

A TUTELA DE SITUAÇÕES JURÍDICAS COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE AS AÇÕES COLETIVAS E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS INSTITUÍDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

THE PROTECTION OF COLLECTIVE LEGAL SITUATIONS IN BRAZILIAN LAW: A COMPARISON BETWEEN CLASS ACTIONS AND THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS ESTABLISHED BY THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Handel Martins Dias²

Doutor em Direito Processual (USP, São Paulo/SP, Brasil)

Alexandre Lipp João³

Professor de Direito do Consumidor (FMP, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito processual civil.

RESUMO: Por meio de pesquisa da legislação nacional, da literatura

jurídica e da jurisprudência, assim como da metodologia participante para a interpretação do fenômeno jurídico e normativo, este trabalho examina a

¹ Este artigo é resultado de investigação realizada no âmbito do projeto de pesquisa intitulado *Garantias processuais civis dos bens transindividuais*, integrante do grupo de pesquisa científica *Tutelas à efetivação dos direitos transindividuais* do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Porto Alegre/Brasil).

² Advogado. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Processual nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisador e Coordenador da Pesquisa da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC). *E-mail:* handel@lawyer.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5006783339902786>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4078-6215>.

³ Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). *E-mail:* alippjoao@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5139080568288634>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8396-5953>.

tutela de situações jurídicas coletivas no direito processual brasileiro. O objetivo precípua do estudo consistiu em cotejar as ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas, instituído pelo novo Código de Processo Civil. Constatou-se que, embora guardam alguns aspectos processuais comuns, o que mais releva são suas diferenças, especialmente pela gravidade de suas repercussões. Concluiu-se que devem prevalecer as ações coletivas como instrumento processual para a tutela jurisdicional de direitos metaindividuais.

ABSTRACT: *All through the research of national legislation, law literature and jurisprudence, as well as the participatory methodology for the interpretation of the legal and normative phenomenon, this paper examines the protection of collective juridical situations in the Brazilian procedural law. The main objective of this study was about to compare the class actions and the incident of resolution of repetitive demands, established by the new Civil Procedure Code. It was found that, although they have some common procedural aspects, what matters are their differences, especially because they have seriousness in their repercussions. Was concluded that class actions should prevail as a procedural instrument for the judicial protection of law collective rights.*

PALAVRAS-CHAVE: processo coletivo; IRDR; direitos transindividuais; segurança jurídica; casos repetitivos.

KEYWORDS: *collective process; IRDR; group rights; judicial security; repetitive cases.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Incidente de resolução de demandas repetitivas; 2 Cotejo entre incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Incident of resolution of repetitive demands; 2 Comparison between incident of resolution of repetitive demands and class actions; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O colonialismo português deixou marcas profundas no Brasil, muito além da língua, da religião, da arquitetura, do folclore e da culinária. O País permanece tão português nas suas principais características que frequentemente é chamado de América Portuguesa, como referia Gilberto Freyre⁴. Dessa ascendência não se exclui o direito, inclusive o direito processual civil. Enclausurado na tradição, as mais importantes obras

⁴ Veja-se FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas*. Lisboa: Livros do Brasil, 1951. p. 35.

legislativas processuais civis que se sucederam no Brasil após a Independência foram significativamente influenciadas pelo direito processual lusitano que vigorou durante a colonização, entre os séculos XVI e XIX. Em uma análise dessas obras legislativas, inclusive do novo Código de Processo Civil, editado em 2015, é possível depreender, em suas entranhas, disposições do direito comum da Idade Média, formado fundamentalmente pelo direito romano e pelo canônico: fontes materiais e subsidiárias das Ordenações do Reino. Como corolário desse notável condicionamento histórico, o processo civil brasileiro resistiu por muito tempo às transformações do pensamento jurídico ocorridas na Europa a partir do final do século XIX, mantendo-se arraigado àquele direito processual português medieval⁵.

