



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

VINÍCIUS VILELA DOS SANTOS

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE JULGAMENTO DE CASOS
REPETITIVOS E A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

Londrina
2021

VINÍCIUS VILELA DOS SANTOS

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE JULGAMENTO DE CASOS
REPETITIVOS E A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2021

FICHA DE IDENTIFICAÇÃO DA OBRA ELABORADA PELO AUTOR, ATRAVÉS DO
PROGRAMA DE GERAÇÃO AUTOMÁTICA DO SISTEMA DE BIBLIOTECAS DA UEL

DOS SANTOS, VINÍCIUS VILELA .

Técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos e a tutela dos interesses individuais homogêneos / Vinícius Vilela dos Santos. - Londrina, 2021.
128 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Acesso à justiça. Interesses transindividuais. Tutela Coletiva. Precedentes vinculantes. - Tese. I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

VINÍCIUS VILELA DOS SANTOS

**TÉCNICAS PROCESSUAIS DE JULGAMENTO DE CASOS
REPETITIVOS E A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina-UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Gilberto Notário Ligerio
Centro Universitário Antonio Eufrasio de Toledo
– UniToledo

Londrina, 24 de Janeiro de 2021

Dedico este trabalho à minha mãe
Virlele Vilela (*in memoriam*), que
sempre se doou.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor da vida, que sempre guiou meus passos e me deu força para prosseguir. Nos momentos mais difíceis, Ele “me carregou em seus braços”.

Agradeço aos meus pais que são os pilares da minha vida, especialmente à minha mãe, que, infelizmente, não conseguiu ver o término desse projeto.

À minha querida esposa pelo companheirismo, paciência e apoio, por entender minha ausência por vezes, amo você!

Aos meus irmãos pela parceria de sempre, e à equipe do Escritório Vinícius Vilela Sociedade de Advogados pelo apoio, vocês não deixaram a peteca cair.

Aos professores que transmitiram sólidos ensinamentos.

Aos amigos que sempre marcam nossas vidas, especialmente àquelas amizades construídas no programa de mestrado, pelo companheirismo e pelo auxílio mútuo.

Ao meu orientador, Doutor Luiz Fernando Bellinetti, pela atenção e paciência durante o programa de pós-graduação e durante o desenvolvimento deste trabalho. Elogios não são suficientes para descrever sua contribuição para esse trabalho e para a comunidade jurídica em geral.

Aos examinadores, pelo tempo para a análise desse trabalho e pela contribuição contínua para a academia.

Por fim, agradeço aos colaboradores da Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina – UEL, especialmente ao “Chico”, pela disposição e presteza.

Muito obrigado a todos que contribuíram para me tornar uma pessoa cada dia melhor!

“A aprendizagem é um simples apêndice do nós mesmos; onde quer que estejamos, está também nossa aprendizagem.”

William Shakespeare

SANTOS, Vinícius Vilela dos. **Técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos e a tutela dos interesses individuais homogêneos**. 2021. 128 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial– Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, 2021.

RESUMO

O objetivo do trabalho é examinar a incidência dos mecanismos de tutela coletiva nas ações individuais, bem como a necessidade de se suprir o déficit de contraditório no julgamento de casos repetitivos, visando a adequada tutela dos direitos individuais homogêneos. Com a finalidade de legitimar a aplicação do precedente firmado aos sujeitos que não tiveram a oportunidade de participar da formação da tese jurídica, propõe-se a qualificação do debate para construção desta tese que vinculará os demais processos semelhantes. Para justificar essa proposta, perquire-se os mecanismos de tutela coletiva em ações individuais que formam o microsistema processual de julgamento de casos repetitivos (Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas). Esses mecanismos, mais do que buscar a uniformização da resolução e demandas, tem o objetivo de reduzir o número de processos a serem julgados pelos Tribunais Superiores. Todavia, tem se observado uma troca dos mecanismos coletivos de tutela dos interesses individuais homogêneos por essas técnicas individuais que acabam gerando repercussão coletiva, e isso tem gerado críticas por violar os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e do devido processo legal, pois a tese firmada afetaria processos de sujeitos que não participaram da formação do precedente vinculante. No sentido de compreender os mecanismos de tutela coletiva em ações individuais, inicialmente, discorre-se sobre o impacto da globalização das relações sociais, econômicas, culturais e jurídicas, de modo que o Código de Processo Civil de 1973, detentor de caráter individualista, era incapaz de regular os novos direitos coletivos que surgiram diante da massificação da sociedade. Em seguida, busca-se apresentar os mecanismos coletivos de tutela, o regime jurídico das ações coletivas, a legitimidade para propositura e os efeitos da coisa julgada. Apresentadas as ações coletivas, parte-se para os mecanismos de tutela coletiva em ações individuais, discorrendo sobre as técnicas para a correta aplicação do julgamento de casos repetitivos. Fixadas todas essas premissas, parte-se para a análise de legitimação da decisão vinculante, em que se constata uma necessidade de se qualificar o debate para a construção do julgamento dos casos repetitivos, a fim de proporcionar uma adequada tutela dos direitos individuais homogêneos. A decisão vinculante deve, então, ser construída, mediante cooperação processual, de forma a suprir o ônus argumentativo, assegurando ampla participação democrática de forma a observar, assim, os princípios processuais constitucionais. O trabalho adota o método científico dedutivo partindo de considerações gerais sobre as transformações sociais e jurídicas para encaminhar-se às conclusões específicas em torno da temática, utilizando-se da técnica de pesquisa documental, em dispositivos legais e no repertório jurisprudencial dos tribunais superiores, bem como a pesquisa bibliográfica na doutrina jurídica e em artigos de revistas especializadas.

