, na hipótese desses direitos individuais homogêneos representarem mais que a soma de situações particulares, constituindo em interesses sociais e comunitários, o Ministério Público estará legitimado para atuar na sua defesa¹⁰²⁰.

Desse modo, no âmbito do microssistema de processo coletivo, prevalece o entendimento de que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, está autorizado a *ajuizar* ação coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos, desde que demonstrado que a lesão a tal direito compromete também interesses sociais qualificados.

Recorde-se, inclusive, que Código de Processo Civil disciplinou que, quando o juiz se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, lhe compete oficiar o Ministério Público para promover o ajuizamento de ação coletiva respectiva (artigo 139, inciso IX). Trata-se do dever de comunicação do juízo para a propositura de ação coletiva, com o propósito de melhor tutelar e gerir a litigiosidade repetitiva, decorrente de direitos individuais homogêneos.

Destaca-se, ainda, que o §1º do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública impõe a participação obrigatória do Ministério Público, na condição de fiscal da ordem jurídica, caso ele não seja parte da demanda. A atuação do Ministério Público como *custos legis* independe do tipo de direito coletivo objeto da ação (difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos), bem como não importa se o direito tem relevância social ou se é indisponível ou disponível¹⁰²¹.

A exigência da existência de relevante interesse social nos direitos individuais homogêneos tutelado é para o ajuizamento da ação civil pública (legitimidade ativa).

RE 631111, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014)

1020 Teori Albino Zavascki ensina que “há interesses individuais que, quando considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma de posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa o Ministério Público está constitucionalmente legitimado.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 259)

1021 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 223.

Contudo, a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, ocorre na ação civil pública que verse sobre qualquer matéria.

Portanto, nas demandas coletivas que envolvam direitos individuais homogêneos, ainda que não tenha relevância social suficiente a autorizar a atuação do Ministério Público como parte ativa, deve ocorrer a intervenção do *Parquet* como fiscal da ordem jurídica¹⁰²².

5.11.2 A atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 134, define a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do seu do artigo 5º, inciso LXXIV.

Em seu artigo 5º, inciso LXXIV, a Constituição República de 1988 prevê a garantia constitucional de assistência judiciária integral e gratuita a todas as pessoas que comprovarem insuficiência de recurso.

Em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, restou estabelecida a legitimidade ativa das *entidades e órgãos da Administração Pública*, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, para a defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (artigos 81 e 82, inciso III, c/c o artigo 21 da Lei nº 7.347/1985)¹⁰²³.

Em 2007, a Lei nº 11.448/2007 modificou a redação do artigo 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, para incluir a Defensoria Pública no rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública.

1022 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público*. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2, t. III, p. 218.

1023 Eis doutrina e jurisprudência reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública na defesa dos interesses dos consumidores, a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor: WATANABE, Kazuo. [et. al.] *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. 2, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 90; BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 555.111/RJ, Rel.: Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julg. 05/09/2006; BRASIL, STJ, Recurso Especial nº 672.871/RS, Rel.: Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julg. 06/12/2005.

Posteriormente, em 2009, a Lei Complementar nº 132/2009 alterou a redação do inciso VII do artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994 (Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios), para estabelecer, entre as funções institucionais da Defensoria Pública, o dever de “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes”.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 185, ratificou a tendência legislativa para consignar que a Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita¹⁰²⁴.

Além disso, o Código de Processo Civil também impõe ao juízo o dever de comunicar a Defensoria Pública para o ajuizamento da ação coletiva respectiva, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas (artigo 139, inciso IX). Portanto, a atual legislação processual reconhece a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Ocorre que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, perante o STF, alegando a suposta inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007, que atribui legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública.

Segundo a CONAMP, conferir legitimidade ativa à Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, sem qualquer restrição, violaria diretamente as atribuições do Ministério Público, previstas no artigo 129 da Constituição da República de 1988.

1024 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. criticam que “o legislador, contudo, perdeu a oportunidade de introduzir um mais amplo controle judicial da legitimidade adequada. (...) Para que a Defensoria seja considerada como ‘legitimada adequada’ para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas ‘necessitadas’, conforme locução tradicional e consagrada na parte final do art. 185, CPC. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de Playstation III ou de Mercedes Bens. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta *exclusivamente* por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação da Defensoria para a tutela dos direitos difusos, que pertencem a uma coletividade de pessoas indeterminadas. Assim neste sentido, não seria possível a promoção de ação coletiva pela Defensoria quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214).

Além disso, a CONAMP sustentou que não seria possível a Defensoria Pública atuar na defesa de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais, na medida em que aqueles que são tutelados pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis e identificáveis, diante da exigência constitucional de demonstrar que não possuem recursos suficientes (artigos 5º, inciso LXXIV, e 134)¹⁰²⁵.

Em 2015, o Plenário do STF julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, reconhecendo a constitucionalidade da norma que atribuiu legitimidade à Defensoria para a propositura de ação civil pública, na defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos¹⁰²⁶.

No julgamento, o STF assentou que, além de não existir vedação constitucional para a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos, não há norma constitucional que assegure exclusividade em favor do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil pública. Desse modo, a atribuição de legitimidade concorrente à Defensoria Pública para manejar ação civil pública, na esfera de suas atribuições e funções constitucionais, não viola e não prejudica as atribuições do Ministério Público.

No referido julgamento, a Ministra Carmén Lúcia (Relatora) consignou em seu voto que “a Defensoria Pública somente estará autorizada a prosseguir com a liquidação e execução da sentença proferida nas ações civis públicas em relação aos que comprovarem insuficiência de recursos”. No entendimento da Ministra Relatora,

1025 Ada Pellegrini Grinover elaborou Parecer Jurídico acerca da legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública, a pedido da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, que foi juntado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943. O Parecer Jurídico foi publicado: GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. *Revista de Processo*. Vol. 165, Nov./2008, p. 299 – 317 – versão digital.

1026 Eis a ementa do Acórdão que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDAD DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (BRASIL, STF, ADI 3943, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015)

na fase de liquidação e execução da sentença coletiva, “a tutela de cada membro da coletividade ocorre separadamente, sendo possível atender apenas a esse grupo”¹⁰²⁷.

Entende-se, portanto, que a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar ações coletivas na tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sempre que verificar o direito violado atinge pessoas necessitadas. Qualquer vítima, necessitada ou não, poderá promover individualmente a liquidação ou execução da sentença coletiva. Contudo, a Defensoria Pública somente está autorizada a manejar a execução da sentença coletiva em favor dos necessitados¹⁰²⁸.

Destaca-se, por fim, que o conceito “necessitados”, constante do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, não se limita às pessoas hipossuficientes financeiramente, devendo ser interpretado em sentido amplo, para também incluir os hipervulneráveis (como os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras)¹⁰²⁹.

1027 BRASIL, STF, ADI 3943, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015.

1028 Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 217-218; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 228.

1029 Eis julgado da Corte Especial do STJ, reconhecendo que a Defensoria Pública também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária. 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal. 3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”): “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”4. “A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras) enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real

Assim, apesar da atuação principal da Defensoria Pública referir-se às pessoas economicamente necessitadas, o escopo da atuação da instituição também abrange as pessoas com hipossuficiência técnica, jurídica ou organizacional, por exemplo decorrente da função do Defensor Público como curador especial no processo civil (artigo 72, parágrafo único, do CPC) ou defensor dativo no processo penal (artigo 365 do CPP)¹⁰³⁰.

Ada Pellegrini Grinover pondera que “existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional”. Desse modo, a atuação da Defensoria Pública visa a tutelar “todos aqueles que são socialmente vulneráveis”, tais como: “os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc”¹⁰³¹.

debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana" (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). 5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ("Art. 5.º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública "). 6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão. (BRASIL, STJ, Embargos de Divergência em REsp nº 1.192.577/RS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julg. em 21/10/2015)

1030 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 227.

1031 GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. *Revista de Processo*. Vol. 165, Nov./2008, p. 299 – 317 – versão digital.

5.11.3. A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos procedimentos de litigiosidade repetitiva

5.11.3.1. A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para suscitar o IRDR

O artigo 977 do Código de Processo Civil prevê que o IRDR pode ser suscitado pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, por petição (inciso III). A legitimidade ativa desses entes é concorrente com o juiz ou relator (inciso I) e com as partes (inciso II).

A previsão da legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública de forma apartada das partes revela que tais instituições podem requerer a instauração do IRDR nos processos em que não figurem como partes. Trata-se de legitimação autônoma para suscitar o incidente, que não depende que essas instituições sejam partes ou tenham intervindo em qualquer processo judicial que verse sobre a questão de direito comum¹⁰³².

A legitimação do Ministério Público e da Defensoria Pública para requerer a instauração do IRDR, com o propósito de dar tratamento a litigiosidade repetitivas acerca de determinada questão de direito (ainda que não decorrente de demandas isomórficas), tem forte relação com a legitimidade extraordinária concedida a tais instituições para a tutela dos direitos individuais homogêneos no âmbito do microsistema de processo coletivo¹⁰³³.

Caso a questão de direito repetitiva seja oriunda de demandas isomórficas, relativas a direitos individuais homogêneos, o Ministério Público e a Defensoria Pública têm a possibilidade de suscitar o IRDR ou ajuizar ação civil pública. Trata-se de opção do legitimado extraordinário, diante da estratégia processual que lhe parecer mais conveniente para o tratamento da litigiosidade. Contudo, na hipótese de a questão de direito comum estar pulverizada em demandas que não tratem de direitos

1032 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205.

1033 Neste sentido: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 540-541; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 108.

individuais homogêneos, a opção do Ministério Público e da Defensoria Pública seria a instauração do IRDR.

O requerimento de instauração do IRDR também pode ser apresentado pela Ministério Público e pela Defensoria Pública nas demandas em que figurem como parte. Nesta situação, a legitimidade dessas instituições decorre da sua condição de parte no processo. É o que ocorre, por exemplo, se determinada questão de direito mostrar-se repetitiva em demandas coletivas, nas quais essas instituições figurem como partes; ou, ainda, no caso de diversas demandas individuais, em que a Defensoria Pública esteja atuando na defesa de pessoas necessitadas.

Luiz Guilherme Marinoni aponta que, quando a instauração do IRDR ocorre por requerimento do Ministério Público ou da Defensoria, essas instituições “tornam-se partes legitimadas à tutela dos direitos dos litigantes excluídos, tendo o dever de participar do processo de modo a adequadamente defendê-los”. Não obstante, “deverá ser aberta oportunidade para a eventual participação das associações de proteção dos direitos dos litigantes”¹⁰³⁴.