Mesmo depois da proclamação da República, o processo civil brasileiro permaneceu desatualizado do ponto de metodológico. Seguiu vinculado à velha escola portuguesa meramente procedimentalista, compreendendo o processo por meio da dinâmica dos atos do procedimento, sem depreender a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica de direito material objeto da causa julgada pelo juiz. A atualização da Ciência Processual pátria encetou apenas com a vinda de Enrico Tullio Liebman em 1939 por força dos movimentos europeus antisemitas⁶. Apesar dessa renovação científica, o Código de Processo Civil de 1973, promovedor de inúmeros avanços, sobretudo na técnica e na estruturação dos institutos processuais, vergou-se à tradição. De cunho individualista, e com a mesma linha de processo e procedimento, o Código de 1973 reproduziu, na essência, o pensamento jurídico do passado⁷. Ademais, ignorou a revolução cultural em prol do acesso à justiça, mormente no que diz respeito à necessidade de tutela de interesses transindividuais. Desde meado da década de sessenta já se reconhecia na Europa a inaptidão do processo

⁵ Veja-se DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. 2014. 387p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁶ Veja-se DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 487-512.

⁷ Vejam-se DIAS, Handel Martins. *Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano*. 2014. 387p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. esp. p. 244 e ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 24-25; e SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89-129.

civil tradicional para instrumentalizar interesses difusos e coletivos, próprios de uma sociedade de massa como a que se firmou na contemporaneidade⁸.

A ignorância do movimento global de acesso à justiça fez com que o Código de Processo Civil de 1973 nascesse defasado em relação ao terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importante polo de irradiação de ideias e de coordenação de institutos, princípios e linhas de direcionamento no estudo e aplicação prática do processo⁹. Essa nova ideologia passou a dominar a processualística brasileira a partir da década de oitenta, máxime após a promulgação da Constituição Federal de 1988, até hoje vigente no País. Entre várias outras voltadas à tutela do processo e ao fortalecimento da jurisdição constitucional das garantias e liberdades, a nova matriz do ordenamento jurídico consagrou formalmente o acesso à justiça como garantia fundamental, conferindo destaques específicos à proteção de interesses difusos e coletivos. Esse fenômeno da constitucionalização do direito processual civil brasileiro repercutiu em duas vertentes principais, notadamente no direito processual constitucional, predisposto ao controle judicial dos atos estatais, e na tutela constitucional do processo, consubstanciada em uma pletera de princípios e garantias que, alçadas à categoria de direitos fundamentais, passaram a orientar a formulação, a interpretação e a aplicação

⁸ Mauro Cappelletti e Bryant Garth classificaram em três sucessivas ondas advindas a partir de 1965 nesse movimento do acesso à justiça. A primeira onda, relacionada aos custos do acesso à justiça, diz respeito à assistência jurídica aos pobres. A segunda onda refere-se à representação dos interesses coletivos, em especial nas áreas da proteção do meio ambiente e consumidor. E a terceira onda focava a superação dos entraves do acesso à justiça pela simplificação dos procedimentos e criação de vias alternativas de resolução dos conflitos. Veja-se CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report*. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). *Access to justice*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff; Milan: Giuffrè, v. I, 1978. Esse relatório geral, integrante do chamado Projeto Florença, foi traduzido por Ellen Gracie Northfleet e publicado, em 1988, pelo editor Sergio Antonio Fabris, em Porto Alegre. O mesmo editor publicou um interessante estudo sobre as repercussões das obras de Mauro Cappelletti sobre o acesso à justiça no Direito brasileiro: GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

⁹ Sobre a instrumentalidade e as demais fases metodológicas do direito processual, é imprescindível a leitura da clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco, uma das mais importantes da literatura processual brasileira: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

de todas as normas processuais infraconstitucionais, seja para a tutela de bens individuais, seja para a tutela de bens transindividuais¹⁰.