Palavras-chave: acesso à justiça; interesses transindividuais; tutela coletiva; precedentes vinculantes.

SANTOS, Vinícius Vilela dos. **Tutela dos interesses individuais homogêneos: da necessidade de se qualificar o debate no julgamento de casos repetitivos**. 2021. 128 p. Dissertation (Master's Degree in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina - PR, 2021.

ABSTRACT

The objective of this work is to examine the treatment of collective tutelage mechanisms in individual actions, as well as the need to fill the contradictory deficit in the judgment of repetitive cases, qualified as the tutelage of homogeneous individual rights. With the qualification of legitimizing the application of the precedent established to subjects who did not have the opportunity to participate in the formation of the legal thesis, it is necessary to qualify the debate for the construction of this thesis, which will link other similar processes. To justify this proposal, check whether the collective tutelage mechanisms in individual actions that form the procedural microsystem for the judgment of repetitive cases (Repetitive Special and Extraordinary Appeals and Repetitive Claims Resolution Incident). These mechanisms, more than seeking to standardize the resolution and demands, aim to reduce the number of cases to be judged by the Superior Courts. However, there has been an exchange of collective mechanisms for the protection of homogeneous individual interests for these individual techniques that end up generating collective repercussions, and this has generated criticism for violating the constitutional principles of contradictory, broad defense, legal certainty and due process legal, since the established thesis would affect the processes of subjects who did not participate in the formation of binding precedent. In order to understand the mechanisms of collective tutelage in individual actions, initially, the impact of the globalization of social, economic, cultural and legal relations is discussed, so that the Civil Procedure Code of 1973, which has an individualist character, was incapable of regulating the new collective rights that emerged from the massification of society. Then, it seeks to present the collective mechanisms of tutelage, the legal regime of collective actions, the legitimacy for bringing proceedings and the effects of *res judicata*. Once the collective actions are presented, the collective protection mechanisms in individual actions are discussed, discussing the techniques for the correct application of the judgment of repetitive cases. Once all these premises have been established, we start to analyze the legitimacy of the binding decision, in which we find a need to qualify the debate for the construction of the judgment of repetitive cases, in order to provide an adequate protection of homogeneous individual rights. The binding decision must, then, be constructed, through procedural cooperation, in order to supply the argumentative burden, ensuring broad democratic participation in order to observe, thus, the constitutional procedural principles. The work adopts the deductive scientific method, starting from general considerations on social and legal transformations to lead to specific conclusions around the theme, using the documentary research technique, in legal provisions and in the jurisprudential repertoire of higher courts, as well. such as bibliographic research in legal doctrine and articles in specialized journals.

Keywords: access to justice; trans-individual interests; collective guardianship; binding precedents.

LISTA DE ESQUEMAS (ILUSTRAÇÕES)

Esquema 1: (BELLINETTI, 2000).....	24
Esquema 2: (BELLINETTI, 2000).....	26

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
EDcl	Embargos de Declaração
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LMS	Lei do Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REER	Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCRI	Técnicas Coletivas de Repercussão Individual
TIRC	Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA	16
1.1 A GLOBALIZAÇÃO E O NOVO CENÁRIO JURÍDICO	17
1.2 RELAÇÃO JURÍDICA E A TUTELA COLETIVA	21
1.3 ANÁLISE TERMINOLÓGICA	28
1.4 A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA	40
2 AÇÕES COLETIVAS E TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DE LITÍGIOS	45
2.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	45
2.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	48
2.3 REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES COLETIVAS	51
2.4 LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA.....	57
2.5 EFEITOS DA COISA JULGADA EM TÉCNICAS COLETIVAS DE TUTELAS DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	63
3 MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA DE LITÍGIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM AÇÕES INDIVIDUAIS	71
3.1 SISTEMA DE PRECEDENTES COMO FERRAMENTA PARA INTEGRIDADE E COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS	73
3.1.1 <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obiter Dictum</i>	77
3.1.2 <i>Distinguishing</i> e <i>Overruling</i>	78
3.2 RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS (REER)	83
3.3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR).....	86
3.4 EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA EM TÉCNICAS INDIVIDUAIS DE TUTELA COM EFEITO COLETIVO	91
4 TÉCNICA DE JULGAMENTO DOS CASOS REPETITIVOS E REFLEXOS NA TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	96
4.1 TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	97

4.2	DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL	102
4.3	ÔNUS ARGUMENTATIVO	106
4.4	O <i>AMICUS CURIAE</i>	110
4.5	DA NECESSIDADE DE SE SUPRIR O DÉFICIT DE CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS	114
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

A globalização, que é um processo de expansão econômica, política e cultural, impulsionou a massificação das relações sociais, tendo como reflexo, em decorrência do estreitamento desses laços, o surgimento de diversas relações jurídicas que possuem semelhanças entre si, sendo titulada de relações de massa.

No ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, já revogado, vigorava a resolução individual de litígios, de modo que tal regulamentação passou a se tornar deficiente diante das novas relações sociais, econômicas e culturais que surgiram em decorrência da globalização e da expansão da tecnologia, já que a simples relação entre duas pessoas passou a conviver com outras formas de relacionamento.

Dessa forma, normas de proteção a interesses coletivos foram elaboradas, rompendo com o individualismo e modificando diversos dogmas processuais.

Assim, diante dessa massificação da sociedade, o processo coletivo surgiu como um meio para assegurar o acesso à justiça, garantindo a tutela daqueles direitos, indivisíveis, de que são detentores um número indeterminado de pessoas (identificáveis), permitindo, assim, que inúmeras relações jurídicas fossem abrangidas e, por consequência, solucionadas, por meio de um único processo e decisão.

Ocorre que, as modificações ocasionadas pela globalização refletiram, igualmente, nas relações privadas e, conseqüentemente, no Poder Judiciário, já que diversas ações de mesmo teor começaram a se repetir, ocasionando o abarrotamento do sistema judiciário. Além disso, o aumento de demandas acabou gerando uma enorme insegurança jurídica, pois decisões conflitantes entre si, envolvendo um mesmo direito, passaram a ser proferidas.

Em vista do surgimento das demandas semelhantes envolvendo direitos individuais homogêneos, fez-se necessário a criação de mecanismos que pudessem auxiliar na resolução desses conflitos. Os processos coletivos, porém, também se mostraram deficitários para essa tutela, pois não evitou o aumento dessas ações individuais.

Diante do crescente número de ações e recursos repetitivos, o Código de Processo Civil de 2015 visa a resolução desses processos, que envolvem questões relativas especialmente a direitos individuais homogêneos, mediante a aplicação do sistema de precedentes com eficácia vinculante, especialmente do microsistema de

casos repetitivos, do qual fazem parte o Recurso Especial e Extraordinário Repetitivo (REER) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Afinal, estaria o processo civil brasileiro preparado para garantir a efetividade da tutela de interesses individuais homogêneos? A sistemática de julgamento de casos repetitivos é adequada a assegurar direitos fundamentais, tal como o contraditório e o devido processo legal? Como assegurar legitimidade democrática ao julgamento dos casos repetitivos?

Importante mencionar que o recurso repetitivo e a repercussão geral já eram aplicados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sendo aquele instituído pela Lei nº 11.672/2008 e este pela Lei Complementar nº 45/2004. A novação foi a introdução do IRDR, que foi positivado com o advento do CPC/15.

Seguindo esta linha, a presente dissertação se propõe a perquirir se haveria um déficit de contraditório no julgamento dos casos repetitivos, posto que nestes casos apenas alguns poucos recursos seriam analisados para se chegar à fixação da tese, cujos efeitos se irradiam para todos os outros processos.

Assim, indaga-se se essa sistemática de julgamento asseguraria uma adequada tutela dos interesses individuais homogêneos, pois esses precedentes seriam construídos com a participação de poucos atores, o que poderia ensejar falta de legitimidade adequada do autor da ação individual para defender o interesse transindividual debatido na questão representativa da controvérsia.

O presente estudo visa, então, investigar se, para adequada defesa os interesses individuais homogêneos, seria necessário qualificar o debate para construção do precedente oriundo de casos repetitivos (REER e IRDR).

Estabelece-se como objetivos específicos o levantamento dos escopos da criação do sistema de precedentes e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a observância obrigatória pelos demais juízes e tribunais; esclarecer se a criação do sistema de julgamento de casos repetitivos exerceu desdobramentos no processo coletivo, principalmente no que se refere às técnicas individuais com repercussão coletiva para tutela de interesses individuais homogêneos; e analisar os limites e requisitos para formação dos precedentes para que se garanta um processo justo, democrático e eficaz, inclusive, verificando seus desdobramentos na tutela de interesses transindividuais.

A dissertação, para tanto, será dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata, inicialmente, das transformações sociais decorrentes do efeito da globalização, que, em razão da massificação da sociedade, tornou insustentável os padrões jurídicos que direcionavam a sociedade brasileira, qual seja, o individualismo.

Ainda, expôs-se, brevemente, a aproximação do sistema *common law* e do *civil law*, de modo que no direito brasileiro é forte a presença da lei, embora já seja possível verificar a observância de precedentes judiciais no caso de não existir lei que regule aquele fato ou se tratar de uma situação nova.

Ademais, investigou-se que a relação jurídica já não mais se limita a um sujeito titular de um direito subjetivo (sujeito ativo), e um titular do dever jurídico (sujeito passivo), pois, em decorrência da globalização, as relações tornaram-se menos individualistas e passaram a ser em massa.