Em decorrência das funções institucionais próprias de cada instituição, atribuídas pela Constituição da República, a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para suscitar o IRDR tem critérios distintos e peculiares.

Recorde-se que, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, a legitimidade extraordinária ativa do Ministério Público está relacionada à relevância social do bem jurídico tutelado, examinado concretamente. Desse modo, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos, quando a lesão a tal direito comprometer interesses sociais e comunitários qualificados. Esta foi a interpretação dada pelo Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.111/GO, sob o rito da repercussão geral, acerca das funções institucionais do Ministério Público, previstas nos artigos 127 e 129 da Constituição da República de 1988¹⁰³⁵.

1034 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 76

1035 BRASIL, STF, RE 631111, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014

Desse modo, a legitimidade extraordinária atribuída, pelo Código de Processo Civil, ao Ministério Público para suscitar o IRDR deve passar pela mesma interpretação constitucional que foi dada no âmbito das ações coletivas.

Portanto, a legitimidade do Ministério Público para requerer a instauração de IRDR, em relação à questão de direito comum objeto de demandas em que a instituição não figure como parte (com fulcro no artigo 977, inciso III), está condicionada à presença de relevante interesse social, a ser aferido concretamente^{1036 1037}.

Em relação à Defensoria Pública, a sua legitimidade para suscitar o IRDR também tem relação com a sua legitimação ativa para atuar nas ações coletivas na defesa dos interesses das pessoas necessitadas, ainda que a sentença coletiva possa produzir efeitos para outros sujeitos, não enquadrados no conceito amplo de necessitados¹⁰³⁸.

1036 Leonardo Carneiro da Cunha assevera que: “o entendimento de que o Ministério Público só teria legitimidade para defesa de direitos individuais homogêneos, se presente um *relevante* interesse social, examinado concretamente. Nesse último caso, a legitimidade haveria de ser aferida em cada caso, a depender da relevância do interesse social. Este último é o entendimento que tem prevalecido e desponta como o mais razoável, sendo necessário, concretamente, verificar se há relevante interesse social, a justificar a legitimidade do Ministério Público para defender direitos individuais homogêneos. Muitas questões contidas em demandas repetitivas caracterizam-se por reproduzir situações jurídicas homogêneas. Quer isso dizer que a legitimidade do Ministério Público para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas deve, na mesma linha da legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, ser aferido concretamente, somente sendo reconhecida, se transparecer, no caso, relevante interesse social”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 193, mar./2011, p. 265). No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 545-547; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016, p. 633; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 108-110.

1037 Em sentido contrário, Sofia Temer sustenta que “a atuação do órgão ministerial se justifica *preponderantemente* em razão da sua função de ‘defesa da ordem jurídica’ (art. 134, CRFB), o que resta evidenciado em razão do manifesto interesse público na resolução da questão de direito repetitiva, especialmente pela natureza adotada pelo incidente, como técnica cuja função é tutelar diretamente o direito objetivo e apenas indiretamente as relações subjetivas. (...) Ao adotar a concepção de que a atuação do inistério público é justificada por sua atribuição de preservação da ordem jurídica objetiva, dispensa-se a demonstração casuística de ‘relevância social’ ou outro requisito similar” (TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 207-208).

1038 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 548.

Como ocorre em relação ao Ministério Público, o Código de Processo Civil não estabeleceu parâmetros para a legitimidade da Defensoria Pública para apresentar pedido de instauração do IRDR. Contudo, é necessária que a autorização concedida à Defensoria Pública, pelo inciso III do artigo 977 do CPC, no tocante a legitimidade para suscitar o IRDR, seja interpretada constitucionalmente, em consonância com os artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição República de 1988.

Recorde-se que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, o STF entendeu que a Defensoria Pública tem legitimidade para ajuizar ações coletivas na tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sempre que verificar o direito violado atinge pessoas necessitadas¹⁰³⁹.

Quanto à legitimidade da Defensoria Pública para suscitar IRDR, deve ser dada a mesma interpretação constitucional atribuída a sua legitimidade ativa para as ações coletivas.

A Defensoria Pública tem legitimidade para propor o IRDR quando as questões de direito objeto da litigiosidade repetitiva estiver relacionada aos interesses e à defesa das pessoas necessitadas e vulneráveis¹⁰⁴⁰.

A defesa da Defensoria Pública em favor dos necessitados não se limita às pessoas hipossuficiente financeiramente, na medida em que a sua atuação também abrange os interesses das pessoas vulneráveis do ponto de vista técnico, jurídico ou organizacional (como os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras, etc.).

Ressalta-se, ainda, que não se deve inadmitir o IRDR, instaurado pela Defensoria Pública visando à defesa dos interesses dos necessitados, pelo fato da sua decisão de mérito também atingir a esfera de outros litigantes, que não se enquadrem na condição de vulneráveis. Esta situação decorre de mero reflexo do efeito vinculante estabelecido pela lei processual, de modo que não cabe ao Poder Judiciário limitar a legitimidade da Defensoria Pública para suscitar IRDR às questões de direito que afetem *exclusivamente* as pessoas necessitadas¹⁰⁴¹.

1039 BRASIL, STF, ADI 3943, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015.

1040 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 206.

1041 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 548-549.

5.11.3.2. A intervenção e participação obrigatória do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente

Em relação aos procedimentos que integram o microsistema de resolução casos repetitivos, o Código de Processo Civil também estabelece a intervenção e participação do Ministério Público, independentemente de a instituição figurar como parte ou “litigante sobrestado” nos processos representativos da controvérsia.

Os artigos 976, §2º, 982, inciso III, dispõem que, após a admissão do IRDR, compete ao relator intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. Do mesmo modo, em relação ao rito dos recursos repetitivos, o artigo 1.038, inciso III, do CPC disciplina que, após a decisão afetação, o relator intimará o Ministério Público para manifestar-se acerca da questão controvertida.

A manifestação do Ministério Público também deve ser assegurada durante a fase instrutória do IRDR. O Código de Processo Civil prevê que, após a oitiva das partes e dos demais interessados, a juntada de documentos e a realização de eventuais diligências, deve ser oportunizada a manifestação do Ministério Público (artigo 983).

Essa intervenção e participação obrigatória do Ministério Público decorre da sua atuação constitucional na “defesa da ordem jurídica” (artigo 127 da CRFB), o que, inclusive, lhe assegura o direito de interpor recurso (artigo 966 do CPC).

Destaca-se que essa previsão legislativa de intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica assemelha-se ao disposto no §1º do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, que impõe a participação obrigatória do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, caso ele não seja parte da demanda¹⁰⁴².

¹⁰⁴² José Henrique Mouta Araújo afirma que “pretende o NCPC consagrar a obrigatoriedade da intervenção Ministerial, tendo em vista a natureza coletivizada do direito discutido e a consequência da tese jurídica firmada”. (ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. In: MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Vol. 6, 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447-467, esp. 458)

A atuação do Ministério Público como *custos legis* não está condicionada à demonstração de que há interesse social relevante no julgamento do IRDR ou dos recursos repetitivos. Conclui-se, portanto, que o Ministério Público deve sempre intervir no IRDR ou no rito dos recursos repetitivos, na defesa da “ordem jurídica”, independentemente de ele ter suscitado o incidente ou ser parte nos processos representativos da controvérsia, ainda que a questão de direito não envolva interesse socialmente relevante¹⁰⁴³.

Recorde-se, ainda, que o Código de Processo Civil, no §2º do artigo 976, estabelece que o Ministério Público assumirá a titularidade do IRDR, na hipótese de desistência ou abandono da causa pelos sujeitos condutores (líderes). Além disso, o Ministério Público está autorizado a proferir sustentação oral no julgamento do IRDR, pelo prazo de 30 minutos (artigo 984, inciso II, alínea ‘a’). Estas situações evidenciam o caráter do interesse público envolvido no incidente.

Em relação à Defensoria Pública, é possível a sua intervenção e participação no IRDR e no rito dos recursos repetitivos, desde que caracterizada a sua situação de “litigante sobrestado”; “ausente”; ou “*amicus curiae*”, caso demonstre a existência de interesse institucional no caso concreto¹⁰⁴⁴.

Note-se que oportunizar a participação da Defensoria Pública deve ser a regra nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, na medida em que geralmente verificará que a tese jurídica a ser formada afetará alguma parcela de pessoas hipossuficientes ou vulneráveis. Assegurar a ampla participação da Defensoria Pública é atuar em favor do máximo de representatividade adequada dos litigantes¹⁰⁴⁵.

A possibilidades de atuação da Defensoria Pública são mais restritas quando comparadas com o Ministério Público, no tocante aos atos de instrução de julgamento do procedimento, em decorrência das finalidades constitucionais de cada instituição¹⁰⁴⁶. O Ministério Público, por também atuar na “defesa da ordem jurídica”

1043 CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 547.

1044 TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 206.

1045 ASPERTI, Maria Cecilia de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 214.

1046 Cassio Scarpinella Bueno assevera: “Sobre a legitimidade do Ministério Pública e da Defensoria Pública, cabe frisar, fazendo eco ao que dispõe o art. 977, III, a propósito do incidente de resolução

tem a obrigação de atuar nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, diante do interesse público envolvido. Por outro lado, a participação da Defensoria Pública está limitada ao IRDR e aos recursos repetitivos que versem sobre direito de pessoas necessitadas e vulneráveis¹⁰⁴⁷.

Nos procedimentos de litigiosidade repetitiva deve-se reservar ao Ministério Público o papel de fiscal da ordem jurídica, de forma imparcial; por outro lado, o papel da Defensoria Pública é tutelar e contribuir para o debate em favor dos interesses das pessoas necessitadas.

A intervenção e a participação do Ministério Público e da Defensoria deve ser estimulada como forma de assegurar maior representatividade dos litigantes e ampliar o debate acerca dos argumentos relevantes para a fixação da tese jurídica.

Maria Cecília de Araújo Asperti sustenta que “é preciso fomentar a participação dessas instituições, porém sem se assumir, genericamente, que terão condições de efetivamente suprimir a disparidade de recursos e de atributos estratégicos que caracteriza a litigiosidade repetitiva”¹⁰⁴⁸.