Na ordem jurídica em vigor, os instrumentos processuais próprios para a tutela jurisdicional de situações jurídicas coletivas podem ser classificados basicamente em duas espécies: ações coletivas e julgamentos de casos repetitivos, a saber, os recursos extraordinários e especiais repetitivos¹¹ e o novo incidente de resolução de demandas repetitivas, procedimento instituído pelo Código de Processo Civil de 2015¹² a partir do *musterverfahren*, técnica processual alemã para o julgamento de causas repetitivas. Como afirmam Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, tanto as ações coletivas como os julgamentos de casos repetitivos podem ser considerados processos coletivos na medida em que têm por objeto a solução de situações jurídicas coletivas titularizadas por grupo/coletividade/comunidade¹³. O objetivo deste ensaio é precisamente realizar uma breve comparação analítica entre o regime jurídico do incidente de resolução de demandas repetitivas e o das ações coletivas, sublinhando as suas

¹⁰ No Direito brasileiro, a catalogação mais aceita acerca dos interesses e direitos coletivos, assim entendidos em sentido amplo, está no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), que os classifica em interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*; e interesses ou direitos individuais homogêneos, que, portanto, adquirem *status* de transindividuais no sistema jurídico brasileiro. Em conformidade com os incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, os transindividuais, de natureza indivisível, de que é titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os interesses ou direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum.

¹¹ Sobre técnica processual dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, veja-se DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 44, p. 223-249, jul./dec. 2016.

¹² Instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil do Brasil entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, depois de um ano de *vacatio legis*. Contendo as disposições finais e transitórias, o Livro Complementar do novo Código de Processo Civil assegura que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis que não tenham sido revogadas, como as que disciplinam as ações coletivas. A essas leis extravagantes passa a ser aplicado, de forma supletiva, o novo Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.046, §§ 2º e 4º).

¹³ Veja-se DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, 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. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

diferenças¹⁴. Antes, a título propedêutico, analisam-se os arts. 976 e 987 do novo Código de Processo Civil, que traçam as linhas gerais do incidente de resolução de demandas repetitivas.

1 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Tal como o procedimento para o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui incidente processual instaurado no âmbito dos tribunais criado com o propósito de combater a incessante crescente demanda pelos serviços judiciários em causas massificadas por meio da expansão dos efeitos da decisão proferida¹⁵. Mas, enquanto o primeiro dá-se no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o novo incidente é cabível nos tribunais inferiores, podendo alcançar, dessarte, questões de direito local. Por diversas razões, inclusive de natureza cultural entre os operadores do Direito, as ações coletivas não conseguiram contornar o problema do grande fluxo de processos repetitivos que deságuam diariamente nos fóruns e tribunais brasileiros. Em síntese, segundo a letra da lei, o incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando existe efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (CPC, art. 976, *caput*). Preenchidos cumulativamente os dois requisitos, não é cabível a instauração do incidente quando já tiver sido afetado, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na esfera de sua respectiva competência, recurso extraordinário ou recurso especial para a definição de tese jurídica sobre a mesma questão de direito material ou de direito processual (CPC, art. 976, § 4º).

¹⁴ Os diversos interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos podem ser protegidos por uma variedade de instrumentos processuais previstos no sistema jurídico. Tendo em vista que os meios tradicionais revelam-se comumente inaptos para a tutela jurisdicional coletiva, o ordenamento jurídico prevê procedimentos especiais específicos para este fim – a ação civil pública, a ação popular e a ação civil coletiva –, bem como procedimentos especiais capazes de tutelar direitos individuais e transindividuais, como o mandado de segurança. Mercê da ausência de codificação própria e de previsão no Código de Processo Civil, as ações coletivas são disciplinadas por um microsistema normativo formado por um conjunto de leis esparsas, das quais se destacam a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).

¹⁵ Veja-se, a propósito, a exposição de motivos do anteprojeto em Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 11-33.