Examinou-se o tema do acesso à justiça envolvendo os interesses transindividuais em suas nuances, bem como os debates doutrinários sobre a natureza e classificações dos interesses transindividuais, a fim de que possível identificar a efetividade da prestação jurisdicional para tutelar interesses individuais homogêneos.

No tocante ao referencial teórico adotado, o posicionamento de Luiz Fernando Bellinetti acerca da natureza dos interesses transindividuais, foi ponto chave para compreensão da tutela coletiva, bem como de que o conceito tradicional de relação jurídica não se mostra apto a solucionar as demandas de natureza coletiva, sendo necessário se socorrer de outra perspectiva.

Ainda, perquiriu-se em que ponto a reforma do sistema processual brasileiro influenciou no acesso à justiça, já que o jurisdicionado não sabia como agiria o juiz ou tribunal, em vista de não seguirem uma racionalidade ao decidirem; especialmente em razão do desrespeito aos precedentes tribunais superiores e da morosidade para o uma decisão definitiva.

Tais reformas vieram com a Emenda Constitucional nº 45/2004, como a instituição de súmula vinculante, os institutos da repercussão geral e os recursos repetitivos, e, por fim, a criação do Código de Processo Civil de 2015.

O segundo capítulo procurou elencar especialmente dois mecanismos de tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, que constituiu um rito processual específico para as peculiaridades coletivas, sendo realizado uma análise desta ação, ficando

demonstrado os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública e seus principais aspectos, tal como o interesse de agir, objeto, rito, foro competente, natureza jurídica da sentença e efeitos, e também se analisou as nuances do Mandado de Segurança Coletivo, que é regulado pela Lei nº 12.016/2009.

Ainda, buscou-se tratar do regime jurídico das ações coletivas mencionadas alhures, da legitimação e representatividade, bem como dos efeitos da coisa julgada.

O capítulo terceiro, cuidou de técnicas de tutela coletiva em ações individuais, tratando do sistema de precedentes que aproxima o Brasil do sistema *common law*, sem, contudo, abandonar o sistema *civil law*, assim como a estruturação que o CPC/15 trouxe ao sistema de precedentes, prevendo meios de uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, sua estabilidade.

Ademais, considerou importantes conceitos para a teoria dos precedentes que é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, que delimitam a parte vinculante do precedente, e os mecanismos do *Distinguishing* e do *Overruling*, que são duas importantes técnicas para a correta aplicação do precedente, já que o primeiro será aplicado quando houver distinção entre o caso concreto (*instant case*) e o caso que originou a construção do precedente (*leading case*), ao passo que o segundo será aplicado para fazer o precedente perder a sua força vinculante quando restar comprovado a sua superação.

Igualmente, analisou-se o microsistema de casos repetitivos, inicialmente analisando características dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), seus objetivos e enquadramento como precedente, a sua força vinculativa, bem como o seu rito.

Por fim, apresentou-se as técnicas individuais de tutela com efeito coletivo, isto é, ações originalmente individuais que acabam servindo de padrão para todos os casos que tratem da mesma matéria, sejam processos individuais ou coletivos.

Finalmente, construída a estrutura conceitual que importa à presente finalidade, no capítulo quatro, abordou-se as justificativas que levaram à elaboração da presente dissertação, de modo que se analisou acerca da necessidade de uma cooperação processual e a conseqüente qualificação do debate dialético nas decisões dos casos repetitivos.

A partir disso, analisou-se se a utilização de mecanismos de tutela coletiva em ações individuais é ou não lesiva à própria efetividade da tutela coletiva,

notadamente dos interesses individuais homogêneos, e quais os limites para a coletivização das questões.

No decorrer do capítulo quatro, são apresentadas técnicas capazes de trazer maior segurança jurídica e observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, quais sejam, a cooperação processual, o ônus argumentativo para a construção da decisão de caso repetitivo, bem como a intervenção do *amicus curiae*, fornecendo elementos úteis ao julgamento da causa.

Para tanto, o estudo se guiou pelo método científico dedutivo, iniciando-se com considerações gerais sobre as transformações sociais e jurídicas para encaminhar-se para as conclusões específicas em torno da temática, partindo da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência, para então obter conclusões específicas e que foram devidamente destacadas.

A pesquisa foi bibliográfica, focada em obras doutrinárias nacionais e estrangeiras, e na análise de julgados dos tribunais superiores.

Dessa forma, justifica-se o presente estudo para uma discussão maior sobre a ampliação dos instrumentos participativos na construção do precedente judicial, a fim de tentar atribuir maior legitimidade democrática ao sistema de coletivização dos direitos, posto que, apesar de sua importância prática, ainda se trata de um tema raro na doutrina nacional.

1 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), já revogado, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, tinha um perfil individualista (WAMBIER, T.; WAMBIER L., 2012, p. 609), pois se verifica em seus dispositivos que o legislador se preocupou em solucionar conflitos relacionados à contratos, propriedade e família e sucessões, isto é, os casos levados ao Poder Judiciário eram frutos de conflitos envolvendo direitos individuais, de modo que a jurisdição ofertada ao caso concreto fosse prestada levando-se em consideração as particularidades de cada demanda.