A participação do Ministério Público e da Defensoria Pública pode contribuir na busca de mitigar o desequilíbrio dos litigantes habituais e ocasionais¹⁰⁴⁹. Contudo, a

de demandas repetitivas, que a regra merece ser interpretada amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais, como *amicus curiae*” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 594)

1047 Defendendo a atuação da Defensoria Pública no IRDR de três formas distintas, como *Custos Vulnerabilis*, em prol da maximização dos interesses dos vulneráveis e dos direitos humanos; *Amicus Communitas* ou *Amicus Communitatis*, quando houver conflito ou divergências internas entre grupos de membros vulneráveis, de modo que, para cada comunidade de interesse de grupos sociais hipossuficientes desorganizados em “colisão de vulnerabilidades” deve ser designado um defensor público para a atuação como amigo da comunidade, em atenção ao inc. V do art. 4º-A da LC 80/1994; ou *Amicus Curiae*, quando houver grupos organizados, mas hipossuficientes: MAIA, Maurilio Casas. O Ministério Público e a Defensoria Pública como intervenientes constitucionais autônomos no IRDR: sobre as legitimidades institucionais de *Custos Iuris*, de *Custos Vulnerabilis* e de *Amicus Communitatis*. In: PORTO, José Roberto Mello; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (Org.). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panoramas e Perspectivas*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 557-588.

1048 ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 214.

1049 Maria Cecília de Araújo Asperti aponta que, por um lado, “em se pensando nas desvantagens comparativas dos litigantes ocasionais, há um papel de considerável importância a essas instituições do sistema de justiça, que atuam na proteção de interesses sociais e na defesa dos

atuação dessas instituições não implica na garantia absoluta e automática de representatividade adequada dos litigantes. Desse modo, também é necessário articular formas de ampliar a participação direta dos litigantes interessados, que tenham informações e argumentações fático e jurídicas relevantes e complementares para a definição da tese jurídica.

Entende-se, portanto, que é essencial e relevante a intervenção e participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente. Entretanto, a atuação dessas instituições não pode ser interpretada como forma de obstar a participação direta dos demais sujeitos interessados, que têm a capacidade de contribuir com argumentos complementares no debate da tese.

hipossuficientes e vulneráveis. (...) Essas instituições têm a capacidade, ao menos em tese, de atuar de modo mais estratégico, conseguindo usufruir de algumas das vantagens próprias dos litigantes habituais, como o levantamento de informações, uma atuação mais especializada e voltada a obtenção de benefícios a médio e longo prazo, em especial no âmbito da tutela coletiva ou da atuação por meio de práticas próprias do litígio estratégico de interesse público. Por outro lado, ao serem chamadas a intervir no julgamento de um caso repetitivo, o Ministério Público e a Defensoria Pública não se encontravam, necessariamente, engajados na discussão da matéria pertinente à questão colocada a julgamento, tampouco envidaram esforços e recursos, previamente, para compreensão do cenário mais amplo da litigiosidade". (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 213-214).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho destinou-se a repensar os instrumentos e mecanismos necessários a assegurar a participação e a representatividade adequada dos litigantes, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, de modo a lhes garantir o direito social de acesso à justiça.

Partiu-se da análise da evolução dos conceitos teóricos e dos discursos acerca da litigiosidade e do “acesso à justiça”, para constatar que, no Brasil, o “acesso à justiça” é garantia que, na sua essência, assegura todas as demais garantias constitucionais processuais, principalmente o direito ao contraditório, participação e fundamentação no devido processo legal, na busca da prestação jurisdicional justa e efetiva.

A jurisdição deve ser compreendida como serviço público eficiente orientado à composição das controvérsias, a partir das normas do ordenamento jurídico. A morosidade na prestação da tutela jurisdicional efetiva decorrente do fenômeno da ampliação da litigiosidade repetitiva, juntamente com as deficiências infraestruturais dos órgãos jurisdicionais, repercutem em descrédito do Poder Judiciário, debilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A partir da análise da litigiosidade repetitiva, apurou-se que, em regra, tem-se a atuação de litigantes habituais (de um lado) e de litigantes eventuais (de outro lado). Ocorre que, geralmente, entre litigantes habituais e eventuais há significativas disparidade nas capacidades estratégicas, decorrentes de diferenças econômicas, processuais e estruturais que favorecem os litigantes habituais.

Assim, na busca pela consolidação da garantia do “acesso à justiça”, é necessário ampliar o acesso dos litigantes, principalmente dos eventuais, com adoção e implementação de medidas políticas e instrumentos processuais que visam a garantir a sua participação e a sua representação na tutela jurisdicional.

No Brasil, a partir da década de 1960, idealizou-se o tratamento da litigiosidade repetitiva, decorrente de direitos individuais homogêneos, com base no microsistema de proteção coletiva dos direitos. Na busca pela efetividade da prestação jurisdicional, imaginou-se que era necessário e adequado que os direitos individuais homogêneos, decorrentes de “origem comum”, fossem agrupados para tratamento processual conjunto, no âmbito do processo coletivo.

Ocorre que, na prática, o processo coletivo mostrou-se parcialmente insuficiente para a proteção dos direitos individuais homogêneos e da litigiosidade em massa, em razão da existência de algumas deficiências, aliadas às resistências do seu uso pelos operadores do direito e ao seu próprio descabimento em algumas matérias e/ou situações jurídicas. Assim, mostrou-se necessário repensar outros meios e instrumentos processuais para tutelar e gerir a litigiosidade repetitiva.

Nesse sentido, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta o microsistema de julgamento de casos repetitivos, que é composto, precipuamente, pelas normas do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos (artigo 928 do CPC). Esse microsistema tem a dupla função de: (I) gerir e julgar casos repetitivos; e (II) formar precedentes obrigatórios/vinculantes.

O IRDR e o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos são técnicas de julgamentos de casos repetitivos, criadas com o propósito de solucionar o problema da litigiosidade em massa e voltadas especificamente para a resolução de controvérsias relativas às questões jurídicas homogêneas.

A partir do estudo do IRDR e do rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, conclui-se que:

- I. o ordenamento jurídico brasileiro adotou, em regra, o sistema da “causa-piloto”, com o julgamento por completo a causa representativa da controvérsia e a fixação da tese jurídica (unicidade cognitiva e decisória), na busca pelo tratamento adequado da litigiosidade repetitiva;
- II. o IRDR é um instituto concebido para exercer uma função repressiva (e, não, preventiva) de controvérsias, de modo que é necessário comprovar a efetiva repetição de processos envolvendo a mesma questão de direito;
- III. o IRDR é cabível para a resolução de controvérsia relativa à determinada questão unicamente de direito, diante de discordância acerca da interpretação da norma jurídica, que independa de dilação probatória;
- IV. não é suficiente o mero receio de decisões conflitantes acerca da questão jurídica comum, sendo necessária a efetiva existência de provimentos judiciais com entendimentos divergentes, para que se configure o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica capaz de autorizar a instauração do IRDR;

- V. a afetação de recurso para a definição de tese jurídica, sob o rito dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, ou a anterior fixação da *ratio decidendi* pelos tribunais superiores, têm efeito prejudicial externo à instauração do IRDR;
- VI. é necessária a existência de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária pendente de julgamento no tribunal para a instauração do IRDR;
- VII. a técnica dos recursos repetitivos aplica-se quando houver a multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito;
- VIII. diante da multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, compete ao tribunal escolher e afetar como representativo da controvérsia aqueles recursos que cumprem todos os requisitos de admissibilidade, para que o órgão julgador possa analisar o mérito recursal, sob o rito dos recursos repetitivos;
- IX. o modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação da tese jurídica, no âmbito do microssistema de julgamento de casos repetitivos, deve ocorrer mediante a adequada participação dos litigantes e dos interessados, que possibilite o esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da *ratio decidendi*;
- X. no microssistema de julgamento de casos repetitivos, a concepção da garantia constitucional do contraditório efetivo e substancial deve ser repensada e reestruturada, diante da impossibilidade de assegurar a participação pessoal de todos os litigantes interessados, nos moldes em que ocorre no processo individual; e
- XI. nos incidentes que compõem o microssistema de julgamento de casos repetitivos, a participação dos interessados não pode ser meramente simbólica; é necessária uma abertura do procedimento de instrução dos incidentes, de modo a lhe conferir uma legitimidade democrática, por meio da adequada e efetiva participação dos litigantes que serão afetados com a fixação da tese jurídica.

Na gestão da litigiosidade repetitiva, além do IRDR e do rito dos recursos repetitivos, o ordenamento jurídico brasileiro também prevê o ato concertado entre

juízes cooperantes (artigo 69, §2º, do CPC) e o dever do juízo de comunicação para o ajuizamento de ação coletiva (artigo 139, inciso IX, do CPC).

Do estudo dos incidentes que compõem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e rito dos recursos repetitivos), com foco na participação dos litigantes, conclui-se que:

- I. a multipolaridade na relação processual pode ocorrer nos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, tendo em vista a pluralidade de sujeitos interessados e a possibilidade de existirem variadas formas de resolução da questão controvertida, que podem acarretar em zonas de interesses diversas;
- II. a existência de subgrupos e zonas de interesses distintas podem ensejar ou não divergências entre os membros dos grupos/subgrupos em relação a algumas pretensões;
- III. é essencial e necessário que seja oportunizado a cada subgrupo o direito de pleitear a sua intervenção e manifestar-se no procedimento, por meio de um representante adequado, de modo a assegurar os seus interesses, sob pena de violação às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal;
- IV. as três categorias de membros de grupo (partes, “litigantes sobrestados” e “ausentes”) têm natureza jurídica, características e capacidades/poderes distintos;
- V. a natureza jurídica da intervenção dos “litigantes sobrestados” e dos “ausentes” (membros do grupo) é de *interesse jurídico na formação da tese jurídica favorável*, não se amoldando nas formas jurídicas clássicas de intervenção de terceiros;
- VI. no âmbito dos incidentes de litigiosidade repetitiva, a legitimidade de agir dos interessados (membros do grupo e *amicus curiae*) deve ser apurada a partir da análise de cada ato que o interessado pretende praticar durante o trâmite do procedimento (*legitimatío ad actum*); e não mais um juízo de pertinência subjetiva da demanda (*legitimatío ad causam*);
- VII. compete ao magistrado relator o gerenciamento das intervenções dos terceiros interessados (membros do grupo e *amicus curiae*), por meio de decisão saneadora de organização do procedimento;

