

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

EDGARD DE CARVALHO ROLAND

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA:

a necessidade de controle judicial à luz da reinterpretação do princípio do contraditório

Juiz de Fora

2016

EDGARD DE CARVALHO ROLAND

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA:**

a necessidade de controle judicial à luz da reinterpretação do princípio do contraditório

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação da Prof.^a
Dr.^a Clarissa Diniz Guedes.

Juiz de Fora

2016

EDGARD DE CARVALHO ROLAND

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA:
a necessidade de controle judicial à luz da reinterpretação do princípio do contraditório**

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dr.^a Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Ludmila Camacho Duarte Vidal
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

PARECER: () APROVADO () REPROVADO

Juiz de Fora, 02 de dezembro de 2016.

À minha avó, Marilene, pelo incentivo incondicional durante a minha trajetória pela graduação.

AGRADECIMENTOS

A realização desta monografia não seria possível sem o apoio e a colaboração de todos aqueles que tanto me auxiliaram. Agradeço à Professora Dr.^a Clarissa Diniz Guedes, minha orientadora, por estar constantemente disponível ao diálogo, transmitindo-me diversos ensinamentos e despertando valiosas reflexões, essenciais à compreensão da temática. À Professora Dr.^a Aline Araújo Passos, pelos importantes conhecimentos comigo compartilhados e por ter me proporcionado a oportunidade de me aprofundar na pesquisa crítica sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. À Ludmilla Camacho Duarte Vidal, por ter me encorajado a desenvolver este trabalho e pela sempre construtiva troca de ideias.

Devo, da mesma maneira, importante parcela da construção da monografia ao suporte familiar. Agradeço aos meus pais, Eliane e Ronald, por todo o amor e por não medirem esforços para a realização dos meus sonhos. Ao meu irmão, Arthur, pelo companheirismo de todas as horas. Aos meus avós, Marilene e Ronald (*in memoriam*) e Cícero e Conceição (*in memoriam*), pela grande contribuição em minha formação humana e intelectual. À minha madrinha, Gigi, por sempre acreditar em mim. A todos familiares, pelo apoio encorajador.

Agradeço também à Andressa, que tanto me apoiou com seu carinho e companheirismo. Igualmente, sou muito grato aos amigos, que sempre estiveram ao meu lado, compartilhando das minhas dúvidas e me auxiliando nos momentos de descontração tão necessários durante o desenvolvimento do trabalho. Por isso, agradeço aos meus amigos do Colégio Academia, verdadeiros irmãos que a vida me proporcionou, bem como às amigas que tive o prazer de construir durante os cinco anos de Universidade Federal de Juiz de Fora.

Por fim, agradeço a todos os docentes da Faculdade de Direito da UFJF, aos servidores e à própria Universidade Federal de Juiz de Fora, por terem me assegurado todas as condições necessárias à concretização, não somente da presente monografia, mas do meu grande sonho de obter a graduação no curso de Direito.

“Se o conhecimento pode gerar problemas, não é a ignorância que pode solucioná-los”.

Isaac Asimov

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo central a realização de uma proposta de controle judicial da adequação da representação no incidente de resolução de demandas repetitivas. Observa-se que não foram previstas, na disciplina legal do procedimento incidental implementado pelo Código de Processo Civil de 2015, formas efetivas de participação dos litigantes que tiveram seus processos suspensos em razão da instauração do incidente. Levando em consideração o princípio do contraditório, entendido como a possibilidade de as partes influenciarem na formação da decisão que lhes interesse, é inegável a dificuldade de se assegurar tal garantia processual, nestes moldes, aos sujeitos que aguardam o entendimento vinculante a ser fixado pelo IRDR. Diante disso, com amparo na reinterpretação do princípio do contraditório proposta por Mauro Cappelletti, será demonstrado que, nas situações envolvendo direitos massificados, como é o caso do IRDR, o contraditório deverá ser garantido às pessoas interessadas que não participarem do processo através da atuação de representantes adequados, aqui entendidos como “porta-vozes” que tutelem satisfatoriamente os interesses do grupo. Por essa razão, tendo em vista a omissão legislativa quanto a qualquer forma de controle da adequação da representação no âmbito do incidente, propõe-se a utilização de diretrizes para que ocorra um controle judicial das partes que conduzirão o incidente, de modo a selecionar as partes e advogados mais aptos a sustentar o debate enfrentado no incidente, com o intuito de que o tribunal melhor consolide a tese que irá ser obrigatoriamente aplicada nos processos repetitivos.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015; incidente de resolução de demandas repetitivas; princípio do contraditório; representatividade adequada.

ABSTRACT

The present work aims at the realization of a central proposal for a judicial review of the adequacy of representation in the “incident for decision about repetitive processes”. It can be noted that effective forms of participation of the litigants who had their processes suspended due to the introduction of the incident were not provided by the regulation of incidental procedure implemented by the 2015 Code of Civil Procedure. Considering the adversarial principle, understood as the possibility of the parties influence in shaping a decision that interests them, it is undeniable the difficulty of ensuring such a procedural guarantee, to awaiting the binding understanding to be set by incident. Given this, based on reinterpretation of the adversarial principle proposed by Mauro Cappelletti, will be shown that, in situations involving mass rights, as in the incident, the contradictory must be guaranteed to persons concerned who did not participate in the process through the performance of appropriate representatives, here understood as "spokespersons" who lead satisfactorily the interests of the group. For this reason, in view of the legislative omission of any form of control of the adequacy of representation concerning the incident, it will be proposed the use of guidelines for a judicial review of the parties that will lead the incident, in order to select the parties and lawyers better able to sustain the debate faced in the incident, so the Court can better consolidate the thesis that will be applied in the repetitive processes.

Keywords: adequacy of representation; adversarial principle; Code of Civil Procedure of 2015; “incident for decision about repetitive processes”.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC -	Código de Defesa do Consumidor
CF -	Constituição Federal
CPC/73 -	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15 -	Código de Processo Civil de 2015
IRDR -	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
REsp -	Recurso Especial
STF -	Supremo Tribunal Federal
STJ -	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO QUE MOTIVOU A CRIAÇÃO DE UMA NOVA MODALIDADE DE INCIDENTE PROCESSUAL.....	13
1.1. A inadequação dos “modelos processuais tradicionais” em tutelar a litigiosidade repetitiva	15
2. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA BREVE ANÁLISE	21
3. A PROPOSTA DE UM CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA PARA O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	31
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil vive um momento particular. Com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, foi instituído o novo Código de Processo Civil, que substituiu, em nosso ordenamento jurídico, o diploma processual civil de 1973. A partir disso, foram reformados diversos institutos já existentes e, principalmente, surgiram novos instrumentos processuais. Dentre estes, tem recebido destaque por parte da doutrina o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas.

Essa recém-criada modalidade de incidente processual, prevista pelos artigos 976 a 987 do CPC/15 e inspirada pelos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da prestação jurisdicional em tempo razoável, tem por objetivo solucionar a problemática relativa à massificação de litígios que vem sendo enfrentada pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma tentativa legislativa motivada pela inadequação do tradicional processo civil individual, e até mesmo das ações coletivas, em tutelar de forma satisfatória essa repetição de processos.

De forma bastante breve, o IRDR poderá ser instaurado quando se estiver diante de uma efetiva repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito controvertida e quando houver risco de lesão à isonomia e à segurança jurídica (artigo 976, I e II, do CPC/15). Será então fixada tese, por tribunal competente, sobre a referida questão jurídica, que será aplicada, de forma vinculante, a todos os processos que tramitam (permanecem sobrestados, pelo prazo máximo de um ano, salvo decisão fundamentada, até o julgamento do incidente) ou que venham a tramitar na área de competência do tribunal.

Tem sido então realizada uma crítica sobre o IRDR. Não houve, por parte do legislador, uma preocupação com a possibilidade de uma participação efetiva das partes dos processos sobrestados, que evidentemente têm grande interesse no julgamento incidental. Por isso, é possível questionar se o incidente não violaria o princípio do contraditório, sob a perspectiva de possibilidade de influência na formação da decisão, bem como a garantia do devido processo legal, ambos assegurados em sede constitucional.

Tendo em vista tal questão, este trabalho pretende, amparando-se no pensamento apresentado por Mauro Cappelletti¹, sustentar que, em situações envolvendo direitos

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Palaia. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128-159, 1977.

massificados, o princípio do contraditório deverá ser reinterpretado para que se solucione a dificuldade da participação para uma massa de pessoas em processos que irão impactá-las diretamente. A solução fornecida pelo jurista italiano está na adoção de um modelo de representação adequada, o que já ocorre no modelo das *class actions* estadunidenses. O representante adequado é, por essa visão, compreendido como um “porta-voz” que irá defender, de maneira satisfatória, o interesse das pessoas que dependem do julgamento de uma demanda da qual estão afastadas. Ao analisar a dinâmica do IRDR, é possível visualizar que as partes que tiveram seus procedimentos suspensos dependerão, decisivamente, da atuação dos sujeitos que conduzirão o incidente, necessitando assim serem adequadamente representadas.

Posto isso, o presente estudo foi elaborado com a finalidade de se propor um modelo de controle judicial da adequação da representação para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Trata-se de uma proposta realizada sem a pretensão de esgotar a discussão sobre a matéria, que demandará maiores esforços doutrinários e jurisprudenciais.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, dedica-se à análise contextual dos fatores sociais e jurídicos que tornaram necessária a criação do IRDR. Posteriormente, no segundo capítulo, serão explicadas, de uma forma geral, as principais linhas procedimentais do incidente, com o intuito de melhor inserir o leitor na temática a ser explorada, levando em consideração que se trata de um instituto recém-implementado no ordenamento pátrio.

O terceiro capítulo, por sua vez, compreenderá a análise do problema já explicitado. Será abordada, em primeiro lugar, a dificuldade em se garantir o princípio do contraditório, entendido como poder de influenciar a constituição da decisão, às partes sobrestadas com a instauração do incidente. Em face disso, será proposta a instituição de um sistema de controle da adequação da representação no âmbito do IRDR, visualizando o contraditório por uma nova perspectiva, teorizada por Mauro Cappelletti. Para a melhor compreensão da representação adequada, será brevemente apresentada sua possibilidade de controle judicial no direito dos Estados Unidos, no procedimento das *class actions*. Serão então finalmente delineadas algumas diretrizes para que se possa realizar um controle judicial da adequação dos representantes que irão liderar o procedimento do IRDR.