Essa individualidade imperou no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nas relações particulares, até o ano de 1985, quando foi publicada a Lei da Ação Civil Pública, a qual trouxe em seu bojo um conjunto de princípios e regras específicas para a regulamentação dos interesses que extrapolavam o indivíduo e atingiam uma coletividade.

Importante mencionar, ainda, que o legislador, mesmo que de forma tímida, introduziu um meio de participação direta do jurisdicionado na defesa de interesses difusos, que é a ação popular, prevista na Lei Federal nº 4.717/1965, e, posteriormente, na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXXIII).

A Lei da Ação Civil Pública, porém, trouxe um rompimento ao sistema processual então vigente, e fez com que o Brasil se tornasse um dos primeiros países da *civil law* a contar com um microsistema processual coletivo, que foi ampliado pela Constituição Federal de 1988 (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 227-228).

Nesse contexto, com o advento da Constituição Federal de 1988, que deu grande ênfase ao acesso à justiça, por meio de um conjunto de direitos e garantias, os instrumentos disponibilizados pelo Código de Processo Civil de 1973 já não eram mais capazes de regular os interesses coletivos, advindo a necessidade de tutela a direitos e interesses transindividuais (DINAMARCO, 2009, p. 159), tornando-se necessário uma mudança no ordenamento jurídico para tutelar essa nova perspectiva.

Com efeito, faz-se necessário verificar o novo cenário jurídico desenhado justamente por conta da globalização e desse novo contexto social, que trouxe a necessidade de se tutelar interesses coletivos, de forma que essa tutela demanda um novo conceito de relação jurídica, como se verá adiante.

Ademais, torna-se mister uma análise terminológica dos conceitos que dizem respeito a essa tutela coletiva, bem como a reforma do sistema processual brasileiro que foi implantada justamente para assegurar um acesso à justiça mais efetivo nesse cenário social.

1.1 A GLOBALIZAÇÃO E O NOVO CENÁRIO JURÍDICO

A segunda metade do século passado revelou uma grande expansão tecnológica, especialmente na área de comunicação com a popularização da internet, e a conseqüente modificação das fronteiras preexistentes.

Esse fenômeno alimentou a globalização econômica, que, por sua vez, gerou uma integração dos mercados, e, mais do que isso, tem causado desdobramentos institucionais e jurídicos, com uma grande modificação do papel do Estado neste novo cenário.

Com efeito, tem surgido a necessidade de uma releitura do sistema jurídico e das fontes do direito, uma vez que o surgimento da chamada *sociedade mundial*, tem apresentado conflitos que, embora internos, acabam repercutindo para além das fronteiras geográficas.

Além disso, a massificação da sociedade também tem exigido uma nova forma de solução dos conflitos.

Verifica-se que esse fenômeno torna muito difícil a manutenção dos padrões políticos, econômicos e, notadamente, jurídicos que direcionavam as sociedades, uma vez que há uma profunda alteração de fatores como democracia e tutela jurisdicional, fragilizando o conceito de soberania, de forma que é imprescindível a busca por alternativas democráticas para equacionar essas situações, desenvolvendo instrumentos para enfrentar os problemas que derivam desse fenômeno, pois, a sobrevivência da humanidade depende disso (BELLINETTI, 2017, p. 85-86).

Num contexto de mercados altamente globalizados, de internacionalização das cadeias produtivas, de conectividade mundial e territorialidade difusas, bem como de erosão das fronteiras entre o público e o privado, tem-se utilizado duas estratégias: a primeira exige uma revisão das políticas legislativas tradicionais e uma redefinição das fontes formais de direito, uma vez que implica em um severo enxugamento do

ordenamento jurídico e conseqüente estímulo à sociedade para que desenvolva meios de auto composição; a segunda estratégia consiste em proporcionar aos atores econômicos e sociais condições de discutir entre si, e assim, tentar definir de modo consensual, o conteúdo das normas (FARIA, 2017, p. 110-112).

O objetivo dessas estratégias é desvincular o Estado de suas funções controladoras e reguladoras no âmbito econômico, levando-o a substituição da tradicional rigidez hierárquica de códigos e leis pela flexibilidade e diversidade normativa, e ao pluralismo jurídico, ou seja, ao advento de diferentes ordens normativas nos mesmos espaços geopolíticos (FARIA, 2017, p. 112-113).

Diante disso, o direito não pode mais ser visto como uma unidade, e, a cada dia que passa, o pluralismo jurídico tem se mostrado uma realidade, e pode ser visto de forma muito abrangente, não só abrangendo os arcaibouços jurídicos dos países, mas também de sistemas jurídicos não-estatais, como é o caso, por exemplo, da *Lex mercatoria*.

Este contexto fez com que o direito internacional privado perquirisse a adoção de um método para uniformização de normas, a fim de garantir maior segurança jurídica nas relações comerciais que ultrapassem as fronteiras geopolíticas.