- VIII. o controle da legitimidade para intervenção dos membros do grupo deve ocorrer a partir da análise da: (I) contribuição argumentativa; (II) da representatividade; e (III) do grau de interesse na controvérsia;
- IX. a participação dos sujeitos interessados que comprovarem que têm novos argumentos deve ser autorizada, na busca pela ampliação do debate da matéria controvertida;
- X. a participação indistinta dos membros do grupo, sem qualquer contribuição argumentativa ou controle pelo relator, acarretaria tumulto processual e atraso desnecessário no procedimento, além do risco de ensejar na perda da objetividade dos reais argumentos que precisam ser enfrentados pelo órgão julgador;
- XI. deve ser oportunizado que os membros de cada subgrupo sejam representados por pessoas diversas, que tenham a capacidade de transmitir o posicionamento e apresentar os argumentos jurídicos referentes à realidade vivenciada por aquele subgrupo;
- XII. compete ao relator analisar a proximidade do sujeito que pretende intervir com o núcleo da controvérsia, a partir da apuração do impacto da tese jurídica no seu caso concreto, de modo a averiguar o seu grau de interesse;
- XIII. os “litigantes sobrestados” e os “ausentes” (membros do grupo) têm legitimidade para intervirem no debate, inclusive por meio da interposição de recurso contra o acórdão de mérito do IRDR e/ou dos Recursos Extraordinário e/ou Especial repetitivos, como forma de ampliar o contraditório e garantir a adequada representação dos litigantes;
- XIV. é cabível a interposição de recurso, pelas partes dos processos representativos da controvérsia e pelos terceiros interessados (“litigantes sobrestados”, “ausentes” e “amicus curiae”), contra o acórdão de mérito do IRDR, com o único propósito de ampliar o efeito vinculante da tese jurídica no território nacional;
- XV. deve ser estendido ao rito dos recursos repetitivos a previsão legal que autoriza a interposição de recursos pelo *amicus curiae*; não se limitando apenas a recorribilidade da decisão que julga o IRDR (art.138, §§1º e 3º, do CPC); e

- XVI. no âmbito da litigiosidade repetitiva, o financiamento dos litigantes por terceiros (*third-party funding*) pode ser utilizada como ferramenta possível para reduzir as desigualdades estratégicas entre os litigantes habituais e os eventuais.

Por fim, a partir do estudo da representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, conclui-se que:

- I. a representatividade adequada tem a função de garantir o devido processo legal, no âmbito dos procedimentos de litigiosidade repetitiva que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos;
- II. no tratamento da litigiosidade repetitiva, o legislador brasileiro e parte dos operadores do direito têm estimulado e privilegiado os procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos) em detrimento do uso ação coletiva proposta pelos legitimados *ope legis* (representantes);
- III. nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, os representados estão em uma situação mais vulnerável do que os titulares de direitos individuais homogêneos representados pelos legitimados *ope legis* no âmbito de ação coletiva, o que acarreta uma preocupação maior com o controle de representatividade adequada;
- IV. a seleção adequada dos processos representativos da controvérsia mostra-se necessária e de extrema importância para a legitimidade do procedimento de formação da tese jurídica;
- V. é necessário que o órgão julgador fundamente a escolha das causas-piloto, demonstrando que as demandas escolhidas: apresentam as circunstâncias fático-probatórias essenciais para o julgamento do litígio; e contêm diversidade de fundamentos, de modo que expõe, de forma detalhada e abrangente, os argumentos jurídicos relevantes e necessários para o completo e integral deslinde da controvérsia;
- VI. os demais membros do grupo têm o direito de impugnar a escolha dos sujeitos condutores (líderes) dos procedimentos de litigiosidade repetitiva, alegando sua eventual incapacidade técnica ou ausência de condições de representar o grupo ou subgrupo, em razão de conflito ou divergência de interesse;

- VII. há presunção relativa – e não absoluta – de prevalência do processo coletivo para ser selecionado como causa representativa da controvérsia, em razão do seu interesse público primário e da legitimidade extraordinária por substituição processual;
- VIII. nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, após a decisão de admissão do IRDR ou de afetação do rito dos recursos repetitivos, é necessário que o relator profira decisão de saneamento e organização do procedimento, visando a: definir o seu objeto e os seus limites; certificar a representatividade adequada dos membros do grupo; e traçar as diretrizes e determinar as medidas necessárias para o seu processamento;
- IX. a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) se insere como instrumento necessário para garantir o controle da representatividade adequada dos litigantes (principalmente, os eventuais), diminuindo as assimetrias de força e propiciando o direito à defesa e contraditório de todos os interessados no litígio;
- X. é possível e conveniente que a decisão de saneamento e organização do processo (certificação) seja prolatada, após a realização de audiência de saneamento do feito em cooperação com as partes, em razão da complexidade da causa em matéria de fato ou de direito, conforme autoriza o artigo 357, §3º, do CPC;
- XI. o regimento interno dos tribunais tem especial importância na função de disciplinar o saneamento e a organização dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, bem como regulamentar ferramentas de participação dos litigantes e interessados, como a audiência pública, diante do seu papel de fonte complementar às normas legislativas;
- XII. os institutos de participação popular de caráter não vinculante, de consulta ou meramente opinativos utilizados pela Administração Pública (audiência pública, consulta pública e orçamento participativo) podem influenciar e contribuir para o aprimoramento e melhoria dos institutos participativos previstos para a esfera jurisdicional, principalmente no âmbito dos procedimentos que integram o microsistema de julgamento de casos repetitivos, no tocante a sua regulamentação e modo de utilização, bem

como no uso de tecnologias da informação e comunicação e da internet para ampliar e fomentar a participação e a contribuição argumentativa dos interessados;

- XIII. é relevante e conveniente que seja disponibilizada no *síte* do tribunal uma lista (banco de dados) relacionando, de forma sintetizada, todos os argumentos favoráveis e contrários a fixação de determinada tese, apresentados no âmbito do processo representativo da controvérsia pelos sujeitos condutores (líderes) ou por eventuais intervenientes;
- XIV. o uso de tecnologias da informação e comunicação e da internet promove ampliação da participação dos interessados nos procedimentos que integram o microssistema de julgamento de casos repetitivos, cabendo ao Poder Judiciário investir no desenvolvimento de ferramentas e recursos que aperfeiçoem a publicidade e a modalidade de intervenção dos sujeitos que podem contribuir para a formação da tese jurídica;
- XV. a audiência pública constitui importante ferramenta com o potencial de agregar informações de especialistas e de terceiros que serão afetados pela tese jurídica, como forma de mitigar o *déficit* de contraditório decorrente da impossibilidade de participação direta de todos os interessados e ampliar o debate;
- XVI. o *amicus curiae* exerce importante papel nos procedimentos que compõem o microssistema de julgamento de casos repetitivos, na apresentação de argumentos técnicos e/ou jurídicos com o propósito de contribuir com o debate;
- XVII. a participação do *amicus curiae* não implica na desnecessidade de participação de outros interessados na formação do precedente judicial, como os “litigantes sobrestados” e os “ausentes”;
- XVIII. é necessário que o órgão julgador fique atento e controle a forma como está ocorrendo a intervenção dos *amici curiae*, para que evite o agravamento entre as disparidades das capacidades estratégicas dos litigantes habituais e ocasionais;
- XIX. a legitimidade do Ministério Público para requerer a instauração de IRDR, em relação à questão de direito comum objeto de demandas em que a

instituição não figure como parte, está condicionada à presença de relevante interesse social, a ser aferido concretamente;

- XX. a Defensoria Pública tem legitimidade para propor o IRDR quando as questões de direito objeto da litigiosidade repetitiva estiver relacionada aos interesses e à defesa das pessoas necessitadas e vulneráveis; e
- XXI. é obrigatória e essencial a intervenção e participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, como fiscal da ordem jurídica e na defesa dos interesses dos necessitados e vulneráveis, respectivamente.

Desse modo, neste estudo pretendeu-se desenvolver uma proposta de representatividade adequada nos procedimentos de litigiosidade repetitiva, mediante a sistematização de institutos, mecanismos e ferramentas, atrelado à possibilidade de participação e ao controle da legitimidade da intervenção dos membros de grupo.

O trabalho pretendeu explorar novas ideias e estimular o debate acerca de tema de extrema importância para o Direito brasileiro. Há, contudo, muito a que se refletir e desenvolver acerca da temática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. INCONSTITUCIONALIDADES do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 240, fev. 2015.

ALMEIDA, Frederico de; CUNHA, Luciana Gross. “**Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do judiciário**”. Trabalho apresentado no evento Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICs. DIREITO GV, Universidade de Winsconsin e ABDI, São Paulo, nov. 2010.

ALMEIDA, Marcelo Eugênio Feitosa. Musterverfahren X Pilotverfahren: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília-DF. v. 9, n. 4, out./dez. 2017.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso de Direito e Concorrência Desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVES, Gustavo Silva. **Ações coletivas e casos repetitivos**: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; BENJAMIN, Antonio Herman; GRINOVER, Ada Pellegrini; VIGORITI, Vincenzo (coord.). **Processo Coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança massificação e a proposta de um 'incidente de demandas repetitivas'. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 196, jun. 2011.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 22, n. 87, jul./set. 1997.

_____. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 87, jul./set. 1997.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

ANDRADE, Érico. “A ‘Contratualização’ do Processo”. *In*: THEODORO JUNIOR, Humberto (coord.). ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; JAYME, Fernando Gonzaga; (Orgs.). **Processo Civil Brasileiro**: Novos Rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

_____. “A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação”. **Revista de Processo**. v. 283. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55 – 106, set. 2018.

_____. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020.

_____. **O Mandado de Segurança**: A busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDREWS, Neil. “Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.167, p. 271 – 287, jan. 2009.

_____. Complex civil litigation in England. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 153, nov. 2007.

_____. Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 169, mar/2009.

_____. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Recursos repetitivos”. **Revista de Processo**. v. 185, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2010.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo** - Para uma legitimação procedimental. Coimbra; Almedina, 1989.

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

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal. *In*: MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (org.). **Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. v. 6, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. *In*: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 11, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA Gustavo. “A cooperação nacional como mecanismo de coletivização: algumas questões preliminares”. **Revista de Processo**. v. 310. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2020.

_____. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**: Precedentes no direito brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas**: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; “Why the 'Haves' come out ahead in Brazil? Revisiting speculations concerning repeat players and one-shotters in the Brazilian litigation setting”. **FGV Direito SP Research Paper Series** n. 141. jan. 2016. São Paulo: FGV, 2016.

_____. “Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting”. **Revista Direito Público**. Porto Alegre, v. 16, n. 88, jul-ago, 2019.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**. Brasília, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVRAHAM, Ronen; WICKELGREEN, Abraham. Third-party funding: a signaling model. **DePaul Law Review**. v. 3, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In* TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert. **Código de Processo Civil Anotado**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BAKOWITZ, M. The German Experience with Group Actions – The Verbandsklag and the Capital Markets Models Case Act (KapMuG). *In*: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C. H.

Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Cambridge: Intersentia, 2014.

BALMER, Thomas A. Sham Litigation and the Antitrust Laws, *In: Buffalo Law Review*, v. 39, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”. *In: Revista de Processo*. v. 61, ano 16, p. 187-200, jan./mar. 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao Básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito Jurisprudencial**. v. II, São Paulo: RT, 2014.

BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. **Revista de Processo**. v. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo**. As Novas Faces do Ativismo Judicial. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (coord.). Salvador: Editora JusPodivm. 2013.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Elementos para a construção de um Direito Jurisprudencial. *In* MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito. Salvador, 2012.

BELLO, Baldomero Cortada de Oliveira. **Sham Litigation: o abuso do direito de demandar no ordenamento jurídico brasileiro**. Londrina: Editora Thoth, 2021.

BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187**. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016.

BENEDUZI, Renato Rezende. Legitimidade Extraordinária de origem negocial. *In* TALAMINI, Eduardo *et al.* **Partes e Terceiros no Processo Civil**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

BENJAMIN. Antônio Herman. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 –**

Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BIAVATI, Paolo. Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2012, n. 2.

_____. “Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: A perspectiva Italiana”. In: ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista (orgs.). **I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BLENNERHASSET, Joanne. **A Comparative Examination of Multi-Party Actions**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2016.

BLÉRY, Corinne. Concentration des moyens ou de demandes et autorité de chose jugée : rien de bien nouveau sous le soleil. **Revista Dalloz**, 2006.

BOBBIO Norberto. La certezza del diritto è un mito?. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**. v. XXVIII, 1951.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BOCHENEK, António César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Orientador: Boaventura de Sousa Santos. 2011. 546 f. Tese. Programa de doutoramento Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia e Faculdade de Direito. Portugal, Coimbra, 2011.

BOHMAN, James. **Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy**. Cambridge. MIT Press, 1996.

BONATO. Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. **Revista de Processo Comparado**. Thomson Reuters. v. 2, p. 121 – 143, jul./dez. 2015.

BOVE, Mauro. **Lineamenti di diritto processuale civile**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.

BRAIBANT, Guy; questiaux, Nicole; WIENER, Céline. **Le Contrôle de L’Administration et la Protection des Citoyens**. Paris: Cujas, 1973.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**: ano-base 2020. Brasília, 2021.

_____. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Brasília: CNJ, 2011.

_____. **Os 100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012.

_____. **Os maiores litigantes em ações consumeristas**: mapeamento e proposições. Brasília: CNJ, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018.

_____. **Supremo em Ação**. Brasília: CNJ, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgInt na Pet 11.838/MS**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019.

_____. **AgInt no REsp 1690987/MG**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018.

_____. **AREsp 1470017/SP**, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.

_____. **EDcl no REsp 1336026/PE**, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/06/2018, DJe 22/06/2018.

_____. **Embargos de Divergência em REsp nº 1.192.577/RS**, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julg. Em 21/10/2015.

_____. **EResp 1280825/RJ**, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018.

_____. **ProAfR no REsp 1881272/RS**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 26/11/2021.

_____. **Recurso Especial nº 555.111/RJ**, Rel.: Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julg. 05/09/2006.

_____. **Recurso Especial nº 672.871/RS**, Rel.: Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julg. 06/12/2005.

_____. Rel. Ministra Laurita Vaz, **Rel. p/acórdão** Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 07/08/2019, DJe 10/09/2019.

_____. **REsp 1.682.836/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018.

_____. **REsp 1085218/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009.

_____. **REsp 1110549/RS**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009.

_____. **REsp 1221254/RJ**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012.

_____. **REsp 1353801/RS**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013.

_____. **REsp 1631846/DF**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

_____. **REsp 1631846/DF**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

_____. **REsp 1631846/DF**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019.

_____. **REsp 1937821/SP**, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 24/02/2022, DJe 03/03/2022.

_____. **REsp 910.192/MG**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010.

_____. **REsp 911.802/RS**, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008.

_____. **REsp 911.802/RS**, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008.

_____. **REsp n. 1.817.845/MS**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 17/10/2019.

_____. **REsp nº 1.143.677 ED-ED/RS**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.21/11/2012.

_____. **REsp nº 1.261.020 ED/CE**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 02/04/2013.

_____. **REsp nº 1.669.635/SP**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data do julgamento: 31/08/2017, Data do julgamento: 15/09/2017.

_____. **Resp. 1.807.665/SC**, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente da Comissão Gestora de Precedentes), DJ 01.07.2019.

_____. **SLS nº 1.425 ED-AgR/DF**, Rel. Min. Felix Fischer, j.02/05/2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1747**, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 22/05/2002, publicação: 28/06/2002.

_____. **ADI 3.510/DF**, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Órgão julgador: Pleno. Data do julgamento: 29.05.2010. Data da publicação: DJe 28.05.2010.

_____. **ADI 3943**, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015.

_____. **ADI 3943**, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015.

_____. **ADI nº 3.615 ED/PB**, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25/04/2008.

_____. **ADI nº 3.934 ED-AgR/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31/03/2011.

_____. **ADI nº 3.937**, Relator Ministro Marco Aurélio, audiência realizada em 24 a 31 de agosto de 2012.

_____. **ADI nº 4.167AgR-ED/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j.27/02/2013.

_____. **ARE 1.307.386/RG**, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2021.

_____. **ARE 1.307.386/RG**, Relator(a): Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2021.

_____. **Pet. 8245/MA**, Min. Dias Toffoli, Presidência, DJe 15/10/2019.

_____. **RE 163.231/SP**, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 29.06.2001.

_____. **RE 550.769-QO/RJ**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. 28.02.2008.

_____. **RE 573.232/SC**, Relator: Ricardo Lewandowski, Relator p/ Acórdão: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, DJ 18/09/2014.

_____. **RE 602584 AgR**, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018.

_____. **RE 612.043 ED**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018, DJe 03-08-2018.

_____. **RE 612.043/PR**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017 DJ 05/10/2017.

_____. **RE 631111**, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014.

_____. **RE 631111**, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014.

_____. **RE nº 586.224/SP**, Relator Ministro Luiz Fux , audiência realizada em 22 de abril de 2013.

_____. **Recurso Extraordinário nº 999435**, Rel.: Min. Marco Aurélio.

_____. Tema nº 675, **ARE 738109 RG** , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 26/09/2013. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

BRASIL, TJAP, **IRDR nº. 0000560-25.2016.8.03.0000**, Pleno, Rel. Des. Luciano Assis, julg. 31.8.2016.

BRASIL, TJDFT, **IRDR nº 07401476020208070000**, Relator: Mario-Zam Belmiro, Câmara de Uniformização, julgamento em 17/5/2021.

_____. **IRDR nº. 20160020134714**, Câmara de Uniformização, Rel. Des. José Divino, julg. 6.6.2016.

BRASIL, TJES, **IRDR nº 100190043917**, Relator: Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho, Tribunal Pleno, julgamento em 14/11/2019.

_____. **IRDR nº. 0037928-30.2016.8.08.0000**, Pleno, Rel. Des. Ewerton Schwab Pinto, julg. 6.3.2017.

BRASIL, TJGO, **IRDR nº 0110797-61.2016.8.09.0000**, Relator: Des. Itamar de Lima, Corte Especial, julgamento em 28/06/2017.

_____. **IRDR nº. 97851-57.2016.8.09.0000**, Corte Especial, julg. 14.12.2016.

BRASIL, TJMG, **IRDR nº 1.0000.18.015868-5/001**, Relator: Des. Afrânio Vilela, 1ª Seção Cível, julg. 05/10/2018.

_____. **IRDR nº 1.0000.20.450926-9/002**, Relator: Des. Renato Dresch, 1ª Seção Cível, julgamento em 20/04/2021.

_____. **IRDR nº 1.0312.18.001321-0/004**, Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 2ª Seção Cível, julgamento em 29/09/2020.

_____. **IRDR: 1.0000.16.032795-3/000**, Relatora: Cláudia Maia, Data de Julgamento: 23/01/2017, 2ª Seção Cível, Data de Publicação: 03/02/2017.

BRASIL, TJPA, **IRDR nº. 0006691-10.2016.8.14.0000**, Pleno, Rel. Des. Maria do Ceo Maciel Coutinho, julg. 30.11.2016; BRASIL, TJPA, **IRDR nº. 0010765-10.2016.8.14.0000**, Pleno, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, julg. 11.11.2016.

BRASIL, TJPR, **IRDR nº. 1567649-4**, Seção Cível, Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Junior, julg. 17.2.2017.

BRASIL, TJRJ, **IRDR no 0023205-97.2016.8.19.0000**, Órgão Especial, Rel. Des. Nildson Araujo da Cruz, julg. 16.5.2016.

_____. **IRDR nº. 32321-30.2016.8.19.0000**, Seção Cível Especializada, Rel. Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, julg. 22.9.2016.

BRASIL, TJRS, **IRDR nº. 70070178678**, Primeira Turma Cível, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julg. 5.8.2016.

BRASIL, TJSC, **IRDR n. 5030513-85.2021.8.24.0000**, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgamento em 25-08-2021.

BRASIL, TJSP, **IRDR nº. 2138039-84.2016.8.26.0000**, Turma Especial – Público, Rel. Des. Leonel Costa, julg. 26.8.2016.

BRASIL, TRF 2ª Região, **Conflito de Competência nº 0004214-80.2016.4.02.0000** (2016.00.00.004214-5), Órgão Especial, Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, julg. 31/07/2018.

BRASIL, TRF4, **Apelação nº 2001.71.01.001497-1**, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 18/01/2010.

_____. **IRDR nº 5032883-33.2018.4.04.0000**, Terceira Seção, Relator: Des. João Batista Pinto Silveira, julg. Em 21/08/2019.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RODC 30900-12.2009.5.15.0**, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, j. em 10.08.2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. “As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”. **Revista de Processo**. v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996.

_____. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Comentários ao art. 138. *In: Comentários ao Código de Processo Civil – Volume 1* (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público**. São Paulo: Saraiva, v.2, t. III, 2010.

_____. **Intervenção de Terceiros: Questões Polêmicas**. 3ª ed. São Paulo: CPC, 2004.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. O modelo constitucional do direito processual civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 161, ano 33, jul. 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. **Revista de Processo**. v. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 201 – 223, maio 2014.

_____. “O novo Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. **Revista de Processo**. v. 147, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

_____. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial”. **Revista de Processo**. v.117, São Paulo: revista dos Tribunais, set-out/2004.