A instauração do incidente pode ser proposta, por meio de ofício, pelo juiz de primeiro grau que estiver jurisdicionando em causa que contenha questão de direito reprisada em inúmeros outros processos ou pelo relator, no tribunal, no segundo grau de jurisdição, no exercício de sua jurisdição em virtude da interposição de recurso, de reexame necessário ou de feito de competência originária da Corte (CPC, art. 977, I). O pedido de instauração do incidente também pode ser formulado, mediante petição, pelas partes, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público (CPC, art. 977, II e III), o qual, quando não for parte, deve necessariamente atuar como fiscal da ordem jurídica e assumir a titularidade do incidente em caso de desistência ou de abandono da causa (CPC, art. 976, § 2º). Portanto, tal como nas ações coletivas, a desistência ou o abandono do processo pela parte autora não prejudica o incidente de resolução de demandas repetitivas, pois o *Parquet* assume a titularidade do incidente a fim de propiciar o exame de seu mérito. Em qualquer caso, o ofício ou a petição deve ser dirigido ao presidente do tribunal competente, devidamente instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos requisitos autorizadores (CPC, art. 977 parágrafo único). Não são exigidas custas processuais e, caso o incidente seja rejeitado por ausência de algum de seus pressupostos de admissibilidade, nada impede que seja novamente suscitado se restar satisfeito o requisito antes faltante (CPC, art. 976, §§ 3º e 5º).

A competência para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas pertence aos tribunais ordinários, notadamente para os respectivos órgãos colegiados indicados pelos regimentos internos dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência (CPC, art. 978, *caput*). Após a distribuição, cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade, analisando a presença dos requisitos legais (CPC, art. 981). Aceito o incidente, o relator ordena a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que estiverem tramitando no Estado ou na região, conforme o caso (CPC, art. 982, I)¹⁶. A suspensão deve ser comunicada aos órgãos jurisdicionais

¹⁶ No Brasil, a Justiça Comum (Justiça não especializada) é formada pelas Justiças dos Estados, Justiça Federal e Justiça do Distrito Federal e Territórios. Em cada Estado, o órgão de segundo grau de jurisdição é constituído por um Tribunal de Justiça, com jurisdição limitada ao seu respectivo território estadual. Também na Justiça do Distrito Federal e Territórios, com jurisdição exclusivo ao Distrito Federal e Territórios, o órgão de segunda instância é o Tribunal de Justiça, a exemplo das Justiças dos Estados. Já a Justiça Federal é dividida em regiões, as quais são formadas por um conjunto de Estados. O órgão judicial de segunda instância em cada região na Justiça Federal é o Tribunal Regional Federal. Assim, nas Justiças Estaduais, enquanto os Tribunais de Justiça exercem jurisdição nos limites

competentes, tocando aos juízos em que tramitam os processos suspensos a responsabilidade de apreciar eventuais pedidos de tutela de urgência durante o sobrestamento (CPC, art. 982, §§ 1º e 2º)¹⁷. O Ministério Público, a Defensoria Pública, as partes do processo e de qualquer outro processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente, mesmo que o feito tramite fora dos limites territoriais da Corte em se instaurou o incidente, podem requerer, no Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a natureza da questão de direito, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em tramitação no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente (CPC, art. 982, §§ 3º e 4º).

O relator do incidente pode requisitar informações a órgãos em cujos juízos tramitam processos nos quais se discutem o objeto do incidente, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 982, II). O relator deve ordenar a intimação do Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 982, III), bem como ouvir as partes e outros interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia na qualidade de *amicus curiae*, que podem, no quinquênio legal, juntar documentos, bem como requerer diligências para a elucidação da questão de direito controvertida (CPC, art. 983, *caput*). Objetivando instruir o incidente, o relator ainda pode designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (CPC, art. 983, § 1º). Concluídas as diligências, incumbe ao relator solicitar dia para o julgamento do incidente (CPC, art. 983, § 2º). O incidente deve ser julgado no prazo de 1 (um) ano, tendo preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (CPC, art. 980, *caput*). Não sendo o incidente julgado no prazo retrorreferido, cessa a suspensão dos demais processos sobre a mesma questão de direito, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (CPC, art. 980, parágrafo único).

territoriais de seus respectivos Estados, os Tribunais Regionais Federais exercem jurisdição, na Justiça Federal, nos limites de suas respectivas regiões, formadas por vários Estados da Federação.