O liberalismo, por sua vez, tem se inclinado para a defesa da atividade econômica dos agentes sociais, priorizando a atividade econômica como um instrumento de consolidação dos ideais políticos de uma sociedade liberal, que é regida pela liberdade de mercado (RAMOS, 2005, p. 230).

E é, justamente neste aspecto, que o liberalismo político contemporâneo se volta a ocupar de questões imprescindíveis à filosofia política, a exemplo da ideia de justiça, da legitimidade do governo e do poder político, as vantagens da democracia e, acima de tudo, as possibilidades da liberdade diante das sociedades modernas plurais e diferentes (RAMOS, 2005, p. 230).

Não obstante, o que tem se visto é uma expansão do sistema *Common Law*, com o escopo de se uniformizar o direito na esfera global, sobretudo impondo aos tribunais um intercâmbio jurisprudencial.

Digno de nota que duas das principais características do sistema *Common Law* é justamente o individualismo, tendo em vista a garantia de direitos subjetivos ao indivíduo, e o liberalismo, que assegura a construção de mecanismos para proteger o indivíduo contra o Estado.

Neste passo, o sistema jurídico brasileiro tem se modificado para se adequar a essas transformações sociais, ajustando conceitos, fontes de interpretação, e até mesmo inserindo no arcabouço novos institutos, como, por exemplo, a introdução do sistema de precedentes vinculantes.

No direito brasileiro, a legislação, marcada pelas características da generalidade, imperatividade e emanada de autoridade competente, ainda é a fonte jurídica por excelência, embora já possamos visualizar uma maior importância do direito jurisprudencial.

O sistema *civil law*, tradicionalmente adotado pelo Brasil, segundo Marinoni, é “*não apenas fechado – autônomo e coerente –, mas também goza de plenitude*” (2018, p. 48). E, baseado em conceitos e conexões lógicas, sempre será possível suprir lacunas mediante a “*construção criadora*”, de forma que os conceitos jurídicos são moldados com o fim de viabilizar a subsunção lógica de toda a qualquer situação concreta, de forma a eliminar as lacunas do direito positivo (MARINONI, 2018, p. 48).

Importante destacar, ainda, que a busca da *plenitude* do sistema, mediante a conceitualização, tem o nítido propósito de assegurar *previsibilidade* e *certeza* na aplicação do direito, solucionando casos exclusivamente a partir de raciocínios lógicos, pautados em conceitos e princípios jurídicos-científicos (MARINONI, 2018, p. 48).

Entretanto, nesta nova sociedade globalizada, as relações sociais se transformam de forma muito mais rápida do que o Poder Legislativo é capaz de legislar, de modo que o Poder Judiciário tem se adaptado para os litígios e entrega a prestação jurisdicional de acordo com os atuais padrões da sociedade, e, assim, oferece um efetivo acesso à população aos direitos fundamentais.

E o globalismo político e jurídico, por não ter capacidade de atuar direta e fisicamente no território, tem seus fenômenos caracterizados pela criação de estruturas pluriestratificadas, em que o objetivo é envolver os Estados em políticas públicas de impacto global, notadamente para envolver a tutela de direitos transindividuais, de modo que a soberania já não é mais capaz de evitar as influências externas da atual realidade globalizada (TEIXEIRA, 2011, p. 138).

O direito tradicional não cogitava os efeitos da globalização, de forma que suas fontes tinham como único intuito suprir as necessidades do jurisdicionado diante de uma realidade menos complexa, considerando apenas as variáveis internas.

Rememore-se que o processo legislativo, de onde se origina a fonte primária do direito – a lei – surge (ou deveria surgir) a partir da consciência dominante de um determinado povo, uma vez que os representantes do Poder Legislativo são eleitos pelo povo, justamente para representar seus interesses na gênese legislativa.

Diante disto, as fontes de direito inicialmente propostas têm se mostrado insuficientes para regular a complexidade das relações jurídicas globalizadas. E é justamente neste cenário que o Poder Judiciário tem se despontado como uma resposta à necessária atualização jurídica, e pelo chamado ativismo judicial, que muitas vezes tem se sobreposto aos demais poderes.

De outro lado, é inegável os avanços sociais, econômicos, tecnológicos e culturais propulsionados pela globalização, que tem trazido crescentes possibilidades, proporcionando, também, o compartilhamento e aprimoramento de soluções para demandas universalizadas.

Todavia, também é inconteste que a globalização fez com que as fontes do direito extrapolassem as barreiras político-geográficas, sendo que o grande desafio do direito internacional privado é justamente compatibilizar a diversidade de legislações existentes, buscando, com isso, cada vez mais a uniformização do direito, notadamente o contratual, dos diversos países, a fim de minimizar a barreira jurídica existente em virtude desta diversificação normativa.

Caso não houvesse essa necessária atualização, mantendo-se o engessamento das fontes do direito, estaríamos a propor que o Poder Judiciário adotasse o “*véu da ignorância*” de Rawls (RAWLS, 1997, p. 146-153), ignorando a universalização das culturas e o significativo aumento da complexidade das relações jurídicas e sociais, decorrentes da globalização.