_____. Comentários ao artigo 138. *In: Comentários ao Código de Processo Civil*. STRECK, Lênio Luiz (org.); NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (coord). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Comentários aos arts. 976 a 987. *In: Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Convenções sobre os custos da litigância (ii): introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo**. v. 277, mar. 2018.

_____. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre os polos da demanda. **Revista Forense**, v. 104, ano 105. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago. 2009.

_____. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Nulidades no Processo Moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR, Hermes. “Entidades de Infraestrutura Específica para Solução de Conflitos Coletivos: Claims Resolution Facilities e sua aplicabilidade no Brasil”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 287, jan. 2019.

CADIET, Loïc; HESS, Burkhard; ISIDRO, Marta Requejo. “Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods”. **Revue de Droit Internationale Privé**. Dalloz, jan. 2019.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit judiciaire privé**. 5. ed. Paris: LexisNexis Litec, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti**. Volume settimo. Napoli: Morano Editore, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

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* (org.). **Novas tendências do processo civil**. v. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 243, mai. 2015.

CAMPOBASSO, Mario. **Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo. Le nuove leggi civili commentate**, Milano, anno XLI, n. 3, 2018.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CANAN, Ricardo. **Políticas Públicas e Defesa do Consumidor**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 34.1. jan./jun. 2014.

CAPONI, Remo. "Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche". **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. v. 65, n. 2. Padova: Cedam, 2011.

_____. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistêmicas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 192, fev. 2011.

_____. **'Doing Business' come scopo della giustizia civile? ('Doing Business' as a Purpose of Civil Justice?)** (February 22, 2015). *Il Foro Italiano*, v. 3, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee**. Bologna: Il Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to justice**. v. III, Emerging issues and perspectives. The Florence access-to-justice project. 1 v. XXXV-603.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo**: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2018.

CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. **Arbitragem e Financiamento por Terceiros**. São Paulo: Almedina, 2020.

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 15. 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Mandado de Segurança – Assistência e amicus curiae”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 24, jul./ago. 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 138. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Tradução: Antônio Roberto Hildebrandi, 3ª ed. São Paulo: EDIJUR, 2020.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Autocomposição judicial: o meio mais rápido e barato para a macdonaldização das decisões? Análise segundo o CPC que ama muito tudo isso. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (org.). **Novas tendências**: diálogos entre direito material e processo - estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third-Party Funding**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do direito no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. “Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 238, dez. 2014.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAVES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. **Harvard Law Review**. v. 89, n. 7, mai. 1976.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil. V. 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1975.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello Stato democratico. *In: **Il Processo Civile nello Stato Democratico***. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, University of Chicago, Volume 3, p. 42-44, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). *In: **Enciclopedia giuridica***. v. 8, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 4ª ed. 2 v. Bologna: Il Mulino, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. “O indispensável direito econômico”. *In: **Revista dos Tribunais***. n. 353. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965.

_____. A nova cidadania. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo, n. 28-29, abr.1993.

CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. “Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania”. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno LX, n. 3, set. 2006.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 3ª ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.

COQ, Véronique. Que'est-ce que la 'jurisprudence constante'? **Revue Française de droit administratif – rfa**. Paris: Dalloz, n. 2/2014.

COSTA, Susana Henriques da. “Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial”. *In: **O Processo em Perspectiva***: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Coord: Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. “Mesa de debates: Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 4, 2017.

_____. A Representatividade Adequada e Litisconsórcio – O projeto de Lei nº 5.5139/2009. *In: GAZZOLI, Maria Clara, et al (coord.)*. **Em Defesa de um Novo**

Sistema de Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. *In:* SALLES, Carlos Alberto de. (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro:** homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João E. “Uma hipótese de *Defendat Class Action* no CPC? O Papel do Ministério Público na Efetivação do Contraditório nas Demandas Possessórias Propostas em Face de Pessoas Desconhecidas”. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 250, p. 315-337, 2016.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Buenos Aires: Depalma, 1974.

CUNHA, Alcides Munhoz da. “Evolução das Ações Coletivas no Brasil”. **Revista de Processo.** v. 77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./mar. 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A assistência no projeto do novo Código de Processo Civil”. *In:* **O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudo em homenagem a Thereza Alvim.** Arlete Inês Aurelli et. al (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** v. 193. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo.** v. 179, jan/2010.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro. **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário:** uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe** – elementos para reforma. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington D.C: Banco Mundial, 1996.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Bruno. SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. “o contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial”. **Revista de Processo.** v. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2020.

_____. “Impactos transnacionais da tutela coletiva norte-americana: como a crise das class actions levou o Brasil a optar pela tutela pluri-individual”. *In:* Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. (org.). **Incidente de**

Resolução de Demandas Repetitivas: paranoma e perspectivas. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. “Evolução da técnica processual do individualismo exacerbado ao coletivismo artificial: o IRDR como ferramenta de equilíbrio do sistema”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 22, p. 143-169, 2021.

DE ALMEIDA, Ananda Palazzin. **O Ministério Público como litigante habitual:** uma atuação estratégica? 2019. 401p. Dissertação (Mestrado. Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

DEL VECHIO, Giorgio. **Teoria del Estado**. Barcelona: Editorial Bosh, 1956.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. v. 191, jan.-mar. 1993.

DE VITA, Fabrizio. **La degiurisdizionalizzazione nel Code des procédures civiles d'exécution française**.

DI SARNO. Daniela Campos Libório. Audiência Pública na gestão democrática da política urbana. *In*: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coord.). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno:** novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIBBLE, Vernon K. “What Is and What Ought to Be: A Comparison of Certain Formal Characteristics of the Ideological and Legal Styles of Thought”. **American Journal of Sociology**, v. 79, n. 3, 1973.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. v. I. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Cooperação Judiciária Nacional: Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v 2. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica”. *In*: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Julgamento de Casos Repetitivos. Coleção Grandes Temas do Novo CPC** (v. 10). Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III, 13ª ed. - Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**. v. 258, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. “Ações Coletivas e o Incidente de Julgamento de Casos Repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 256, p. 209-218, jun. 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo**. v. 4, 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. V. 4. 6ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; ALVES, Gustavo Silva. “Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos”. **Civil Procedure Review**. v. 10, jan./abr. 2019.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 75, jan./mar. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “O conceito de mérito em processo civil”. *In*: **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DODSON, Scott. Subclassing. **CardozoL. Rev.** [S.I.], v. 27, 2005.

DUARTE, David, **Procedimentalização, Participação e Fundamentação**: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade como Parâmetro Decisório, Almedina, 1996.

EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. **Law & Society Review**, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, 1999.

EID, Elie Pierre. Amicus curiae no novo Código de Processo Civil: interesses e poderes. *In*: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al (org.). **Processo em Jornadas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. Multilateralidade no processo civil: divergência de interesses em posições jurídicas. **Revista de Processo**. v. 297, nov. 2019.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. **The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation**: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, v. 57, p. 1.530-1.531, 2004.

FACHINELLO, João Antonio Tschá. Subclassing em ações coletivas: a segmentação da classe em subgrupos, a partir da experiência estadunidense. **Revista de Processo**. v. 326. ano 47. São Paulo: Ed. RT, abr. 2022.

FALCÃO, Joaquim. "Acesso à Justiça: diagnóstico e tratamento". *In*: Associação dos Magistrados Brasileiros (org.). **Justiça: promessa e realidade**: acesso à justiça em países iberoamericanos. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1996.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Participação de Terceiros na Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. **A Lealdade Processual na Prestação Jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FAZZALARI, Elio. Voce: Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1986.

FEDOZZI, Luciano. **Orçamento Participativo de Porto Alegre**: Gênese, avanços a limites de uma ideia que se globaliza Cidades- Comunidades e Territórios - RCAAP. Jun. 2009.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2015.

_____. Litígios Estruturais: algumas implicações da publicidade do processo. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

FERRAZ, Luciano. Novas Formas de Participação Social na Administração Pública: Conselhos Gestores de Políticas Sociais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 7, 2004.

FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. **O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes**. Dissertação apresentada como requisito para conclusão de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiros e a independência do árbitro. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; WAEDE JR, Walfrido J.; GUERREIRO, Carolina (coord.). **Direito Empresarial e outros estudos em**

homenagem ao Prof. José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FIGUEIREDO, Rubens; LAMOURNIER, Bolívar. **As Cidades que Dão Certo.** Brasília: MH, 1996.

FISS, Owen. “Contra o Acordo”. **Direito como Razão Pública:** processo, jurisdição e sociedade. (coord.) trad. Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho; Melina de Medeiros Rós. Maria Cecília de Araujo Asperti. 2ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Juruá, 2017.

_____. The allure of individualism. *In: Iowa Law Review*, v. 78, 1993.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil.** Precedentes. Coord: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.; Lucas Buriel de Macêdo. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. **Administração Pública como Litigante Habitual:** A Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos. Londrina: Editora Thoth, 2021.

_____. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. **Revista de Processo.** v. 247, 2015.

_____. **Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREIRE, Alexandre. Comentários aos arts. 1.036 a 1.042. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FREITAS, José Lebre de. **A ação executiva.** 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 29/31; PINTO, Rui. **A ação executiva.** Lisboa: AAFDL, 2019.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório. **Revista de Processo.** v. 302, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2020.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. “Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa”. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito.** v. 6, p. 152-181, 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation

Setting. *SSRN English & Commonwealth Law e Journal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, 2016.

GAGNO, Luciano Picoli. Tutela mandamental e efetividade dos direitos individuais homogêneos. *Revista dos Tribunais*. v. 953, mar. 2015, p. 223-257;

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: compreensões e dinâmicas em sua aplicabilidade aos Juizados Especiais Cíveis”. *In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139. *In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GALANTER, Marc. “Access to Justice in a world of expanding social capability”. *Fordham Urban Lw Review Journal*. n. 37, p. 115-128, 2010.

_____. “Acesso à justiça em um mundo de capacidades em expansão”. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. Tradução: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Porto Alegre: ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

_____. Access to Justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Review Journal*, n. 37, 2010.

_____. **Porque “quem tem” sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação no direito. Organizadora e tradutora: Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

_____. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, 1974.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. 2. Buenos Aires: La Ley, 2006.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. **Orçamento Participativo – A experiência de Porto Alegre**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.

GENSLER, Steven S. **Civil Procedure**: Class Certification and the Predominance Requirement Under Oklahoma Section 2023 (B)(3). *Okla. L. Rev. [S.I.]*, v. 56, n. 2, 2003.

GIBBONS, Susan M. C. **Group litigation, class actions and Lord Woolf’s three objectives**: a critical analysis. *Civil Justice Quarterly*, v. 27, 2008.