¹⁷ A instauração e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas devem ser sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça - CNJ. E aos tribunais impende manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas a incidentes, comunicando-o imediatamente ao CNJ para inclusão no cadastro. E para possibilitar a identificação dos processos abrangidos por decisões de incidentes, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro deve conter obrigatoriamente os fundamentos determinantes das decisões e os dispositivos normativos a elas relacionados (CPC, art. 979).

No julgamento, após a exposição do objeto do incidente pelo relator, podem fazer sustentação oral, sucessivamente, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, as partes do processo originário, o Ministério Público e os demais interessados (CPC, art. 984, I e II)¹⁸. Ato contínuo, o colegiado delibera sobre a questão de direito controvertida, abrangendo todos os fundamentos suscitados, favoráveis ou contrários, fixa a tese jurídica acerca da questão e julga o caso concreto do processo que deu origem ao incidente (CPC, art. 978, parágrafo único, e art. 984, § 2º). A tese jurídica eleita deve ser aplicada a todos os demais processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição daquele tribunal, inclusive nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (CPC, art. 985, I e II). Se o incidente tem por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento deve ser comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada (CPC, art. 985, § 2º). A decisão do incidente tem eficácia vinculante expansiva, sendo cabível reclamação da parte interessada ou do Ministério Público se não for observada a tese jurídica firmada (CPC, art. 988, IV), salvo sua revisão pelo próprio tribunal que a fixou, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (CPC, arts. 985, II, e 986).

Do julgamento do mérito do incidente cabe, conforme o caso, recurso extraordinário ou recurso especial (CPC, art. 987, *caput*). Nessa hipótese, o recurso excepcional é provido de efeito suspensivo, sendo presumida, quando interposto recurso extraordinário, a repercussão geral da questão discutida (CPC, art. 987, § 1º). Se decorrer *in albis* o prazo para a interposição de recursos extraordinário e especial contra a decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, ou se não for julgado o mérito do recurso extraordinário ou especial eventualmente interposto, cessa a suspensão geral e a tese jurídica fixada é aplicada, de forma vinculante, tão somente na área de jurisdição do tribunal de origem (CPC, art. 982, § 5º). Porém, se for interposto e apreciado o mérito do recurso excepcional, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicada no território nacional

¹⁸ O tempo de 30 (trinta) minutos para a apresentação de razões deve ser dividido entre os demais interessados, os quais devem se inscrever com ao menos 2 (dois) dias de antecedência. Porém, considerando o número de inscritos, o prazo para a sustentação oral pode ser ampliado (CPC, art. 984, II, b, § 1º).

a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (CPC, art. 987, § 2º). Nessa conjectura de julgamento por amostragem com eficácia vinculante extensiva, é de essencial importância a definição dos processos pelos quais se instauram os incidentes de resolução de demandas repetitivas, com fixação de teses jurídicas que se replicam em todos os demais processos que versem sobre a mesma questão de direito. O Código não estabeleceu nenhum requisito para que a causa dê origem à instauração do incidente. Em uma interpretação restritiva, é possível dar origem a incidente a partir de qualquer processo, esteja ou não bem delineada a divergência, e a despeito da representatividade e legitimidade das partes¹⁹.