Por fim, nas considerações conclusivas, serão demonstrados os resultados obtidos durante a realização do estudo aqui empreendido.

1. O CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO QUE MOTIVOU A CRIAÇÃO DE UMA NOVA MODALIDADE DE INCIDENTE PROCESSUAL

É notório que um dos principais problemas verificados no âmbito do Poder Judiciário consiste na vultosa quantidade de processos que tramitam nos tribunais. De acordo com as informações extraídas do Relatório “Justiça em Números 2016”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário possuía, ao término do ano de 2015, 74 milhões de processos em tramitação, ou seja, 74 milhões de demandas que ainda não haviam sido definitivamente solucionadas.²

Em observância a tamanha quantidade de processos, chama-se a atenção para a ocorrência de grupos de litígios massificados, que se destacam por sua homogeneidade, apresentando similitude no que tange às causas de pedir e aos pedidos, bem como para a ocorrência de demandas em que, apesar de serem heterogêneas, se identificam questões semelhantes a serem decididas.³

Com efeito, esse fenômeno de repetitividade de demandas ou massificação de litígios decorre de um cenário contemporâneo marcado pelo crescimento populacional, pelo desenvolvimento tecnológico e das relações econômicas, pelo aumento do acesso aos meios de informação e, em grande parcela, pela distribuição seriada de produtos e serviços.⁴

Podem ser ilustrados alguns fatores responsáveis pelo desencadeamento das demandas de massa. São mencionadas pela doutrina situações como a universalização de serviços públicos, caso, por exemplo, de telefonia e energia elétrica (i); a ampliação do acesso ao crédito para a população (ii); a prestação deficiente de serviços públicos (iii); a instituição de tributos contrários aos ditames constitucionais (iv); os malsucedidos planos econômicos estatais e seus decorrentes expurgos inflacionários (v); e a ausência de rigor para a concessão dos benefícios

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2016.

³ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 32.

⁴ José Carlos Barbosa Moreira já previa a ocorrência dessa situação ao destacar que “realmente, as características da vida contemporânea produzem a emergência de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto dessa propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massas: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa e porque não processo de massa?” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, jan. 1991, p. 1, versão digital).

da assistência judiciária gratuita, minimizando os riscos dos autores ingressarem com ações judiciais (vi).⁵

Quais são então as principais consequências, para os jurisdicionados, dessa enorme sobrecarga de causas repetitivas no âmbito do Judiciário? Serão destacados três principais desdobramentos.

Em primeiro lugar, não há maiores dificuldades em concluir que, quanto maior a quantidade de processos em tramitação nos órgãos judiciais, maior será o tempo de espera dos litigantes até a solução definitiva dos conflitos. Levando em consideração que grande parcela dos processos em andamento no Judiciário é marcada pela repetitividade, o acúmulo de demandas idênticas, ou que contenham questões semelhantes, diante de uma deficiente estrutura judiciária, contribui de forma decisiva para que o princípio constitucional da prestação jurisdicional em tempo razoável não se concretize de forma adequada.

Também deve ser levado em conta que a massificação de litígios, na medida em que as demandas de massa são apreciadas de forma individualizada e com base em entendimentos isolados dos magistrados que atuam em cada caso, prejudica significativamente os litigantes no que tange aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Não é difícil detectar situações em que, apesar da homogeneidade, o Judiciário confira tratamentos distintos para jurisdicionados que se encontram em situações semelhantes, e não há razão para isso ocorrer. A segurança jurídica dos litigantes em relação ao provimento jurisdicional que aguardam estará severamente prejudicada se não houver uma isonomia de tratamento, por parte dos magistrados, na prolação de decisões e sentenças. Questões idênticas devem ser apreciadas de formas iguais, salvo nos casos em que houver a modificação, fundamentada, da orientação do órgão julgador quanto à questão controvertida.

Finalmente, a repetitividade processual expõe a flagrante discrepância entre os denominados litigantes habituais e litigantes eventuais, conceitos apresentados por Marc Galanter e utilizados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.⁶ Constatada a recorrência de demandas massificadas, certamente serão verificados grupos de litigantes que se inserem esporadicamente em demandas judiciais, e agrupamentos, com maiores recursos, que possuem

⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**. v. 196, jun. 2011, p. 5, versão digital.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 09.

larga experiência na atividade judicial.⁷ Entre os exemplos de litigantes frequentes, podem ser citadas pessoas jurídicas que prestam serviços de telefonia, televisão e *internet*, empresas que atuam no ramo dos seguros, bancos e, porque não, o próprio Estado.⁸

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam as principais vantagens que os litigantes habituais possuem em relação àqueles que atuam de forma esporádica:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.⁹

Desse modo, em razão das vantagens elencadas, a manutenção do sistema de tratamento individualizado das demandas de massa é vantajosa para os que reiteradamente vão a juízo enfrentar processos que se assemelham. Conforme assevera Leonardo Carneiro da Cunha, nas lides em que se contrapõem litigantes frequentes e litigantes esporádicos, aqueles suportarão melhor a morosidade processual, visto que terão maior facilidade em produzir os meios de prova necessários para comprovar suas alegações.¹⁰

1.1. A inadequação dos “modelos processuais tradicionais” em tutelar a litigiosidade repetitiva

A partir do contexto analisado, conclui-se que há a necessidade de se buscar no ordenamento jurídico pátrio uma fórmula para que as demandas de massa sejam apreciadas sob uma nova perspectiva, que possibilite uma uniformização dos entendimentos jurisprudenciais, privilegiando a isonomia material no tratamento dos jurisdicionados e a prestação jurisdicional em tempo razoável. Contudo, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não foi verificado nenhum instrumento para solucionar a questão de forma satisfatória. Vejamos os motivos.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 09.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2015, p. 75.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 25-26.

¹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**. v. 179, jan. 2010, p. 4, versão digital.

No que diz respeito ao diploma processual vigente até o início do presente ano, o Código de Processo Civil de 1973 foi contemplado a partir de uma visão individualista¹¹, por meio da qual os litígios entre autor e réu eram tratados de forma única, sem que se atentasse à existência da repetitividade processual.

Seguindo a presente linha de raciocínio, Sofia Temer salienta que o procedimento individualizado do antigo código tinha por objetivo a cognição, ampla e completa, de questões particulares, principalmente fáticas, visando a entrega de um provimento para cada situação concreta.¹² A atividade jurisdicional era encarada de forma singularizada, demonstrando-se inadequada à tutela das demandas de massa. Por essa razão, buscou-se a solução nos instrumentos de tutela de direitos coletivos, em especial aqueles destinados à proteção dos direitos individuais homogêneos, nos quais há a possibilidade de se determinar os indivíduos titulares do direito tutelado.

Não obstante, tais mecanismos, regulados principalmente pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor, também não obtiveram sucesso em abranger, de forma eficaz, as situações verificadas no âmbito da litigiosidade repetitiva. Diversas são as razões apresentadas pela doutrina, conforme será visto a seguir.

Primeiramente, é compreensível que o processo coletivo não alcance todas as situações que poderiam ser por ele tuteladas, na medida em que há um número insuficiente de associações e que, em razão disso, a maior parcela das ações coletivas é ajuizada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, que evidentemente não reúnem estrutura suficiente para tutelar todas as situações.¹³

Destaca-se, ainda, o fato de que as ações coletivas não são admissíveis para tutelar situações 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”, matérias que constantemente apresentam-se em caráter

¹¹ Nas palavras de Marcos de Araújo Cavalcanti, “na época em que o CPC-1973 foi editado os legisladores adotaram expressamente as ideias e manifestações do modelo liberalista, as quais foram declaradamente extraídas dos diplomas processuais europeus, sobretudo o austríaco, o alemão e o português, construídos no cenário político liberal do século 19. O CPC-1973, pelo menos em sua fase inicial, teve assumido e inconfundível perfil liberalista, adotando uma postura extremamente neutra para o magistrado e um conjunto de preocupações estranhas à ideia de instrumentalidade” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 375).

¹² TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 33.

¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 193, mar. 2011, p. 1-2, versão digital.

repetitivo. Trata-se de disposição prevista no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, que foi introduzido por meio da Medida Provisória n. 2.180-35/2001.¹⁴

Também é apontada como causa da ineficiência dos mecanismos de tutela coletiva a extensão *secundum eventum litis* dos efeitos da coisa julgada, uma vez que a eficácia da coisa julgada somente alcançará as demandas individuais paralelas em caso de procedência do pedido formulado na demanda coletiva. Ou seja, nas situações de improcedência do pedido, não haverá interferência da coisa julgada coletiva nas ações individuais repetitivas. É o que se extrai dos parágrafos 1º, 2º e 3º do CDC.¹⁵

Além disso, deve ser observado que a extensão dos efeitos da coisa julgada em caso de procedência do pedido, na forma do artigo 104 do CDC, somente se aplica àquelas ações individuais cuja suspensão tiver sido requerida no prazo de trinta dias, contados do conhecimento do ajuizamento do processo coletivo¹⁶. Surge aqui outro empecilho, pois é sabido que um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema das ações coletivas é a deficiência do sistema de comunicação aos interessados.¹⁷ Caso não tenham conhecimento da propositura da demanda coletiva, os titulares de processos individuais ficarão impossibilitados de requerer a suspensão processual e, em consequência, não haverá o aproveitamento da coisa julgada *in utilibus* em caso de procedência daquela.

Ademais, a doutrina ressalta outra dificuldade encontrada no microsistema processual coletivo, relativa à da interrupção dos prazos prescricionais das ações individuais em razão da propositura de ação coletiva. Não há, na legislação, previsão quanto a essa possibilidade, o que pode contribuir para a insegurança do jurisdicionado em requisitar a suspensão de sua ação individual, ainda que tenha conhecimento do ajuizamento de processo coletivo.¹⁸

Em relação à última das razões apresentadas, é importante salientar que o núcleo do sistema de processo coletivo, a despeito de comportar ações que visam à tutela de direitos

¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 193, mar. 2011, p. 2, versão digital.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ A despeito da previsão estabelecida pelo artigo 104 do CDC, o STJ passou a admitir a suspensão *ex officio* das ações individuais (REsp n. 1.110.549-RS, Relator: Min. SIDNEI BENETI, SEGUNDA TURMA, Data de Julgamento: 28/10/2009, DJe 14/12/2009). Contudo, sob a ótica do princípio do acesso à justiça, bem como da liberdade e da autonomia da vontade dos jurisdicionados, não há coerência em impor aos litigantes dos processos individuais que aguardem, com suas demandas sobrestadas, o resultado da ação coletiva. Deve prevalecer o posicionamento do legislador, segundo o qual a suspensão será facultativa, mas isso depende de um eficiente sistema de cadastramento e informação das ações coletivas ajuizadas.