GIDI, Antonio. **A Class Actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas: uma proposta. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 108, n. 61, 2003.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil. **Civil Procedure Review**. v. 12, n. 1: jan./abr. 2021.

_____. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

GILLES, Miriam. **Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions**. In. Cardozo Working Paper nº 278. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009.

GIUSSANI, Andrea. **Azioni collettive risarcitorie nel processo civile**. Bologna: Il Molino, 2008.

GIUSEPPE, Crucitta; ROSA, Francaviglia. Corte di Cassazione – **Sezioni Unite Civili – Sentenza del 15/11/2007 n. 23726 – Tutela giudiziaria di credito monetario unitario** – Possibilità di Frazionamento – Configurabilità – Contrarietà a regole di correttezza e buona fede ed al principio del giusto.

GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter's "Why the 'Haves' Come Out Ahead". In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). **In Litigation: Do the "Haves" Still Come Out Ahead?** Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003.

GOMES JR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2ª ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. "Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015". **Revista de informação legislativa: RIL**. v. 52, n. 208, p. 189-202, out./dez. 2015.

_____. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (org.). **Política judiciária, gestão e administração da justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”. **Revista Forense**, v. 361, 2002.

_____. “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”. **Revista de processo**. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Legitimidade da Defensoria Pública para ação civil pública. **Revista de Processo**. v. 165, nov./2008.

_____. O tratamento dos processos repetitivos. *In: Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. Coord: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Requiem para a reforma dos processos coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 42, n. 265, mar. 2017, p. 213-218.

GROSS, Luciana Cunha, *et al.* Acesso à Justiça e Desigualdades: uma entrevista com a professora Rebecca Sandefur. **Revista de Direito Getúlio Vargas**. v. 16, n. 2, São Paulo: Oct. 2020.

GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? **Law & Society Review**, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, 1999.

GUEDES, Cintia Regina. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: como garantir o contraditório aos terceiros que serão afetados pela tese jurídica?”. *In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. **Coordenadores**: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAZARD JR, Geoffrey C. "Law Reforming in the Anti-Poverty Effort". *The University of Chicago Law Review*, v. 37, n. 2, 1965.

HENDERSON, Dan Fenno . "Law and Political Modernization in Japan". *In*: WARD, Robert E. (ed.). **Political Development in Modern Japan**. Princeton: Princeton University Press, 1968.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Third party funding ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, out -dez. 2016.

HILL, Flávia Pereira. "Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC". *In*: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

HODGES, Chistopher. **The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. **The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2010.

INGLEZ DE SOUZA, Ricardo, O abuso do direito de petição como infração à ordem econômica (sham litigation). *In*: ZANOTTA, Pedro, e BRANCHER, Paulo (org.). **Desafios atuais da regulação econômica e concorrência**, São Paulo, Atlas, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis**. Brasília: 2013.

ISSACHAROFF, Samuel. **Civil Procedure**. New York: Foundation Press, 2005.
_____. Governance and legitimacy in the law of class actions. *in*: *The Supreme Court Review*, 1999, p. 337-392; COOPER, Edward H. The (cloudy) future of class actions. *in*: **Arizona Law Review**, v. 40, 1998.

JACOB, Herbert. **Debtors in Court: The Consumption of Government Services**. Chicago: Rand McNally, 1969.

JAYME, Fernando Gonzaga. "Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro". *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 227, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos Extraordinário e Especial repetitivos. **Processo Civil Brasileiro: Novos rumos a partir do CPC/2015**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo**. Revista de Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.

KAGAN, Robert. A. **Adversarial legalism: The American way of law**. Harvard University Press, 2003.

KANTNER, Mag. Manfred. “Il contenzioso di massa” in Austria. *In*: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio. **Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo**. Milano: Giuffrè, 2008.

KLONOFF, Robert. **Class actions and other multi-party litigation in a nutshell**. St. Paul: WestAcademic, 2012.

KLONOFF, Robert. H; BILICH, Edward K.M; MALVEAUX, Suzette M. **Class actions and other multi-party litigation: cases and materials**. American casebook series. 2 ed. Thomson West: 2006.

KOCH JR, Charles H. “Some kind of hearing” in England. *In*: **William and Mary Law Review**, v. 23, n. 2, 1981.

LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**. v. 206. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LANGENEGGER, Natalia. **Legitimidade ativa de pessoas físicas em ações coletivas**: incentivos e desincentivos institucionais. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

LEMOS, Vinicius Silva. “O recurso da decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas e a sua tramitação no tribunal superior”. *In*: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e Processos nos Tribunais no Novo CPC**. São Paulo: Lexia, 2015.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exame à luz da *Group Litigation Order* Britânica. **Revista de Processo**, n. 196, jun. 2011.

LEVY, Laurent; REGIS, Bernard. Third Party Funding. Disclosure, joinder and impact on international procedures. *In*: CREMADES, Bernardo; DIMOLITSA, Antonias. **Third-party funding in International Arbitration**. Dossiers – ICC, Paris, 2013.

LINO, Daniela Bermudes. **Conexão e Afinidade**: Critérios para a aplicação dos artigos 55, §a aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e VI, do CPC/2015. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

LIPIANI, Júlia. **Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente**. *Civil Procedure Review*, v.5, n.2, maio/ago. 2014.

LLOBREGAT, José Garberí. **El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. Barcelona: Bosch, 2008.

LOPUCKI, Lynn M.; WEYRAUCH, Walter O. "A Theory of Legal Strategy". **Duke Law Journal**. v. 49, n. 6, 2000.

LOWMAN, Michael K. The Litigation Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave. **American University Law Review**. v. 41, n. 4, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Anthropos. Santiago: Universidad IberoAmericana, p. 1996.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto Processuale Civile**. 4ª ed. v. I, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

LUMINOSO, Angelo. Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno LXIII, n. 1, 2017.

LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova** – técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual. Tese apresentada como requisito para a conclusão de Doutorado em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

LUPOI, Michele Angelo. **Tra flessibilità e semplificazione** – Un embrione di case management all'italiana? Bologna: Bononia University Press, 2018.

MACAULAY, Stewart. **Law and the Balance of Power**: The Automobile Manufacturers and Their Dealers. New York: Russell Sage Foundation. 1966.

MACÊDO, Lucas Buril de. "Influência do sistema brasileiro de precedentes no interesse recursal". *In*: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 13. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. O Controle Judicial da Representação Adequada: Notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. **Revista de Processo**. v. 227. 2014.

_____. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. **Journal of Legal Analysis**, University of Oxford, Oxford University Press, Volume 1, Number 1, p. 167-169, Winter 2009.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. **Revista de Processo**, v.106, abr.-jun. 2002.

MAIA, Maurilio Casas. O Ministério Público e a Defensoria Pública como intervenientes constitucionais autônomos no IRDR: sobre as legitimidades institucionais de Custos Iuris, de Custos Vulnerabilis e de Amicus Communitatis. *In*: PORTO, José Roberto Mello; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. (org.). **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panoramas e Perspectivas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____. **Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva: A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos Estruturais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. “O ‘problema’ do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 249, nov. 2015.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Decisão de questão idêntica x Precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 42.

_____. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. **A Força dos Precedentes**. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. v. I - 2ª. ed.** São Paulo, Ed. RT, 2016.

_____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed.** São Paulo: RT, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Milenium, 2000.

MARTINO, Fernanda Dalla Valle, A efetividade da doutrina da sham litigation no Brasil, *In: Revista do IBRAC*, v. 19, ano 18, jan./jun. 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular. 2ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado de Direito Administrativo.** Coord: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito constitucional interpretado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MATTOS, Luiz Norton Batista. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC”. *In: GAJORDONI, Fernando da Fonseca. (coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC, Magistratura.* v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. “A ação popular e o microssistema da tutela coletiva”. *In: Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 7.717/65.* São Paulo: RCS, 2006.

MAZZELLI, Hugo Nigro. A Atuação do Ministério público nas Ações Coletivas – O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos. *In: GAZZOLI, Maria Clara, et al (coord.). Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.* São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 31ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação.** Curitiba: CRV, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. *In*: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). **Julgamento de casos repetitivos (Grandes Temas do NCCP)**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MELO, Cristina Andrade. **Audiência Pública na Função Administrativa**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; CASTRO, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (orgs.). **Direito Processual coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. “Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 211, Set/2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Julgamentos de Casos Repetitivos: Critérios de Seleção dos Casos Paradigmáticos e Formação de Precedentes**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 20-29, 1999.
 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas**. Brasília: 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. v. 51, n. 2, p. 105-119, 24 fev. 2014.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Juizados Especiais”. *In: Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; DANTAS, Bruno; NOLASCO, Rita Dias. (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito Processual Civil**. 13ª ed. São Paulo: 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos” nas seguintes obras: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. *In: Revista dos Tribunais*. v. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”. *In: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; ALVIM, Teresa Arruda; VIGORITI, Vincenzo. (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Temas de Direito Processual: quinta série**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Temas de Direito Processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MULHERON, Rachael, Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England. **Modern Law Review**, v. 70, nº. 4, jul.2007.

_____. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2004.

MULLENIX, Linda S. **Taking Adequacy Seriously: The Inadequate Assessment of Adequacy in Litigation and Settlement Classes**. *Vand. L. Rev. [S.I.]*, v. 57, 2004.

NERY JR, Nelson. “O processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, p. 24-35, 1991.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Editora Lumes Juris, 2006.

_____. Precedentes, padronização decisória preventiva e Coletivização – Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. “Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivo”. *In*: **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et al* (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2320.

_____. Do Julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *In*: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. (org.). **Breves comentários ao Novo código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, set. 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **A doutrina do precedente judicial**: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinela (org.). **Novo CPC**. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. *In*: **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. v. I. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à Justiça Democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. *In*: MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. “A polêmica acerca da força vinculante dos precedentes judiciais”. *In: Inovações e Modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. “Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica”. **Revista de Processo**. v. 280, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jun/2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. v. 15, 1998.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26. Rio Grande do Sul, 2006.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. “Os requisitos do IRDR: entre o procedimento-modelo e a causa-piloto”. *In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. “O poder normativo dos tribunais: Regimentos internos como fonte de normas processuais”. *Civil Procedure Review*. v. 11, n. 2: mai.-ago. 2020.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. **A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do excesso de acesso**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

OSNA, Gustavo. **Direitos Individuais Homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 2004.

PALOCCI FILHO, Antônio. **Dando a Volta por Cima**. São Paulo: Scritta, 1996.