2 COTEJO ENTRE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas constituem instrumento processual já consagrado no Direito brasileiro, fruto da harmonização das normas previstas principalmente na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e do Título III da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)²⁰. O objeto litigioso da ação coletiva é a própria situação jurídica coletiva, relativa a direito ou interesse difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo²¹. Instaurado a partir de processo que, a rigor, possui questão de fundo distinta, que tanto pode ser de cunho individual como coletivo, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objeto

¹⁹ Sublinha Antonio do Passo Cabral que, ao escolher para afetação um processo inadequado na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos que tratam de idêntica matéria. Quando existem litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos para provocar o incidente, é possível direcionar a cognição em favor do interesse que se deseja prevalecer. Veja-se CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

²⁰ A Lei da Ação Civil Pública visa à proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem econômica, ordem urbanística, patrimônio público e social, a honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, entre outros direitos e interesses difusos e coletivos. O Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor instituiu, por sua vez, a chamada ação civil coletiva para reparação das pessoas lesadas (direitos ou interesses individuais homogêneos). Nessas ações coletivas são admitidos todos os pedidos necessários à efetiva prevenção ou reparação (CDC, art. 83).

²¹ As duas primeiras categorias, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, identificam litígios essencialmente coletivos, enquanto que a terceira, litígios acidentalmente coletivos. Veja-se MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991.

a composição de controvérsia em torno de uma questão de direito, processual ou material, que se repete em diversos outros processos pendentes, os quais podem ter objetos litigiosos semelhantes (*processos homogêneos*) ou diferentes, porém com questões jurídicas comuns (*processos heterogêneos*)²². Logo, no incidente de resolução de demandas repetitivas, a situação jurídica coletiva reside em uma questão prévia, resolvida de forma incidental e destacada do julgamento do mérito da ação originária, o qual pode referir-se, inclusive, a um direito individual. Justamente em face da distinção das naturezas jurídicas, a vedação imposta a ações coletivas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/1985 pode ser transposta por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isso porque, a partir da instauração do incidente em um processo individual, é possível a fixação de tese jurídica, com efeito vinculante, em torno de questões 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.

Na ação coletiva, a resolução da situação jurídica coletiva perpassa pelo exercício da atividade subsuntiva, uma vez que pressupõe o julgamento do caso concreto. Abarca, portanto, forçosamente, tanto questão de fato como questão de direito²³. O incidente de resolução de demandas repetitivas não tem a mesma amplitude e dimensão, pois o seu objeto restringe-se à questão de direito controvertida, a fim de se definir a tese jurídica a ser aplicada em outras ações que tratem da mesma questão jurídica. O art. 976 do novo Código de Processo Civil estatui, de forma expressa, que é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de

²² Veja-se, a propósito, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, 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. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

²³ A tal respeito, anota Alexandre Lipp João uma variedade de temas oriundos do direito do consumidor que podem ser objeto de ações coletivas, como as práticas comerciais abusivas, entre elas a publicidade, oferta e cobranças, colocação no mercado de consumo de produtos impróprios ou defeituosos e os consequentes prejuízos e danos decorrentes. Destaca, ainda, que, na grande maioria das vezes, as ações coletivas de consumo versam sobre questões de fato, não apenas questões de direito. Assim também ocorre em relação a ações civis públicas ambientais, urbanísticas, da criança e adolescente, do idoso, da ordem econômica, onde são enfrentadas questões de fato, além de questões de direito. Veja-se JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2016. p. 431-450.