¹⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 586.

individuais homogêneos, não engloba a totalidade de situações que podem ser observadas na seara da litigiosidade repetitiva. Não há dúvidas de que, pelas razões já abordadas, grande parcela das demandas repetitivas que tramitam no Judiciário consiste em processos individuais que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos.¹⁹ No entanto, também se verificam zonas de homogeneidade no próprio âmbito das ações coletivas. Antônio Adonias Bastos, compreendendo que as demandas repetitivas não são compostas apenas por processos individuais que versam exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos, trata sobre a questão, utilizando-se da denominação “situações jurídicas coletivas homogêneas”²⁰. Na visão do referido autor, há a possibilidade de que ocorram demandas coletivas repetitivas, que possuam causas de pedir e pedidos homogêneos.²¹

Em sentido semelhante, demonstrando-se que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos não abrange todas as hipóteses de repetitividade, é possível destacar situações em que a prolação de uma sentença coletiva não exima os litigantes, em suas liquidações individuais, de atuar como se estivessem diante de uma ação autônoma de conhecimento. Apesar de se detectar um direito repetitivo, como, por exemplo, a origem comum do dano, o ajuizamento de ação coletiva não propiciaria uma vantagem efetiva para os jurisdicionados, já que o dano individualmente sofrido ainda haveria de ser apurado em sede de uma liquidação que mais se caracterizaria como um processo de conhecimento. Depara-se então com os requisitos da “prevalência” das questões comuns sobre as individuais e da “superioridade” da tutela coletiva sobre a individual, necessários à admissibilidade das *class actions for damages* estadunidenses.²²

Com isso, não há dúvidas que tais direitos de origem comum se manifestem de forma reiterada, mas também é seguro que a tutela coletiva é inadequada para englobar tais casos. Para ilustrar as situações em que os requisitos da “prevalência” e da “superioridade” não são atendidos, Ada Pellegrini, utilizando-se de exemplos ocorridos nos Estados Unidos, destaca

¹⁹ Nesse sentido, Marcos de Araújo Cavalcanti explica que “os direitos individuais homogêneos podem estar dispersos e submetidos ao exame do Poder Judiciário por meio de uma pulverização de demandas repetitivas. (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 198).

²⁰ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**. v. 186, ago. 2010, p. 8, versão digital.

²¹ Como bem exemplifica Antônio Adonias Bastos, “basta tomarmos o exemplo em que cada conselho de classe (ex. OAB/BA, OAB/SP, CREA/RJ, CRM/MG, CRM/RS, etc.) propõe uma ação questionando se as sociedades simples de profissionais que integram a respectiva categoria estão obrigadas a recolher certo tributo (ex. Cofins)” (Idem).

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coords.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: RT, 2014, p. 174-175.

ação que versava sobre a reparação de danos causados a usuários dependentes de nicotina, já que a simples constatação da origem comum do dano não solucionaria a questão. Deveria ser verificada, caso a caso, a causalidade e a extensão do dano suportado por cada dependente, o que exigiria a ocorrência de, praticamente, uma nova ação condenatória individual.²³

Em análise de outra importante hipótese geradora da litigiosidade repetitiva, nota-se que a massificação processual pode ser originada a partir da verificação de demandas que não possuam quaisquer semelhanças nos pedidos e nas causas de pedir, mas que apresentem controvérsias repetitivas sobre questões estritamente processuais. Dentre os exemplos apresentados para tal situação, constam questões como a contagem de prazos e requisitos formais de admissibilidade recursal.²⁴

Posto isso, foram empreendidas diversas reformas legislativas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, na tentativa de conferir um tratamento mais isonômico aos jurisdicionados e de se conter a grande numerosidade de processos judiciais, em especial aqueles marcados pelo fenômeno da massificação.²⁵ É o caso, por exemplo da Emenda Constitucional n° 45/2004, que instituiu a possibilidade de o STF aprovar súmulas vinculantes (artigo 103-A da CF) e que implementou o requisito de admissibilidade da repercussão geral no âmbito dos recursos extraordinários (artigo 102, § 3º, da CF), regulamentado pela Lei n° 11.418/2006 (artigo 543-B do CPC/73). Do mesmo modo, é importante mencionar a Lei n° 11.276/2006, que implementou, no antigo Código de Processo Civil, a hipótese de não recebimento, pelo juízo *a quo*, de recurso de apelação em desconformidade com súmula dos tribunais superiores (artigo 518, § 1º, do CPC/73), e o julgamento *prima facie* de mérito (artigo 285-A, do CPC/73). Há ainda que se observar a Lei n° 11.672/2008, que regulamentou o procedimento de julgamento dos recursos especiais repetitivos (artigo 543-C do CPC/73).

Não obstante, a despeito das mencionadas reestruturações legislativas, não se pode dizer que o Judiciário encontrou uma solução plenamente adequada para o julgamento das demandas de massa. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, introduziu no ordenamento a figura do incidente de resolução de demandas repetitivas.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coords.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: RT, 2014, p. 178-179.

²⁴ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 60.

²⁵ Para uma completa análise das reformas legislativas destacadas, ver CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016.

Por meio dessa nova modalidade de incidente processual, o legislador tem por objetivo a valorização dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da prestação jurisdicional em tempo razoável, reduzindo as mazelas ocasionadas pela massificação processual para os jurisdicionados e para o próprio Poder Judiciário. De fato, é esperado que os magistrados, ao analisar questões idênticas que se repetem nos processos, profiram julgamentos isonômicos, evitando que as partes não saibam o que esperar do tão aguardado provimento jurisdicional.

Ante a exposição do contexto que propiciou a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, parte-se para uma breve análise do funcionamento do instituto para a melhor compreensão dos contornos procedimentais, tendo em vista a recente concepção desse instituto processual.

2. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: UMA BREVE ANÁLISE

Em linhas gerais, a partir da identificação de repetidas questões de direito controvertidas²⁶, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem por proposta a fixação, por tribunal competente, de tese jurídica que deverá ser aplicada a todos os processos em que se debata a questão, que já tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição do tribunal.

De acordo com a redação do artigo 976 do CPC/15, a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas será admitida quando verificados, de maneira cumulativa, a ocorrência efetiva de reiterados processos que apresentem controvérsia relativa à mesma questão exclusivamente de direito (i), material ou processual (artigo 928, parágrafo único, do CPC/15), e o risco de afronta à isonomia e à segurança jurídica (ii).

No que tange ao primeiro requisito legal, a despeito da previsão contida no anteprojeto da Comissão de Juristas e do projeto de lei aprovado no Senado Federal, segundo a qual o incidente seria cabível diante de uma potencial repetição de questões idênticas em vários processos²⁷, foi estabelecido no corpo final do dispositivo que a repetitividade de questão em diversos litígios deverá ser comprovada para que o incidente seja instaurado. Não é necessário, conforme salientado pelo enunciado n° 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis²⁸, que exista um grande número de processos nos quais se verifique o debate sobre a mesma questão, mas é prudente que tais casos ocorram em uma quantidade razoável, que justifique a aplicação da nova técnica.²⁹

²⁶ Como já abordado, não há necessidade de homogeneidade da causa de pedir e do pedido dos processos para que sejam abrangidos pelo IRDR, basta a reiteração de uma questão jurídica controvertida. Dessa forma, como bem propõe Marcos Cavalcanti, o instituto deveria receber a denominação “incidente de resolução de questões repetitivas” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 202).

²⁷ Conforme expõe Marcos Cavalcanti, “como se vê, o IRDR proposto pelo anteprojeto da comissão de juristas e pelo projeto de lei aprovado pelo Senado Federal possuía caráter marcadamente *preventivo*. Isto é, antes mesmo do efetivo ajuizamento massificado de demandas repetitivas, o juiz ou o relator, verificando a potencialidade de a controvérsia gerar relevante multiplicação de processos, deveria suscitar a instauração do IRDR. Ocorre que o caráter preventivo sugerido para o IRDR sofreu diversas críticas doutrinárias em audiências públicas realizadas na fase de discussão do projeto de lei na Câmara dos Deputados, assim como em trabalhos publicados por estudiosos do tema” (Idem, p. 212).

²⁸ Enunciado n° 87. (art. 976, II) 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 da segurança jurídica.

²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.520.

Ademais, foi positivado no novo diploma processual que a instauração do incidente será admissível somente nos casos em que a repetitividade constatada versar sobre questão de direito controvertida. Diferentemente do procedimento alemão do *Musterverfahren*, que inspirou a criação do IRDR segundo a exposição de motivos do anteprojeto do CPC/15³⁰, a similitude de questões fáticas não é aceita como fator que justifique a instauração do procedimento brasileiro.³¹

Na tentativa de se distinguir as questões fáticas (*quaestiones facti*) das questões jurídicas (*quaestiones iuris*), é flagrante a dificuldade encontrada pela doutrina na realização desta tarefa³², na medida em que há um fato pressuposto a toda questão de direito. Como leciona Fredie Didier Jr., as questões de fato são todas aquelas relacionadas aos “pressupostos fáticos da incidência”, como as questões relativas à causa de pedir. Por outro lado, as questões de direito estão ligadas à subsunção do fato ao texto normativo.³³

Desse modo, levando em consideração a árdua atividade de separação das questões de fato das questões de direito, Sofia Temer entende que, no âmbito de aplicação do IRDR, a controvérsia deve envolver questões “predominantemente” jurídicas, classificação atinente “ao foco de atenção do julgador naquela específica atividade de cognição e julgamento”³⁴. Sendo assim, a expressão “questão de direito” abrangeria situações relativas à interpretação da norma e das consequências jurídicas dela extraídas (i); à aplicabilidade de um determinado texto normativo a um caso concreto (ii); e também englobaria situações em que fosse analisada a compatibilidade de uma norma específica em face de outras normas e da própria Constituição (iii).³⁵

³⁰ Conforme se extrai da exposição de motivos, “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. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: 2010, p. 21. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2016).

³¹ Para uma completa compreensão do *Musterverfahren*, ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. v. 147, p. 123-146, mai. 2007.

³² Compreendendo tal dificuldade, Teresa Arruda Alvim Wambier expõe que “rigorosamente, seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, v. 92, p. 52-70, out-dez. 1998).