PARTON, Diana. Procedure – Class Action – Adequacy of representation – Munhoz v. Arizona State University, 80 R.R.D. 670 (D. Ariz. 1978). **Arizona State Law Journal**, n. 893, 1979.

PASSANANTE, Luca. **Il precedente impossibile**. Torino: Giappicheli Editore, 2018.
PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Mandado de segurança coletivo”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, 1993.

_____. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PATTERSON, Roger J. "Dispute Resolution in a World of Alternatives". **Catholic University Law Review**, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, Spring 1988.

PEIXOTO, Ravi. "Presente e futuro da coisa julgada no processo coletivo passivo: uma análise do sistema atual e as propostas dos anteprojetos". **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 256, p. 229-254, 2016.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na Administração Pública.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

PERROT, Roger; THÉRY, Philippe. **Procédures civiles d'exécution.** 2. ed. Paris: Dalloz.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo.* Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simões. Esgotamento do modelo de desenvolvimento excludente no Brasil e ressemantização das atividades de planejamento e articulação governamentais à luz do paradigma democrático. *In: Paulo Modesto. (org.). Nova organização administrativa brasileira.* 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PISANI, Proto. **Le tutele giurisdizionali dei diritti. – studi.** Napoli: Jovene Editore, 2003.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Acesso à Justiça: Projeto Florença e Banco Mundial.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2009.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional.** Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2012.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RHODE, Deborah L. **Whatever Happened to Access to Justice,** 42 Loyola of Los Angeles Law Review, 2009.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. *In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. Coordenadores: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; José Roberto Mello Porto. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

RICKMAN, Neil. The Economics of Cost-shifting Rules. *In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

ROCHA, Felipe Borring. “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Juizados Especiais Cíveis Estaduais: uma união feliz?”. *In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PORTO, José Roberto Mello (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: RT, 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “Técnicas individuais de repercussão coletiva X técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? *In: Processo Coletivo*. (coord.): Hermes Zaneti Jr. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. “Ações coletivas e procedimentos para a resolução de casos repetitivos”. *In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 10. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Class actions. **Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR, Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 15-22, Curitiba, ago./dez. 2009.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. v. 1. Buenos Aires: E. J. E. A, 1955.

ROSS, H. Laurence. **Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment**. Chicago: Aldine. 1970.

ROSSI, Júlio César. “O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 208, jun. 2012.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo CPC: das inadequações às inconstitucionalidades**. Curitiba: Juruá, 2016.

ROTHSTEIN, Lawrence E.. "The Myth of Sisyphus: Legal Services Efforts on Behalf of the Poor". **University of Michigan Journal of Law Reform**, v. 7, 1974.

SADEK, Maria Tereza. "Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos". **Revista USP**. n. 101, mar./abr./maio 2014.

_____. "Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política" *In*: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo (coord). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. São Paulo: GEN, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocadas. *In*: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela nas Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

SANDEFUR, Rebecca L. Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. **Annual Review of Sociology**. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista brasileira de ciências sociais**, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, n. 30, ano 11, fev. 1996.

SANTOS, Marina França. "Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil". **Revista Forense**. v. 420, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHELLING, Thomas C. **The Strategy of Conflict**. New York: Oxford University Press, 1963.

SERIO, Mario. **La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario ingleses. Europa e diritto privato**. n. 2, 2013.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. "Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015". **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 257, jul. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário. **Revista de Processo**. v. 236, out. 2014.

_____. Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015. **Revista de Processo**. v. 256, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2016.

_____. Congestionamento viários e congestionamento judiciário. **Revista de Processo**. v. 236, out. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro**. Tese (Livre-docência - Departamento de Direito Privado e Processo Civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2018.

_____. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ricardo Menezes da. **Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo Código de Processo Civil**. Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na Linha de Pesquisa em Direito das Relações Sociais, sob a Área de Concentração em Direito Processual Civil. Curitiba, 2019.

SILVA, Ticiano Antes e. Intervenção do sobrestado no julgamento por amostragem. **Revista de Processo**. v. 128, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2010.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **Litigiosidade Repetitiva, Processo e Regulação: Interações entre o Judiciário e o Órgão Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos**. – Salvador: editora JusPodivm. 2021.

SIMMEL, Georg. “A natureza sociológica do conflito”. In: MORAES FILHO, Evaristo de (org.). **Simmel**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1983.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e Município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (SBDP). **Ações Coletivas no Brasil: Temas, Atores e Desafios da Tutela Coletiva**. Série Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. **Revista Direito GV**. v. 31, n. 1, FGV: São Paulo, jan./abr. 2017.

SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. **Why the Haves Don't Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged**. Political Research Quarterly, The University of Utah, Volume 53, Number 3, September 2000.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Karla Oliveira Resende. **Participação Administrativa: análise ao Orçamento Participativo**. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 1ª edição - ano 2006 - 2ª reimpressão - ano 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Geirges. Comentários ao artigo 927. *In: Comentários ao Código de Processo Civil*. CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; STRECK, Lenio Luiz (org.). FREIRE, Alexandre. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TALAMINI, Eduardo. “A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos”. *In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coord.). Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC (v. 10). Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 241, mar. 2015.

_____. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: RT, 2018.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *In: Revista de Processo*. v. 34, nº 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2009.

_____. *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 125; SASSANI, Bruno. La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici. **Rivista di Diritto Processuale**. 2019, n. 1.

_____. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. n. 1, 2001.

_____. **Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective.** *Duke Journal of Comparative & International Law*, v.11, 2000.

_____. Note sparse sul precedente giudiziale. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.** 2018, n. 1.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A Certificação Coletiva: Organizando as Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. A participação no julgamento de casos repetitivos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo.** v. 191. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2011.

TEMER, Sofia. “Recursos no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: quem pode recorrer da decisão que fixa a tese jurídica?”. *In: A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim.* Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil”. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro,** Belo Horizonte, v. 23, n. 91, jul./set. 2015.

TESHEINER, José Maria. **Processos coletivos:** ações transindividuais e homogeneizantes. Porto Alegre: Edição do Autor, 2015.

THEODORO JR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In: CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto (org.).* Processo e Constituição **Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

_____. As novas codificações francesa e portuguesa e a desjudicialização da execução forçada. *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques; RIBEIRO, Flávia Pereira (coords.).* **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil.** Curitiba: Juruá, 2020.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I. 56ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “Impactos da Constituição Federal na Evolução do Processo Civil”. *In: 30 Anos da CF e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, p. 303 – 355, 2018.

_____. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 315, maio 2021.

_____. **Precedentes no Processo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). **Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro** (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 168, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro - Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. v. 189, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco;. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**. v. 224, p. 122-152, 2013.

_____. “Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário”. **Revista de Processo**. ano 34. n. 177, nov. 2009.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; VIANA, Taís Costa Teixeira. O (pseudo)enquadramento de demandas repetitivas 146 como espécie de processo civil coletivo no Código de Processo Civil de 2015. *In: Eficiência, eficácia e efetividade: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil*. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Mônica Sette Lopes e Camila Silva Nicácio (org.). Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

TIDMARSH, Jay; TRANGSRUD, Roger H. **Modern Complex Litigation**. 2ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2010.

TOFFOLI, Vitor. “Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas” **Revista de Processo**. v. 36, n. 197, p. 271-295, jul. 2011.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LV, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, v. 242, abr. 2015.

UZEDA, Carolina. **Interesse recursal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

VEDEL, Georges; DELVOVÉ, Pierre. **Le Système Français de Protection des Administrés** contre l'Administration. Paris: Sirey, 1991.

VENTURI, Elton. Disposições gerais. *In*: GIDI, Antonio; MARC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos**: um diálogo ibero-americano. Salvador: JusPodivm, 2009.

VERBIC, Francisco. **El remedio estructural de la causa “Mendoza”**: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anais - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.* v. 43, p. 267-286, 2013.

_____. **Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires**. LLBA, 2009 (febrero).

VERDE, Giovanni. **Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata**, *Rivista di Diritto Processual*, 2011, n. 3.

VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2º do CPC. *In*: DIDIER JR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos”. *In*: MILARÉ, Edis; *et al* (coords). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milão: Giuffrè, 1979.

_____. **Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire**. Milão: Giuffrè, 1979.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. “Ações coletivas passivas: por que elas não existem nem deveriam existir? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 278, p. 297-335, abr. 2018.

_____. “Tipologia dos Litígios Transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva”. *In*: **Revista de Processo**. v. 247 - São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 353-384, 2015.

_____. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

_____. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista Interesse Público**. v. 3, 2020.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo Coletivo e Direito à Participação**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. **Introdução ao Processo Civil e à Resolução de Conflitos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

WALD, Arnoldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. “Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos”. **Revista de Processo**. v. 163, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. v. I, São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: RT, 2016.

WATANABE, Kazuo. *et al* **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. v. 2, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del processo”. *In*: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**. México: Porrúa, 2003.

_____. “Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas”. *In*: WATANABE, Kazuo (org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas** (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984). São Paulo: RT, 1985.

_____. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processo coletivo e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

WOLKART, Erik Navarro “O fetiche dos microssistemas no novo Código de Processo civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos”. *In*: **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/15**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Dierle Nunes, Aloisio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

WOOLF, Harry. **Access to Justice**: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London: The Stationery Office, July 1996.

YEAZELL, Stephen C. **Civil Procedure**. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

_____. From Group Litigation To Class Action. Part II: Interest, Class, and Representation. University of Illinois **Law Review**, University of Illinois College of Law, Volume 1989.

_____. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 206, abr. 2012.

ZANETI JR, Hermes. “Litigiosidade Repetitiva? Avanços, Desafios e Perspectivas de Futuro”. *In*: **Inovações e Modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. Organização: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana

Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____. “Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015”. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesual**. v. 7, jan./jun. 2018

_____. Comentários aos arts. 926 a 928. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 68.

ZAVASCKI, Teori Albino. “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 127, jul./set. 1995.

_____. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZUCKERMAN, Adrian. **The Challenge of Civil Justice Reform**: Effective Court Management of Litigation. City University of Hong Kong Law Review. Kowloon: CityU, 2009.

ZUFELATO, Camilo (org.) *et al.* **Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP**: Dados de incidentes suscitados de 18 de março de 2016 a 15 de junho de 2018. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2019.

_____. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. *In*: GOZZOLI, Maria Clara *et al.* (org.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Atuação das associações no processo coletivo e tentativa de desfazimento de um grave mal-entendido na jurisprudência do STF e STJ: ainda o tema dos limites subjetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**. v. 269, p. 347-386, jul. 2017.

ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio. “Meios de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. **Revista de Processo**. v. 286. ano 43, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez. 2018.