direito. Assim, não há possibilidade, em tese, de contemplar-se questão de fato no julgamento do incidente. Nesse aspecto, o legislador brasileiro distanciou-se do modelo alemão, que permite a instauração do procedimento para questões de fato e questões de direito. Por outro lado, é possível instaurar-se o incidente tão somente em face de uma questão de direito processual se houver celeuma a seu respeito em repetidos processos de modo a gerar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Quanto aos efeitos da decisão, também se percebem diferenças significativas entre o incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas. A eficácia da sentença na ação civil pública atrela-se à natureza dos direitos e interesses tutelados e à dimensão do dano, podendo ser local, regional ou nacional. A eficácia da sentença é *erga omnes* ou *ultra partes*, não havendo, *a priori*, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, limitação territorial para a sua expansão, a despeito do estatuído no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Já o incidente de resolução de demandas repetitivas tem os seus efeitos limitados, em princípio, à jurisdição do Tribunal de Justiça ou, conforme o caso, do Tribunal Regional Federal que julgou o incidente. A expansão da eficácia da decisão a todo o território nacional depende da iniciativa dos legitimados para recorrer e da superação do exame de admissibilidade recursal. Como foi antes sublinhado, sendo interposto recurso extraordinário ou recurso especial contra o acórdão que julga o mérito do incidente e ultrapassado o juízo de admissibilidade, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça no exame do mérito recursal, seja para acolher, seja para rejeitar o recurso, passa ser aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito objeto do incidente (CPC, art. 987, § 2º).

Outra distinção importante reside no regime da coisa julgada. Para resguardar a tutela dos bens transindividuais, a coisa julgada na ação civil pública é *secundum eventum litis*, dependendo do resultado do processo. Acolhido o pedido, todos se beneficiam da decisão²⁴. Contudo, sendo o ato sentencial de

²⁴ Destaca Alexandre Lipp João que, desta forma, se um produto for considerado defeituoso, reconhecendo-se o dever do fornecedor indenizar todos os lesados (sentença condenatória genérica), e a decisão transitar em julgado após exame do recurso ao Tribunal de Justiça, a eficácia será irrestrita, ou seja, o reconhecimento do defeito não poderá ser contestado em qualquer outra ação, assim como o dever de indenizar os lesados. Além disso, os consumidores localizados em qualquer comarca no Brasil podem, com base na cópia ou certidão da sentença, aproveitar para liquidar e executar. Veja-se JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros;

rejeição da demanda por insuficiência de provas ou de extinção do processo sem resolução do mérito, não há coisa julgada material, senão coisa julgada formal²⁵. E, no caso de a decisão declarar improcedente o pedido formulado por qualquer outro motivo que não seja a insuficiência probatória, a sentença faz coisa julgada material, porém restritos os seus efeitos subjetivos aos legitimados ativos da ação coletiva. As vítimas ou as suas sucessoras não restam prejudicadas em suas ações individuais (Lei nº 7.347, art. 16; Lei nº 8.078, arts. 103 e 104). Já no incidente de resolução de demandas repetitivas, não importa o resultado de seu julgamento. Seja qual for a resolução, são atingidos pela decisão do incidente todos que sejam partes, ou venham ser partes, em processo que versem sobre idêntica questão de direito, no âmbito da extensão territorial de sua eficácia. Embora não sejam alcançados pelos efeitos subjetivos da coisa julgada, por não terem sido partes na causa-piloto, são alcançados pelos efeitos expansivos e vinculantes da decisão do incidente. Não havendo revisão, a tese fixada deve ser obrigatoriamente aplicada nos demais feitos, cabendo reclamação se não for observada (CPC, arts. 985 e 988, IV).

Ainda que exista a hipótese de competência concorrente, não há o risco de existirem ações coletivas idênticas, pois a propositura da demanda, conforme o parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, previne a jurisdição para outras idênticas²⁶. Não sendo possível a repetição de ações coletivas, é defesa a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas em relação a ações coletivas, ao menos em relação ao seu objeto principal. Porém, é possível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas no tocante a questões de direito, material ou processual, que sejam comuns entre ações coletivas e/ou ações individuais. Nessa hipótese, não só seria possível como

BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogado, 2016. p. 431-450.

²⁵ Assim, havendo somente coisa julgada formal, qualquer dos legitimados, inclusive o próprio autor da ação coletiva anterior, pode intentar outra demanda com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova ou corrigindo o vício que levou à prolação de sentença terminativa. Naturalmente, em tais hipóteses, nada obsta as vítimas e os seus sucessores de propor, individual ou coletivamente, ações de indenização por danos pessoalmente sofridos. Sobre a coisa julgada nas ações coletivas, veja-se MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; e ZAWASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64-67.