³³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 439.

³⁴ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 71.

³⁵ Idem.

De toda forma, a limitação do IRDR à tratativa de questões de direito controvertidas vem sendo criticada pela doutrina, que, a título de exemplificação, expõe que o incidente não poderia ser instaurado em hipóteses de demandas cuja questão repetitiva diga respeito a um possível defeito de produto ou serviço, caso da avaliação de vícios estruturais em uma determinada construção, decorrentes em falhas projetacionais ou na realização de obra.³⁶

Quanto ao segundo pressuposto disciplinado pelo artigo 976 do CPC/15, dispôs o legislador que a repetitividade de processos marcados pela discussão da mesma controvérsia jurídica deverá, ainda, oferecer risco à isonomia, mediante a prolação de decisões distintas para casos que deveriam receber provimentos semelhantes, e à segurança jurídica, tendo em vista que a previsibilidade das decisões judiciais deve orientar os jurisdicionados na busca por seus direitos.³⁷

Há, ainda, um terceiro requisito que vem sendo apontado por considerável parcela de autores em interpretação ao parágrafo único do artigo 978 do CPC/15. Nos termos do referido dispositivo, “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”. A partir dessa disposição legal, tal vertente doutrinária³⁸ concluiu ser necessária a pendência de processo perante o tribunal para que o IRDR possa ser instaurado e apreciado no âmbito deste. Tal entendimento foi encampado pelo enunciado n° 344 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.³⁹

Em complementação a essa linha argumentativa, Marcos Cavalcanti assevera que a necessidade de que exista causa pendente no tribunal em que o IRDR será instaurado vai ao encontro do que prevê a Constituição Federal. A admissão do IRDR em tribunal no qual não fosse verificado nenhum processo que versasse sobre a controvérsia jurídica a ser debatida no

³⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.519.

³⁷ Interessante a opinião de Luiz Guilherme Marinoni, para o qual, “o ‘risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica’ não pode ser visto como requisito para a instauração do incidente, uma vez que é inevitável decorrência da repetição de processos em que se controverte uma mesma questão de direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 63).

³⁸ Assim entendem Antonio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.519.), Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 628) e Marcos Cavalcanti (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 212).

³⁹ Enunciado n° 344. (art. 976) “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

incidente criaria uma nova hipótese de competência originária dos tribunais, prevista, contudo, por lei ordinária. Sendo assim, caso não houvesse a previsão do parágrafo único do artigo 978 do CPC/15, o IRDR estaria eivado de inconstitucionalidade pelo fato de sua instauração não estar prevista na Constituição Federal, que, em seu artigo 108, regulamenta as competências dos tribunais federais, e nem nas Constituições Estaduais, que regulamentam as competências dos tribunais de justiça (artigo 125, § 1º, da CF).⁴⁰

No entanto, a corrente adversa também merece ser trazida ao estudo. Segundo esta, não há óbice à instauração do IRDR quando não se verificar causa pendente de julgamento no tribunal⁴¹. Para justificar seu entendimento, Sofia Temer defende que não houve a criação inconstitucional de hipótese de competência originária dos tribunais, uma vez que, no âmbito do incidente, o tribunal apenas apreciará, em abstrato, a questão de direito controvertida⁴², não realizando então o julgamento subjetivo da demanda. Desse modo, o juízo de primeiro grau continuaria responsável pelo julgamento da lide, razão pela qual não ocorreria o deslocamento da competência originária, preservando-se o princípio do juiz natural.⁴³

A autora ainda apresenta outros argumentos, como a retirada da previsão do artigo 988, § 2º, do substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados (“o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal”), que foi retirada da versão final do novo código, demonstrando a vontade do legislador em retirar tal requisito.⁴⁴ Também sustenta-se pela inconstitucionalidade formal do parágrafo único do artigo 978 do CPC/15, pois este dispositivo não constava do projeto aprovado no Senado em 2010 e da versão também aprovada na Câmara em 2014. Com isso, o dispositivo só poderia ter sido acrescentado a título de “emenda de redação”, o que não seria admissível, já que houve uma considerável alteração de conteúdo normativo.⁴⁵ Finalmente, é observado que a instauração com base apenas em procedimentos que tramitam perante o primeiro grau não forneceria ao IRDR um caráter preventivo, pois o incidente, apesar de poder ser instaurado sem a ocorrência repetitiva de

⁴⁰ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 226.

⁴¹ É o que apresenta Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 104).

⁴² Essa questão será melhor compreendida no decorrer do capítulo.

⁴³ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 108.

⁴⁴ Idem, p. 105.

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.527.

juízos de mérito sobre a matéria, continuaria a ser admitido mediante a efetiva repetição de processos.⁴⁶

Por último, o artigo 976 do CPC/15, em seu § 4º, estabelece a previsão de um requisito negativo para a instauração do IRDR, ao prever que o incidente será incabível na hipótese de ser verificada, na esfera dos tribunais superiores, a afetação de recursos extraordinários ou especiais repetitivos para que seja definida tese sobre questão controvertida de direito, material ou processual, repetitiva. Trata-se de um pressuposto coerente, visto que, afetado o recurso excepcional repetitivo, será determinada a suspensão nacional dos processos, individuais e coletivos, em que esteja sendo debatida a mesma questão controvertida de direito presente na análise do recurso (artigo 1.037, II, do CPC/15), suspensão esta que também atingiria o IRDR, e que a tese adotada pelo STF ou pelo STJ terá abrangência nacional, devendo ser adotada vinculativamente em todos os processos que dizem respeito à mesma questão (artigo 1.040, III, do CPC/15).

Sendo assim, não haveria interesse em instaurar um IRDR quando se está diante de um recurso especial ou extraordinário repetitivo, já que a tese fixada por estes será aplicada também aos processos que estariam submetidos à aplicação do entendimento consolidado pelo incidente. Em razão disso, há quem entenda que a afetação de recurso excepcional repetitivo posterior à instauração de IRDR faz com que este perca o objeto por falta de interesse superveniente, visto que a tese adotada pelos tribunais superiores prevalecerá em face da interpretação conferida pelos tribunais estaduais e regionais⁴⁷, assim como há quem defenda a suspensão do incidente até o julgamento do recurso excepcional repetitivo, uma vez que este pode não chegar a ser julgado, bem como que seu objeto pode se revelar distinto daquele analisado no IRDR.⁴⁸

A partir do mesmo raciocínio, também se pressupõe que o IRDR não será cabível quando já tiver sido verificada a fixação de entendimento sobre a questão controvertida pelo STF e STJ, a menos que o incidente tenha sido motivado para superar ou rever a tese já adotada.⁴⁹

⁴⁶ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 105.

⁴⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 233.

⁴⁸ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 116.

⁴⁹ Idem.

Verificados os pressupostos explicados, o IRDR poderá ser instaurado, mediante pedido ao presidente de tribunal competente⁵⁰, pelos legitimados do artigo 977 do CPC/15, dentre os quais se encontram o juiz ou relator (I), as partes de processos em que a questão de direito controvertida se manifeste (II), o Ministério Público e a Defensoria Pública (III).

Posto isso, encaminhado o ofício ou a petição (artigo 977, parágrafo único, do CPC/15) ao presidente de tribunal, o órgão colegiado competente para julgar o IRDR realizará o juízo de admissibilidade do incidente, para que se constate o preenchimento dos requisitos já destacados (artigo 981 do CPC/15). É recomendável que o órgão colegiado, além de ser responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal, possua atuação específica na matéria que componha a questão de direito controvertida a ser julgada pelo IRDR.⁵¹

Sendo positivo o juízo de admissibilidade do IRDR⁵², será determinada, pelo relator, a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que tramitem na área de jurisdição do tribunal, incluindo aqueles que tramitem no âmbito dos juizados especiais⁵³, e que ainda não tenham sido concluídos (artigo 982, I, do CPC/15). Veja-se que a suspensão dos processos pode ocorrer em todo o território nacional, desde que haja requerimento nesse sentido perante os tribunais superiores (artigo 982, § 3º, do CPC/15). Em regra, a suspensão dos processos não poderá ultrapassar o prazo de um ano, prazo este em que o incidente deverá ser solucionado, já que o julgamento do IRDR deve ser realizado preferencialmente sobre os demais processos, salvo nas hipóteses de réu preso e *habeas corpus* (artigo 980 do CPC/15). Entretanto, a suspensão poderá prevalecer por intervalo temporal superior a um ano, nos casos em que o relator profira decisão fundamentada (artigo 980, parágrafo único, do CPC/15).

Diferentemente do microssistema processual coletivo, no qual cabe aos jurisdicionados requerer a suspensão de suas ações individuais (artigo 104 do CDC), o sobrestamento das ações

⁵⁰ Em regra, o IRDR será instaurado no âmbito dos tribunais estaduais e dos tribunais regionais federais. Segundo o enunciado nº 343 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, “o incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”. Não obstante, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha apontam, apesar de não ser entendimento pacífico, para a possibilidade de instauração do incidente nos tribunais regionais do trabalho, nos tribunais regionais eleitorais e, diante do silêncio do código, até mesmo nos tribunais superiores (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 630-631).

⁵¹ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 119.

⁵² Na compreensão do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu enunciado nº 556, “é irrecurível 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”. Contudo, como mostra o artigo 976, § 3º, do CPC/15, o incidente poderá ser novamente suscitado caso haja a satisfação posterior do requisito cuja ausência levou à inadmissão.

⁵³ Nesse sentido, o enunciado nº 93 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região”.

em virtude da admissão do IRDR ocorre de maneira automática. Por consequência, caberá às partes de tais processos requerer, a despeito da tramitação do incidente, o prosseguimento de suas ações, demonstrando que nelas não está sendo discutida a questão controvertida que suscitou a instauração do IRDR. Não há, nos dispositivos que disciplinam o IRDR, previsão quanto ao pedido de distinção. Em razão disso, torna-se essencial a interpretação do enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵⁴, que apresenta a formação de um “microssistema de solução de casos repetitivos”. Deve-se então, no âmbito do incidente, aplicar os parágrafos 8º a 13 do artigo 1.037 do CPC/15, que regulam o requerimento de distinção nos recursos extraordinários e especiais repetitivos.