Entretanto, é digno de nota que não se pode exigir que o Direito acompanhe essa metamorfose voraz da sociedade. Certamente, o Direito não acompanha a sociedade na mesma velocidade que esta evolui, uma vez que é preciso dar tempo ao Direito para a criação de jurisprudências, de entendimentos, de correntes que levem de fato a criação de normas amadurecidas e que perdurem.

Deve-se advertir, porém, que essa necessidade de evolução não pode servir de pretexto para um ativismo exacerbado do Poder Judiciário, haja vista o necessário amadurecimento das fontes de direito, a fim de assegurar estabilidade e coesão ao sistema jurídico.

Com efeito, tem se vislumbrado nos ordenamentos jurídicos mundo a fora essa onda de reformas e modificações para atualização de acordo com esse novo (nem tão novo assim) mundo globalizado.

1.2 RELAÇÃO JURÍDICA E A TUTELA COLETIVA

Tradicionalmente, o conceito de relação jurídica pressupõe uma forma de proteger direitos subjetivos individuais.

A primeira noção de relação jurídica que podemos mencionar é a chamada *clássica* ou *tradicional*, que concebe a relação jurídica como um vínculo entre um sujeito titular de um direito subjetivo (chamado sujeito ativo), e um sujeito titular do dever jurídico respectivo (chamado sujeito passivo).

Domingues de Andrade define a relação jurídica como “*a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição*” (DOMINGUES DE ANDRADE, 1992, p. 2).

Maria Helena Diniz, por sua vez, ensina que a relação jurídica é a relação social estabelecida entre os homens no seu meio que, possuindo relevância jurídica (o que não se confunde com previsão legal), transforma-se numa relação jurídica, em que o sujeito ativo possui um direito a ser exercido e o passivo uma obrigação. Não fugindo, portanto, da visão clássica da relação jurídica (DINIZ, 2012, p. 123).

Para Francisco Amaral, relação jurídica é o vínculo intersubjetivo que contém direitos e deveres das pessoas entre as quais se desenvolve, cujo objeto são os bens sobre os quais tal conteúdo se exerce. A relação pode nascer de fatos, atos ou negócios jurídicos a que o direito atribui eficácia jurídica (AMARAL, 2002, p. 23).

E prossegue referido autor afirmando que “*por outro lado, só existem direitos subjetivos porque há sujeitos de direito, e estes só existem nas relações jurídicas. Não há direitos nem deveres sem que haja uma relação prévia*” (AMARAL, 2002, p. 111).

Essa visão *tradicional* de relação jurídica, que, em razão da característica da bilateralidade do Direito, encara a ideia de um titular de direitos subjetivos, ou seja, uma concepção *personalista*, parece ser a que melhor representa a ideia de relação jurídica nos dias atuais.

Francisco Amaral (2002, p. 110) arremata que:

Adotada a teoria personalista, temos que a relação jurídica retrata um determinado comportamento humano conformado juridicamente. Esse comportamento pode referir-se expressamente a pessoas determinadas, como nas obrigações, ou pode consistir no dever de respeitar determinada situação jurídica, como ocorre nos direitos reais e nos direitos da personalidade, isto é, nos direitos subjetivos absolutos.

Em síntese, a ideia de relação jurídica pressupõe uma regra de bilateralidade que nasce de fatos jurídicos, em que o direito subjetivo se origina da titularidade de um direito, pressupondo, assim, uma relação anteriormente estabelecida.

No entanto, na sociedade contemporânea tem surgido situações que põem em xeque essa concepção de relação jurídica.

Perlingieri (2002) é assente em afirmar a crise da relação jurídica, destacando que o conceito tradicional que lhe foi atribuído não reflete o avanço da legislação, de modo que a concepção moderna, para atender os novos interesses sociais, deve se alinhar com a constituição e a coletividade.

Assim dispõe o referido autor (PERLINGIERI, 2002, p. 121):

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. E nesta perspectiva que coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.

Existem situações jurídicas, isto é, valoradas pelo Direito, em que não se pode reduzir à categoria intersubjetiva. Segundo José de Oliveira Ascensão, a pretensão de haver em toda a relação jurídica um polo ativo e um polo passivo não se mostra adequada dentro da relação como figura complexa, pois há o equilíbrio de posições, em que os vários sujeitos são simultaneamente ativos e passivos, e não há como divisar posições ativas e passivas (ASCENSÃO, 2002, p. 20).

O neoliberalismo e a globalização tornaram as relações menos individualistas e as contratações passaram a ser em massa, desprezando-se qualquer particularidade do contratante, a exemplo dos contratos de adesão.

A ênfase nesse caso é de que o individualismo, outrora peça-chave nos contratos, está sendo mitigado, de forma que a concepção tradicional não é mais suficiente a satisfazer a moderna economia de massa, caracterizada pela crescente *standardização e impessoalidade* (ROPPO, 2009, p. 298).

Como consequência, o conceito de acesso à justiça também tem passado por uma mudança significativa, posto que a solução de litígios civis, que refletia um pensamento necessariamente individualista dos direitos, sendo que o acesso à justiça pressupunha essencialmente o direito formal do sujeito de propor ou contestar uma ação não é mais suficiente (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p. 9).