²⁶ O juízo competente é estabelecido a partir das regras previstas no art. 2º, *caput*, combinado com o art. 93, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Se o dano é regional ou nacional, a competência é concorrente entre o juízo da Capital do Estado ou do Distrito Federal, observando-se a prevenção.

recomendada a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas a partir da ação coletiva. É defeso haver desigualdade material entre as partes no incidente, especialmente na perspectiva da representação processual. Quanto maior a pluralidade e a representatividade das partes e de eventuais terceiros intervenientes, mais qualificado é o processo como causa-piloto. Nesse sentido, mostram-se mais habilitadas para a afetação, na esfera subjetiva, as demandas coletivas em comparação às ações individuais, uma vez que são movidas por entes públicos e privados com legitimação extraordinária concedida por lei para a defesa de direitos e interesses metaindividuais. Como esses entes já têm a prerrogativa processual de conduzir processos em que, ao final, a decisão pode ter impacto massivo, a sua presença no incidente atribui ao contraditório maior legitimidade política e social²⁷.

CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas constitui instrumento processual próprio para a tutela de situações jurídicas coletivas, a exemplo das ações coletivas. Ambos guardam alguns aspectos processuais comuns²⁸. Porém, o que mais releva são as suas diferenças, especialmente pela gravidade de suas repercussões. Na perspectiva da tutela jurisdicional coletiva, há situações jurídicas coletivas que podem ser enfrentadas pelas duas técnicas processuais, ou seja, por meio de ação coletiva própria ou de incidente processual, o que repercute na perigosa seara da estratégia processual. Nessa hipótese, tem razão Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior ao defenderem, com os seus argumentos, a primazia das ações coletivas²⁹. Assim, a pendência de ação coletiva deve constituir fato impeditivo, no Estado ou na região em que estiver tramitando, para a instauração do incidente sobre questão de direito coletiva *lato sensu* em que é o objeto daquela, pois é na ação coletiva que a questão deve ser

²⁷ Veja-se CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

²⁸ V.g., a legitimação extraordinária do Ministério Público e da Defensoria Pública, a previsão de continuidade do procedimento pelo Ministério Público em caso de abandono ou desistência pelo autor, a intervenção obrigatória do *Parquet* como fiscal da ordem jurídica, a possibilidade de se proferir decisão com eficácia expansiva etc.

²⁹ Veja-se, a propósito, DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, 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. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016, p. 213.

resolvida. E em relação a controvérsias sobre questões de direito não coletivas, de direito material ou processual, que se multiplicam em ações individuais e/ou coletivas, uma ação coletiva deve ser preferencialmente escolhida como causa-piloto. A prevalência justifica-se pela legitimidade dos autores das ações coletivas para representar a coletividade, bem como pelo regime jurídico mais benefício da eficácia decisional e da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report. In: CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). *Access to justice*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff; Milan: Giuffrè, v. I, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIAS, Handel Martins. Condicionamento histórico do processo civil brasileiro: o legado do direito lusitano. 2014. 387p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____. La transformación de los recursos de género extraordinario en el derecho procesal brasileño. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 44, p. 223-249, jul./dec. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; ZANETI JÚNIOR, 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. 41, n. 256, p. 209-218, jun. 2016.

FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil: aspectos da formação social brasileira como processo de amalgamento de raças e culturas*. Lisboa: Livros do Brasil, 1951.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JOÃO, Alexandre Lipp. Incidente de resolução de demandas repetitivas. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 431-450, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 187-200, jan. 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAWASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Submissão em: 15.06.2018

Avaliado em: 09.10.2018 (Avaliador A)

Avaliado em: 21.11.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 18.04.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019