Realizado o juízo de admissibilidade pelo órgão colegiado, a instauração do IRDR deverá ser amplamente divulgada por meio de registro eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (artigo 979 do CPC/15). O objetivo é conferir a necessária publicidade ao incidente, tendo em vista que os interessados necessitam ser adequadamente cientificados. Chama-se a atenção para a importância da divulgação, para que se evite a instauração de novos incidentes sobre a mesma questão, devendo-se, ao invés de se instaurar mais um IRDR, requerer a suspensão nacional dos processos semelhantes.⁵⁵

Posteriormente, devido à aplicação do microssistema de solução de casos repetitivos, deverá o relator, na forma do artigo 1.037 do CPC/15, proferir a decisão de afetação, ou de organização, do IRDR. Durante esta fase procedimental, deverá ser identificada, com precisão, a questão de direito controvertida que constituirá o objeto do julgamento do incidente (artigo 1.037, I, do CPC/15). A partir de tal momento, estará fixado o mérito do incidente, devendo o julgamento do órgão colegiado ater-se apenas à resolução da questão fixada.⁵⁶

A segunda etapa do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas compreenderá ainda a identificação inicial dos sujeitos que participarão do incidente, bem como os limites de sua atuação, e a realização dos atos necessários à instrução do IRDR.⁵⁷ A instrução compreenderá a oitiva das partes e dos demais interessados, que, no prazo comum de quinze dias, poderão solicitar a juntada de documentos e a realização de diligências que entenderem

⁵⁴ Enunciado 345. (art. 976) “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”.

⁵⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 127.

⁵⁶ Para uma melhor compreensão da decisão de organização do IRDR, ver 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, p. 257-278, ago. 2016.

⁵⁷ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 127.

necessárias (artigo 983, *caput*, do CPC/15). Com base ainda no *caput* do referido dispositivo, o Ministério Público deverá se manifestar como *custos legis*. O relator poderá ainda designar data para a realização de audiência pública, com participação de *amici curiae* (artigo 983, § 1º, do CPC/15).

Após a ocorrência dos atos instrutórios, caberá ao relator a solicitação de data para tenha início o julgamento do IRDR (artigo 983, § 2º, do CPC/15). Iniciada a sessão, o relator irá expor o objeto do incidente (artigo 984, I, do CPC/15) e, em sede de sustentação oral, serão ouvidos o autor e o réu do processo que serviu de base para a instauração do incidente, bem como o Ministério Público, durante trinta minutos para cada (artigo 984, II, *a*), do CPC/15). Será também realizada a oitiva dos demais interessados que se apresentarem, no prazo de trinta minutos, divididos entre todos (artigo 984, II, *b*, do CPC/15), o qual poderá ser ampliado (artigo 984, § 1º, do CPC/15).

Dando prosseguimento, com o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o entendimento⁵⁸ consolidado pelo tribunal será aplicado de forma vinculante a todos os processos, que tramitem ou venham a tramitar na área de jurisdição do tribunal⁵⁹, em que esteja sendo discutida (ou venha a ser) a questão de direito julgada pelo IRDR. É o que se extrai do artigo 985 do CPC/15. Não obstante, a incidência da tese fixada poderá ter abrangência nacional, nos casos em que haja recurso especial ou extraordinário da decisão que julgar o IRDR (artigo 987 do CPC/15).

Ainda em relação ao julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, tem-se discutido no âmbito doutrinário se nele ocorrerá o julgamento do caso concreto selecionado para a formação do IRDR e a fixação da tese relativa à questão de direito controvertida que motivou sua instauração, ou se apenas ocorrerá a fixação da tese, que será aplicada em diversos processos, sem que ocorra o julgamento subjetivo da causa.

Para a melhor compreensão da situação, deve ser analisada a diferença entre as “causas-piloto” e os “procedimentos-modelo”. Na “causa-piloto”, exemplificada pelo procedimento inglês da *group litigation order*, ocorrerá a apreciação completa da demanda, o que inclui a questão controvertida comum e as questões exclusivas daquela demanda que foi selecionada

⁵⁸ Há quem defenda, como é o caso de Luiz Guilherme Marinoni, que o IRDR não forma precedente, mas sim “coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 19-20). Contudo, não será aqui debatida tal discussão.

⁵⁹ Tratando-se de Tribunal Estadual, a tese fixada será aplicada na área do Estado correspondente. Já na hipótese de Tribunal Regional Federal, a aplicação ocorrerá em toda a região abrangida pelo tribunal.

pelo órgão julgador. Nota-se, no direito brasileiro, a adoção de tal modelo nos recursos extraordinários e especiais repetitivos. O “procedimento-modelo”, por sua vez, adotado para o *Musterverfahren* tedesco, realizará apenas a apreciação das questões comuns, não apreciando nenhuma das questões particulares do caso que foi utilizado para representar a controvérsia⁶⁰. A questão repetitiva será julgada abstratamente.

Diante disso, observa-se a formação de corrente que entende que o IRDR adotou o sistema das “causas-piloto”, ou seja, que ocorrerá, além da fixação da tese comum, o julgamento concreto da demanda que deu origem à formação do incidente⁶¹. De outro lado, há quem venha entendendo que o julgamento incidental compreende uma “cisão cognitiva”, pois será analisada apenas a questão de direito controvertida que se repete em vários processos, tratando-se assim de um procedimento de natureza objetiva.⁶²

Para os que acreditam que o IRDR se trata de uma “causa-piloto”, o entendimento é justificado pela previsão do artigo 978, parágrafo único, do CPC/15, pela qual “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”.

Já para a vertente segundo a qual o incidente consiste em um “procedimento-modelo”, é possível explicar tal posição em razão de que o IRDR só comporta a resolução de questões de direito repetitivas. Não há previsão para que o incidente trate de questões fáticas e de questões jurídicas que não forem homogêneas. Além disso, utiliza-se como argumento a hipótese em que ocorre a desistência no processo que foi selecionado para representar a controvérsia, já que, como prevê o artigo 976, § 1º, do CPC/15, “a desistência ou abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.⁶³

⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.516.

⁶¹ Assim entendem Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.), Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.516) e Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 594-595).

⁶² É a posição de Aluisio Mendes e Roberto Rodrigues (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 211, p. 191-207, set. 2012), Eduardo Cambi e Mateus Fogaça (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 333-362, mai. 2015) e Sofia Temer (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016).

⁶³ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68-69.

Chama ainda a atenção o surgimento de uma posição intermediária entre as duas mencionadas. De acordo com Marcos Cavalcanti, o incidente de resolução de demandas repetitivas possui um “caráter híbrido”, porquanto, a despeito de o código prever que o órgão responsável pelo julgamento do incidente também realizará o julgamento da causa utilizada na instauração do IRDR, em momento algum o legislador dispôs que o caso concreto deverá ser apreciado de forma conjunta à questão de direito comum. O julgamento da causa ocorrerá para o autor, mas não necessariamente no mesmo momento do julgamento abstrato da tese jurídica do incidente, podendo ocorrer até mesmo em outra sessão de julgamento. Registra-se, ainda, que, na visão do presente entendimento, o CPC/15 atentou-se à possibilidade de interposição de recurso extraordinário ou especial em face da decisão que julgou o IRDR sem que, obrigatoriamente, ocorra recurso excepcional contra a decisão do julgamento subjetivo pendente no tribunal (artigo 987, *caput*, do CPC/15). Em tal situação, o caso concreto só será apreciado caso a decisão de mérito do incidente transite em julgado, uma vez que eventuais recursos extraordinários e especiais interpostos em face desta possuirão efeito suspensivo *ope legis* (artigo 987, § 1º, do CPC/15).⁶⁴ Não se descarta a possibilidade de o julgamento do IRDR e o julgamento concreto da causa estarem contidos no mesmo recurso excepcional, apenas afirma-se que pode ocorrer hipótese em que haja a interposição de um recurso extraordinário ou especial apenas em face da decisão abstrata de julgamento do incidente.

No momento do presente estudo, a posição apresentada por Marcos Cavalcanti, estabelecendo que o IRDR não é puramente um “procedimento-modelo” e nem uma “causa-piloto” parece a mais adequada entre os posicionamentos apresentados, já que, de fato, não houve uma previsão legal de que o julgamento da tese do incidente e o julgamento do caso concreto ocorressem ao mesmo momento, na mesma sessão. Não obstante, a questão relativa à natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas ainda deverá exigir maiores reflexões doutrinárias e, principalmente, dependerá da análise dos incidentes que já tramitam e que virão a tramitar nos tribunais.

⁶⁴ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 227-229.

3. A PROPOSTA DE UM CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA PARA O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No que tange à disciplina dos sujeitos participantes do incidente de resolução de demandas repetitivas, o recém-criado Código de Processo Civil estabeleceu a previsão de participação das partes do processo a partir do qual o IRDR foi instaurado (i); do Ministério Público (ii), na forma de fiscal da lei, quando não houver suscitado a instauração do incidente; do *amici curiae* (iii); e dos “demais interessados” (iv). É o que se pode extrair da leitura dos artigos 983 e 984 do CPC/15.

Em relação aos “demais interessados”, dúvidas não restam quanto ao interesse das partes dos processos que foram sobrestados na área de jurisdição do tribunal em virtude da instauração do IRDR. Considerando-se que o entendimento formado pelo procedimento incidental será aplicado de forma vinculante a todas as demandas suspensas (artigo 985, I, do CPC/15), o julgamento do incidente influenciará a esfera jurídica de tais sujeitos, já que seus direitos subjetivos serão decididos por provimento jurisdicional orientado pela tese fixada⁶⁵, seja ela favorável ou desfavorável. O IRDR possui, nas palavras de Marcos Cavalcanti, uma “eficácia vinculante *pro et contra*”.⁶⁶

A importância do IRDR para as partes sobrestadas é ainda maior tendo em vista que, ao contrário do microssistema processual coletivo, em que cabe aos litigantes individuais requerer a suspensão processual, no microssistema de demandas repetitivas, a suspensão ocorrerá automaticamente com a admissão do incidente.

Não obstante, não foram previstas pelo novo diploma processual civil formas muito efetivas de participação dos sujeitos que não compõem as partes do processo originário. Na dinâmica estabelecida pelo CPC/15, os “demais interessados” poderão apenas requerer a juntada de documentos e requerer diligências que entenderem necessárias (artigo 983, *caput*), oferecer sustentação oral, pelo prazo comum de trinta minutos, divididos entre todos os interessados (artigo 984, II, *b*), bem como, na condição de terceiros interessados, interpor

⁶⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 174-175.

⁶⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 382.

eventuais recursos excepcionais (artigo 987).⁶⁷ Há no âmbito do IRDR, como se percebe, uma forte limitação ao potencial argumentativo dos sujeitos sobrestados. A carga de argumentação será concentrada, sem dúvidas, nas partes do procedimento originário, as quais, por exemplo, possuirão trinta minutos, para cada uma, no oferecimento da sustentação oral (artigo 984, II, *a*).

Percebe-se que, ainda que fosse facultado às partes sobrestadas uma ampla possibilidade de argumentarem na formação da tese, o fato de o IRDR tramitar na esfera dos tribunais seguramente dificultaria a participação da maioria dos litigantes esporádicos que atuam no primeiro grau de jurisdição. A título de exemplo, em um incidente que tramitasse perante o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, sediado em Brasília/DF, a participação para os interessados oriundos de processos que tramitam em Subseções Judiciárias de Minas Gerais, sobretudo para a prática da sustentação oral, não seria tarefa simples.

Pelas razões expostas, na medida em que a decisão proferida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas influenciará diretamente todos os processos sobrestados, mesmo que se trate de decisão desfavorável, a questão relativa à participação das partes das demandas suspensas deverá ser analisada sob a ótica do princípio do contraditório (previsto constitucionalmente no artigo 5º, LV, da CF e que também recebeu disposições consideráveis por parte do CPC/15), bem como do princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF).

O princípio do contraditório não pode ser mais interpretado apenas como a necessidade de participação das partes no andamento processual. Como bem assevera Leonardo Greco, por estar diretamente relacionado à concretização do princípio democrático, o contraditório também exige que ninguém possa ser atingido por um provimento jurisdicional na sua esfera de interesses “sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação”.⁶⁸ A garantia processual do contraditório passou então a ser interpretada também como um direito de que as partes possam influenciar a prolação da decisão judicial de forma contundente.

Ao encontro desse entendimento, Fredie Didier Jr. salienta que “o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão”.⁶⁹ Deverá então, pela presente perspectiva, ser possibilitado aos litigantes que tenham uma participação ativa, que influencie na

⁶⁷ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 139-140.

⁶⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78.

constituição da decisão. Trata-se da “dimensão substancial do princípio do contraditório”⁷⁰, necessária para que este princípio seja garantido aos jurisdicionados em sua plenitude, em respeito ao devido processo legal.

É possível então visualizar uma clara dificuldade para que, nesses moldes, o princípio do contraditório seja garantido às partes dos processos sobrestados em função da instauração do IRDR, devido à ausência de uma possibilidade efetiva de participação e influência destas na formação do entendimento.⁷¹ Mas isso não quer dizer que os jurisdicionados deverão ficar desprovidos do direito ao contraditório, aguardando a fixação de uma tese que lhes pode ser benéfica ou prejudicial.

Como bem salienta Mauro Cappelletti, as demandas que envolvem direitos metaindividuais seriam impossibilitadas de serem tuteladas judicialmente caso o princípio do contraditório fosse rigidamente interpretado.⁷² A clássica concepção do contraditório é insuficiente diante das necessidades da sociedade contemporânea, mas tal insuficiência não deve refletir no abandono do princípio, mas sim em sua evolução.⁷³

Diante disso, a proposta que aqui se pretende estabelecer é de que o contraditório pensado tradicionalmente para os procedimentos individuais seja reinterpretado para que se adapte às particularidades dessa nova técnica processual de solução de questões repetitivas. O devido processo legal continuará sendo preservado, pois pretende-se que as partes que não participem diretamente do IRDR não tenham suas garantias processuais violadas.⁷⁴

Curiosamente, a possível solução para que a garantia do devido processo legal seja assegurada aos interessados que não participam do IRDR passa justamente por uma análise

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 79.

⁷¹ Conforme apresenta Luiz Guilherme Marinoni, “não há como negar a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas, julga-se questão de muitos em processo de alguns” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 46.)

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Palaia. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128-159, 1977.

⁷³ Idem.

⁷⁴ De acordo com Antonio Adonias Bastos, “às causas em bloco não se pode aplicar o *due process of law* com o mesmo delineamento que incide sobre as demandas puramente individuais, com idêntica definição das partes, dos ônus, deveres e direitos processuais” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. 2012. 266 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 56). Do mesmo modo compreende Marcos Cavalcanti, ao assinalar que “a revisitação dos princípios constitucionais do processo, no entanto, não significa seu abandono. Na verdade, os velhos esquemas do direito processual individualista devem ser transformados a fim de se adaptarem aos novos direitos meta individuais. Em outros termos, o direito processual tradicional, individualista, deve dar lugar ou ser integrado a um *devido processo legal de natureza social ou coletiva*, sendo essa a única forma possível de ser garantida a adequada defesa judicial desses novos direitos” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 375).

daqueles que venham a “liderar” o procedimento incidental. É a atuação das partes presentes no processo representativo da controvérsia jurídica que será decisiva para a formação da tese a ser estendida a uma multiplicidade de demandas e, em consequência, a uma multiplicidade de jurisdicionados. A referência para essa conclusão se encontra no direito estadunidense, em especial, no instituto das *class actions*.⁷⁵

Em amparo nas lições de Cássio Scarpinella Bueno, a *class action* dos Estados Unidos ocorre nas situações em que uma pessoa, um pequeno agrupamento de pessoas, em um determinado procedimento, representem um grupo maior de pessoas, desde que todas possuam um interesse comum.⁷⁶ Com isso, seria possível vislumbrar uma problemática semelhante à já apresentada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas: é preciso garantir o direito ao contraditório e ao devido processo legal aos sujeitos interessados que não participarão pessoalmente da ação de classe, mas que serão diretamente impactados pela decisão nela proferida, seja ela favorável ou desfavorável ao grupo.⁷⁷

Nos EUA, a despeito da consolidada noção segundo a qual a decisão proferida em um processo não pode influenciar a esfera de direitos daqueles que não tenham participado do feito (*full and fair opportunity to be heard*)⁷⁸, encontra-se positivado que as *class actions* serão admitidas, desde que, nos termos da *Rule 23 (a) (4)* das *Federal Rules of Civil Procedure*, as partes representativas protejam, de forma justa e adequada, os interesses das classes por elas representadas (tradução livre).⁷⁹

Constata-se, então, a ideia de que as partes representativas das *class actions* devam ser dotadas de uma “representatividade adequada”. Verificada pelo juiz, no caso concreto, a ocorrência de tal pressuposto de admissibilidade das ações de classe estadunidenses, é pacífico

⁷⁵ O aprofundamento no estudo das *class actions* estadunidenses escapa ao objeto deste trabalho. Para um rico entendimento acerca do assunto ver BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão contínua*. **Revista de Processo**, v. 82, abr. 1996, versão digital; GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública**. Rio de Janeiro: GZ, 2012; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2012; e ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Juspodivm, 2013.

⁷⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão contínua*. **Revista de Processo**, v. 82, abr. 1996, p. 1, versão digital.

⁷⁷ *Idem*, p. 5.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: RT, 2016, p. 36.

⁷⁹ Rule 23. Class Actions

(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all 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** (destacou-se).

o entendimento de que os membros da classe que não participarão do julgamento da ação tiveram *their own day in court*.⁸⁰ Não há que se falar em desrespeito ao devido processo legal (*due process of law*) caso a participação dos membros do grupo esteja sendo suprida por um representante que adequadamente tutelar os interesses da classe.

Quais seriam então os critérios utilizados pelo magistrado para que houvesse um controle da adequação da representatividade? Não é exigível que o grupo seja representado da melhor maneira possível, mas sim que essa representação seja adequada.⁸¹ Sendo assim, deve-se conferir se há, por parte dos representantes, um real interesse jurídico em promover a demanda (i); se os advogados que conduzirão o processo possuem a capacidade técnica necessária para o patrocínio da causa, bem como a conduta ética (boa-fé) dos procuradores (ii); e, não menos importante, o órgão judicial deverá verificar se não existe nenhum conflito no interior da classe (iii). Caso exista algum conflito interno, a classe poderá ser dividida em subgrupos, cada qual com sua própria *class action*.⁸²

A importância dada pelo ordenamento jurídico estadunidense à representatividade adequada é tamanha que, além das possibilidades de seu controle ser realizado no momento da propositura da demanda (certificação) e durante a sua tramitação, a adequação do representante da *class action* poderá ser aferida após o término da ação de grupo, por algum membro da classe que não tenha participado do processo. Nesta hipótese, se restar constatado *a posteriori* que a representação não foi adequada, ocorrerá a inaplicabilidade da coisa julgada *ultra partes*.⁸³

A adoção do sistema da representatividade adequada é justamente o que propõe Mauro Cappelletti para que o princípio do contraditório seja amoldado aos novos contornos exigidos pela tutela de direitos metaindividuais.⁸⁴ Antonio Gidi, também defensor de um controle da

⁸⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão contínua. **Revista de Processo**, v. 82, abr. 1996, p. 6, versão digital.

⁸¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 373.

⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão contínua. **Revista de Processo**, v. 82, abr. 1996, p. 7, versão digital.

⁸³ RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da *class-action* e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, 2012, p. 223.

⁸⁴ Conforme leciona o jurista italiano, “se a ‘parte ideológica’ (indivíduo ou associação) que leva a Juízo um certo interesse meta-individual é adequadamente representativa da classe inteira ou do grupo aos quais aquele interesse vai ter, será perfeitamente legítimo que o Juízo explique seus efeitos mesmo nos confrontos das ‘partes ausentes’. De fato, todos os membros da classe, mesmo os não individualizados, nem notificados, em suma, não individualmente ‘ouvidos’, haviam, todavia, tido seu *fair hearing* através das garantias de defesa e do contraditório, assegurado ao representante ideológico o *private attorney general* da mesma classe” (CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Tradução de Nelson Palaia. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128-159, 1977).

representatividade adequada, salienta que a implantação deste requisito de admissibilidade para as *class actions* minimiza o risco de conluio entre as partes que litigam na ação coletiva, incentiva que o representante atue de forma imponente, garante que a totalidade de argumentos e interesses do grupo sejam trazidos ao processo e, primordialmente, assegurar que o resultado obtido na ação coletiva não seja diferente daquele que seria alcançado através das ações ajuizadas individualmente pelos membros do grupo.⁸⁵

É necessário, para dar continuidade ao estudo, que se apresente uma definição construída pela doutrina brasileira que bem explique a expressão “representatividade adequada”. A noção de representação aqui examinada possui uma carga semântica distinta do tradicional significado técnico compreendido à palavra no direito processual civil. O representante, para fins de compreensão do conceito, deve ser entendido como o “porta-voz” dos interesses de seu grupo.⁸⁶

Levando em consideração essa premissa, e ciente da forte subjetividade presente no termo “adequação”, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari conceitua a representatividade adequada como:

Uma qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial.⁸⁷

Ante o exposto, tendo em vista a importância do controle da representatividade adequada em situações nas quais um direito referente a uma massa de jurisdicionados está sendo decidido fora do alcance efetivo dessa coletividade, dúvidas não restam quando à carência do novo Código de Processo Civil em prever alguma norma nesse sentido para o incidente de resolução de demandas repetitivas.⁸⁸

Não há que se admitir, em respeito ao contraditório e ao devido processo legal, que um entendimento seja vinculativamente aplicado a processos em que as partes não tiveram a

⁸⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, v. 108, out-dez. 2002, p. 4, versão digital.

⁸⁶ Idem, p. 1.

⁸⁷ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 189 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 50.

⁸⁸ Renato Xavier da Silveira Rosa, em estudo anterior à entrada em vigor do CPC/15, já apontava essa crítica. Segundo o autor, “é de perplexo apontamento que não haja controle da representatividade adequada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que não nos moldes das *class actions* norte-americanas, ao menos conforme proposto na doutrina nacional” (ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 139).

possibilidade de participação influente na constituição da tese fixada em caráter incidental. Com isso, nos termos da proposta apresentada por Mauro Cappelletti, para que tais princípios sejam resguardados, estes deverão ser reinterpretados e tutelados pela figura do representante adequado.

Na medida então em que a decisão de julgamento do incidente possuirá eficácia vinculante *pro et contra* a todos os processos em que se discuta (ou venha a se discutir) a questão de direito analisada pelo IRDR, é essencial que a participação daqueles que venham a liderar o incidente, caso das partes do processo originário, seja regulada pelo crivo da representação adequada.⁸⁹

Contudo, o CPC/15, ao dispor simplesmente que as partes do processo originário poderão instaurar o IRDR e nele atuar, demonstra que não realizou sequer uma previsão *ope legis* dos representantes adequados, modelo já adotado pelo microsistema processual coletivo brasileiro, por mais que a presunção legal de adequação da representação não exima o magistrado de também controlá-la.⁹⁰

Por tais razões, já se verifica no âmbito doutrinário o posicionamento que advoga pela inconstitucionalidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. Para Marcos Cavalcanti, o IRDR, regido apenas pelos dispositivos previstos no CPC/15, está em desacordo com o texto constitucional por violar os princípios do contraditório (artigo 5º, LV, da CF) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF).⁹¹ Sem embargo, o fato de o incidente estar eivado de um vício de constitucionalidade não impõe, necessariamente, que o novo instituto seja

⁸⁹ É exemplar a colocação de Luiz Guilherme Marinoni, segundo a qual “não há como suspender processos pendentes, em que jurisdicionados estão exercendo o seu direito fundamental de ação, para vinculá-los a uma decisão proferida em ‘incidente’ que não lhes confere o direito de falar e influenciar a Corte” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 36). Conforme leciona ainda o doutrinador, “afinal, o *due process*, ao deixar de depender da participação direta, requer adequação da representação para que o exercício do poder jurisdicional não se constitua em arbítrio” (Idem, p. 39).

⁹⁰ Não obstante à previsão legal dos representantes adequados estabelecida, por exemplo no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, há ampla vertente doutrinária defensora do controle judicial da adequação da representação também no âmbito das ações coletivas. Ver, por exemplo, GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, vol. 108, out-dez. 2002, versão digital; GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública**. Rio de Janeiro: GZ, 2012; e SCARPARO, Eduardo. **Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil**. Revista de Processo, v. 125, jun. 2012, versão digital.

⁹¹ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 382.

invalidado e extirpado do ordenamento, mas sim que o incidente seja corrigido através da interpretação doutrinária e da prática jurídica nos tribunais.⁹²

A partir dessas premissas, a propositura de um modelo de controle judicial da representatividade adequada para os líderes do IRDR tende a garantir, pelas causas já destacadas, que as partes dos processos suspensos não tenham prejudicadas a garantia do contraditório, essencial à concretização do devido processo legal. O novo diploma processual civil já indica a possibilidade de se aferir a adequação da representação para os *amici curiae* (artigo 138)⁹³, que também podem participar do IRDR, o que demonstra que não haveria maiores dificuldades em se controlar também a adequação dos sujeitos que conduzirão decisivamente o procedimento incidental.

É preciso então definir alguns critérios que irão orientar o magistrado na aferição da adequação da representatividade das partes que venham a liderar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Não deverão ser simplesmente transplantados os parâmetros utilizados nas *class actions* dos Estados Unidos, tendo em vista as flagrantes diferenças entre as ações de classe estadunidenses e o IRDR.⁹⁴ Também não se intenciona a formação um projeto definitivo, que esgote os critérios possíveis. Busca-se, com as exemplificações, principalmente demonstrar a viabilidade da presente proposta.

As diretrizes iniciais para que ocorra o controle judicial da adequação da representação no IRDR podem ser extraídas do próprio CPC/15. Note-se que, nos dispositivos que disciplinam o procedimento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, há a previsão de que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida” (artigo 1.036, § 6º). Além disso, foi disposto que, no mínimo, deverão ser escolhidos, pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de segundo grau, dois recursos representativos da controvérsia (artigo 1.036, § 1º), enquanto que o IRDR pode ser instaurado com base em apenas um processo. Por fim, é previsto

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 47.

⁹³ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, **com representatividade adequada**, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação (destacou-se).

⁹⁴ Assim entende Sofia Temer, ao ponderar que “também o requisito da ausência de conflito entre os ‘ausentes’ (que, no caso, seriam os sobrestados) – requisito este necessário para a escolha do representante adequado no sistema estadunidense – é inviável, na prática, porque sequer parece possível agrupar todos os sujeitos dos processos repetitivos em ‘polos’ homogêneos [...]” (TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162).

que o relator do recurso repetitivo não ficará adstrito aos recursos escolhidos pelo tribunal de justiça ou pelo tribunal regional federal, sendo possível que se selecione outros recursos que entenda serem mais adequados (artigo 1.036, §§ 4º e 5º).

Posto isso, note-se que houve uma nítida preocupação legislativa em que os recursos representativos da controvérsia não fossem selecionados ao acaso. A escolha dos recursos que irão simbolizar a questão de direito repetitiva está diretamente relacionada às partes condutoras do procedimento, já que estas são oriundas das demandas selecionadas. Sendo assim, por aplicação do microsistema de solução de demandas repetitivas, tais disposições relativas aos recursos excepcionais repetitivos deverão ser estendidas ao procedimento do IRDR. Em consequência, conclui-se que deverão ser selecionados ao menos dois processos para que o incidente seja composto e que estes processos serão selecionados a partir da abrangência e profundidade argumentativa dos processos representativos⁹⁵, processos dos quais serão extraídos líderes capazes de representar adequadamente as partes das demandas sobrestadas.⁹⁶

Porém, como já advertido, trata-se apenas de uma diretriz inicial, que deverá ser desdobrada para que a adequação da representatividade seja controlada da melhor forma. Diante disso, é possível extrair da doutrina a previsão de dois critérios mais aprofundados. Primeiramente, destaca-se a necessidade de que, nos processos originários, o contraditório tenha sido exercido de maneira ampla.⁹⁷ Ademais, pretende-se que a adequação seja aferida com base nas características pessoais das partes das demandas representativas, bem como de seus advogados.⁹⁸

No que tange ao requisito da amplitude do contraditório, é fácil concluir que, quanto mais completa e aprofundada a discussão relativa à questão de direito controvertida nos processos originários⁹⁹, maior também será a completude da discussão no âmbito do incidente

⁹⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 158.

⁹⁶ Luiz Guilherme Marinoni faz uma pontual advertência acerca da importância de que os processos originários contenham uma profundidade argumentativa. Conforme aponta o autor, “[...] o processo originário, que deu origem ao incidente, pode ser estrategicamente identificado pelo litigante que é parte em todas as demandas repetitivas para ter a oportunidade de se defrontar perante o tribunal com parte cujo advogado não vem se esforçando na defesa do seu constituinte, ou já apresentou peças processuais com argumentação insuficiente” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 42).

⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, mai. 2014, p. 5, versão digital.

⁹⁸ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 160.

⁹⁹ Antonio do Passo Cabral propõe critérios como: “(a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova” (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, mai. 2014, p. 5, versão digital).

de resolução de demandas repetitivas. Pense na hipótese da seleção de processos em que se verifique uma pluralidade de argumentos qualificados e bem expostos acerca da questão, com ampla participação das partes sob o prisma do contraditório como poder de influência. Em tais casos, os julgadores dos tribunais estarão melhor amparados para decidir sobre a tese a ser fixada pelo IRDR. Estarão, por um lado, embasados em procedimentos no qual a discussão foi profundamente debatida, com argumentos bem colocados pelas duas partes, e, principalmente, haverá uma maior garantia de que as partes originárias cumpram de forma satisfatória com o requisito da representatividade adequada, visto que, certamente, a argumentação aprofundada será certamente reproduzida pelas partes no julgamento do incidente, como por exemplo na apresentação de suas sustentações orais.

Amparado em casos representativos em que os líderes não patrocinem a controvérsia de forma abrangente, os tribunais podem, ao ignorar a existência de determinado argumento ou ao interpretá-lo de forma equivocada, proferir uma decisão absolutamente diversa da que deveria ser alcançada ou, ainda, fixar tese menos eficiente, que atrairia novas discussões relativas a pontos não enfrentados no procedimento incidental.¹⁰⁰ Seria então prejudicada uma vasta série de jurisdicionados, que, além de não ter tido acesso à discussão do IRDR, tiveram seus processos automaticamente sobrestados à espera de uma tese, equivocada ou incompleta, que será vinculativamente aplicada sobre todas as demandas repetitivas.

A necessidade de se garantir a escolha de representantes oriundos de processos amplamente (quantitativamente e qualitativamente) debatidos também se refere à profundidade da cognição realizada nos processos originários. São grandes as possibilidades, em regra, de que uma demanda já sentenciada em primeiro grau, ou seja, que já tramita no juízo *ad quem* irá conter uma maior amplitude argumentativa, pois, além dos argumentos trazidos pelas partes, há ainda o posicionamento aderido pelo juiz que sentenciou a causa, o que será vantajoso para o julgamento do IRDR.¹⁰¹

¹⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, mai. 2014, p. 6, versão digital.

¹⁰¹ Perceba-se que o presente raciocínio não quer dizer que o IRDR não seria admitido sem que houvesse processo em tramitação no tribunal. Este trabalho não irá se posicionar acerca de tal controvérsia, já mencionada anteriormente. Leciona ainda Antonio do Passo Cabral que, “por outro lado, a falta de um contraditório efetivo, na perspectiva do direito de consideração (e do correlato dever de atenção do juiz), permite-nos afirmar que não deve ser selecionado um processo em que a questão, apesar de amplamente debatida pelas partes, não tenha sido detalhada e analiticamente enfrentada pelo juiz na sentença” (Idem, p. 8).

Ademais, defende Antônio do Passo Cabral que a presença de vários autores e réus, bem como terceiros interessados e *amici curiae*, nos processos originários proporcionarão uma maior riqueza e diversidade de argumentos a serem utilizados no IRDR, se comparados às demandas em que se verifique apenas um autor em face de um único réu. Por tal razão, devem ser priorizadas as ações que contêm, por exemplo, litisconsórcio ativo e/ou passivo, ocasionando um maior número de representantes adequados para o debate no IRDR.¹⁰² No entanto, tal critério não garante, por si só, a adequação da representatividade. Podem existir ações unipessoais que possuam representantes mais capacitados para o debate da questão de direito controvertida.

Em face dessas razões, Sofia Temer propõe a ideia de “representatividade argumentativa” para se referir aos líderes que reúnam, de forma satisfatória, linhas argumentativas abrangentes e bem fundamentadas para a completude do debate a ser realizado no IRDR.¹⁰³

Quanto à segunda diretriz para se aferir a adequação da representatividade dos líderes do IRDR, devem ser ainda avaliadas as características pessoais das partes que irão conduzir efetivamente o incidente, bem como de seus advogados. No que diz respeito a estes, não há dúvidas de que um advogado mais capacitado tecnicamente, atualizado e especializado na matéria que virá a ser debatida, possuirá melhores condições para sustentar seus argumentos durante a tramitação do procedimento incidental.¹⁰⁴ Observe que a qualidade técnica do patrono da causa não está obrigatoriamente relacionada aos recursos financeiros que seu escritório possui ou à qualidade das folhas que utiliza para peticionar.

Deve ainda ser ressaltado que é importante que as partes selecionadas para representar todos os interessados sobrestados deverão dispor de interesse e recursos para poderem participar do julgamento do incidente em tribunal. Utilizando novamente o exemplo, imagine um IRDR que venha a tramitar na sede do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em Brasília/DF. Caso as partes selecionadas para liderar o incidente residam em Minas Gerais, terão de viajar até o tribunal para realizarem suas sustentações orais. Não seria adequada a escolha de pessoas que não possuíssem condições ou disponibilidade para realizar a viagem.

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, mai. 2014, p. 10, versão digital.

¹⁰³ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162-163.

¹⁰⁴ Idem, p. 163.

Ainda em relação às características pessoais das partes, não há nenhum óbice à instauração do IRDR a partir de processos coletivos. Desse modo, verificando-se a existência de ação coletiva que verse sobre a questão de direito controvertida, será provável que a parte que a ajuizou seja mais adequada para conduzir o incidente. O fato de existir uma presunção legal da adequação da representação para os legitimados ao ajuizamento de ação coletiva permite inferir, na maioria dos casos, que tais legitimados possuirão melhores condições estruturais, técnicas, financeiras e organizacionais para debater a questão a ser decidida.¹⁰⁵

Finalmente, analisados os critérios propostos, devem ser feitas algumas observações apontadas pela doutrina. A primeira, refere-se à possibilidade de o controle da representatividade adequada ocorrer diante dos dois polos dos processos originários, que pode ocorrer nas hipóteses de as demandas repetitivas não envolverem apenas um ou poucos litigantes habituais, caso em que poderão ser citados todos, desde que não prejudique o procedimento.¹⁰⁶

Há ainda que se destacar a necessidade de que o relator fundamente, na decisão de afetação do IRDR, as razões que o levaram a selecionar as partes que julgou serem adequadas para representarem os interesses dos jurisdicionados sobrestados.¹⁰⁷ É também interessante o apontamento feito por Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual, o artigo 979 do CPC/15, que prevê a “ampla e específica divulgação” do incidente de resolução de demandas repetitivas por meio de registro eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, deverá ser utilizado para informar os interessados que tiveram seus processos sobrestados, com a abertura da possibilidade, nos moldes do direito estadunidense, de que tais pessoas possam impugnar a representação no IRDR e, conseqüentemente, requerer sua substituição.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 509.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 83.

¹⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, mai. 2014, p. 4, versão digital.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo; RT, 2016, p. 48.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu estabelecer uma análise crítica da ausência de critérios legais para a aferição da adequação da representação no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, procedimento recém-instituído em nosso ordenamento pelo Código de Processo Civil de 2015.

Para contextualizar o leitor a respeito dessa nova técnica processual para a solução de questões repetitivas, foram abordadas as razões jurídicas e sociais que motivaram a criação do IRDR, bem como buscou-se apresentar as principais linhas gerais do procedimento previsto pelos artigos 976 a 987 do CPC/15, com destaque a algumas controvérsias já observadas no âmbito doutrinário.

Dito isso, foi constatada uma questão problemática na utilização do incidente: não há previsão de participação efetiva da massa de jurisdicionados, que tiveram seus processos sobrestados, na formação do entendimento que será vinculativamente aplicado em todas as demandas suspensas que versem sobre a mesma questão de direito controvertida. Ocorreria então uma grave violação ao princípio do contraditório, sobretudo se tal garantia for interpretada como a possibilidade de influenciar na constituição da decisão, e, por consequência, ao devido processo legal.

Sendo assim, é necessária buscar alguma medida para que as referidas garantias processuais sejam asseguradas às partes sobrestadas, uma vez que não se pode admitir que tais litigantes fiquem segregados da formação de uma decisão que será obrigatoriamente aplicada em seus processos, seja ela favorável ou desfavorável. A solução então almejada encontra-se no pensamento de Mauro Cappelletti, que propõe uma reinterpretação evolutiva do princípio do contraditório, o qual, nos casos envolvendo direitos massificados, poderá ser suprido à luz da representatividade adequada.

O representante, para fins deste estudo, não é entendido pela noção de representação tradicionalmente utilizada no processo civil, mas sim como um “porta-voz” do direito de um grupo de jurisdicionados. Com isso, para que os litigantes não participantes não tenham violados seu direito ao devido processo legal, propõe-se que o representante atue de forma adequada a garantir uma defesa eficiente dos direitos debatidos.

Nos Estados Unidos, em especial no regime que disciplina as *class actions*, um dos requisitos de admissibilidade para as ações de grupo é justamente a adequação da representação. Haverá então o controle judicial da adequação do representante e, caso seja constatada a ausência desse requisito, a eficácia da decisão proferida na *class action* não será aplicada nos processos individuais de membros daquele agrupamento.

Diante disso, é realizada a proposta de um controle judicial da adequação da representação para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Na medida em que as partes dos processos originários terão uma participação predominante no decorrer do procedimento incidental, é perfeitamente compreensível que sejam estabelecidas diretrizes para aferir a qualidade dos representantes na condução de um processo que irá impactar uma gama de pessoas que sequer participaram de seu julgamento.

Essa é a intenção deste trabalho, que propõe a escolha dos representantes com base em processos nos quais tenha se verificado um amplo exercício do contraditório e também que sejam analisadas as condições pessoais das partes escolhidas, bem como de seus advogados. A ideia é de que representantes oriundos de processos em que tenha sido verificada, com profundidade cognitiva, uma ampla e completa discussão, regida por bons e diversos argumentos, estarão mais aptos e interessados a sustentar o debate enfrentado no incidente, com a formação de um correto entendimento pelo tribunal. O mesmo vale para as condições morais e técnicas dos patronos das causas, que também serão decisivos no julgamento do IRDR.

Não houve aqui a pretensão de se esgotar a discussão com o fornecimento de uma proposta definitiva. Isso sequer seria possível dado o fato de se tratar de um instituto tão recente. Até a produção do presente estudo, não houve o julgamento de nenhum IRDR nos tribunais brasileiros. É essencial que se observe a prática nos tribunais para que, aprofundados os estudos doutrinários, sejam definidos os critérios de forma mais concreta.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 196, p. 1-28, jun. 2011, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435-523.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, v. 61, p. 1-11, jan. 1991, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. 2012. 266 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

_____. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. **Revista de Processo**, v. 186, p. 1-14, ago. 2010, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: 2010, p. 21. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 04 de outubro de 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão contínua. **Revista de Processo**, v. 82, p. 1-49, abr. 1996, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, v. 231, p. 1-18, mai. 2014, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadotribunais.com.br/>>.

_____. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.513 a 1.554.

_____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 147, p. 123-146, mai. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 333-362, mai. 2015.

CAPPELLEETI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Palaia. **Revista de Processo**, v. 5, p. 128-159, 1977.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). In: MACEDO, Lucas Buril *et al* (Coords.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Coleção novo CPC – Doutrina Seleccionada. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 339-353.

_____. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016.

_____. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 193, p. 1-18, mar. 2011, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>.

_____. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 179, p. 1-23, jan. 2010, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015

_____, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; 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, p. 257-278, ago. 2016.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 189 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, vol. 108, p. 1-8, out-dez. 2002, versão digital. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br/>>.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, p. 52-66, abr. 1995.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coords.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: RT, 2014, p. 171-186.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 715 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. São Paulo: RT, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2012.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, v. 211, p. 191-207, set. 2012.

_____; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-332, mai. 2015.

NUNES, Dierle. O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. **Revista Justificando**. Disponível em <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido>>. Acesso em 07 de outubro de 2016.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da *class-action* e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 216-230, 2012.

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

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do *group litigation* no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?** Disponível em: <https://www.academia.edu/271495/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demanda_repetitivas_e_a_introdu%C3%A7%C3%A3o_do_group_litigation_no_direito_brasileiro_avan%C3%A7o_ou_retrocesso>. Acesso em 05/11/2016.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de Processo**, v. 208, p. 125, jun. 2012.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista de Processo**, v. 92, p. 52-70, out-dez. 1998.