Nesse sentido, os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas não possuem mais o protagonismo de outrora, embora deva se destacar que essa nova perspectiva não os exclua. Pelo contrário, os dois aspectos devem conviver, como mecanismos que se dedicam a um mesmo fenômeno: a tutela de bens e valores que são caros a uma sociedade.

Uma vertente de relação jurídica tem o escopo de resguardar os direitos subjetivos, por intermédio de uma tutela individual, enquanto a outra vertente visa preservar interesses de um grupo social, por intermédio de uma imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole esses interesses, isso de forma objetiva e coletiva.

É importante destacar que ambos os prismas de relação jurídica podem ser acionados simultaneamente a fim de oferecer resposta a determinada conduta que viole tanto direitos subjetivos quanto direitos de um grupo (determinado ou não) de pessoas.

Entretanto, quando adentramos na esfera dos interesses coletivos em sentido amplo, o esquema tradicional da relação jurídica, isto é, aquele esquema de cunho individualista, mostra-se impróprio para explicar a situação jurídica coletiva existente.

É importante destacar que a primeira perspectiva de relação jurídica, a *tradicional* ou *personalista*, não pode ser desprezada, pois explica melhor o fenômeno jurídico quando se trata de direitos individuais.

No entanto, surge a necessidade de se utilizar uma outra perspectiva de relação jurídica para solucionar as novas demandas de natureza coletiva.

Hans Kelsen já defendia a tese de que as relações jurídicas não ocorrem entre pessoas, mas tão somente entre normas ou entre fatos determinados pela norma:

Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre os indivíduos, mas apenas relações entre normas – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. Com efeito, não são os indivíduos, mas as suas ações e omissões, não são as pessoas, mas determinada conduta humana [...] que formam o conteúdo das normas jurídicas. (KELSEN, 2009, p. 185).

E o mesmo autor prossegue afirmando que *“esta ideia tem expressão até certo ponto, na definição da relação jurídica – não como relação entre o sujeito do dever e o sujeito do direito, mas como relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde”* (KELSEN, 2009, p. 185).

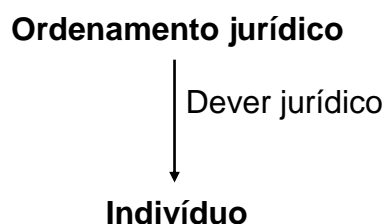
E de forma bastante didática, Kelsen (2009, p. 187) oferece um exemplo para explicar essa concepção de relação jurídica:

Na hipótese de um contrato de compra e venda em que a obrigação de prestar a coisa está ligada com a obrigação de prestar o preço da venda. Então a relação jurídica estabelece-se entre a norma que obriga o comprador e a norma que obriga o vendedor, ou entre o comprador e o vendedor, melhor: entre a conduta de um, prescrita pela ordem jurídica, e a conduta, também prescrita pela ordem jurídica, do outro.

Em outras palavras, a noção kelsiana de relação jurídica ocorre entre o ordenamento jurídico e o indivíduo, ou melhor, a conduta deste indivíduo, que é regulado por esse ordenamento, *“parece existir uma relação entre a ordem jurídica e os indivíduos cuja conduta as normas daquela ordem jurídica regulam”* (KELSEN, 2009, p.184).

Com efeito, o ordenamento jurídico é que impõe um dever jurídico ao indivíduo, donde se poderia propor o seguinte esquema:

Esquema 1: (BELLINETTI, 2000)



Ou, como diria Vicente Ráo (2013, p. 746): “*a relação jurídica consiste em uma determinada relação entre um sujeito, ou titular, e o ordenamento jurídico, por meio de uma norma de direito*”.

Convém repisar que não se pode desprezar a concepção clássica de relação jurídica, que se mostra a mais adequada para explicar as relações atinentes a direitos individuais, mas que deve coexistir com esta concepção que melhor esclarece as relações jurídicas referentes aos direitos coletivos.

Em síntese, a primeira perspectiva de relação jurídica permite dar ênfase à proteção dos direitos subjetivos, tutelando-os individualmente, enquanto a segunda permite acentuar a preservação dos interesses do grupo social através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses (BELLINETTI, 1997).

E no âmbito do processo civil, é importante a observação de CAPPELLETI e GARTH (1988, p. 49-50):

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

E complementam que (1988, p. 51):

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

Portanto, o surgimento dessa sociedade de massa tem destacado a necessidade de uma outra perspectiva para encarar as situações jurídicas, em que a preocupação não seja propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que objetivem a preservação de determinados bens ou valores que interessam a um grupo de pessoas, seja esse grupo determinado ou indeterminado, estabelecendo o dever jurídico de respeito a

esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres (BELLINETTI, 2000).

A necessidade de explicar a relação jurídica de forma diferente da concepção clássica importa em profundas modificações de conceitos ligados ao direito material, especialmente os conceitos de titularidade e legitimidade (ativa e passiva), que devem ser vistos sob outra ótica. (BELLINETTI, 2000)

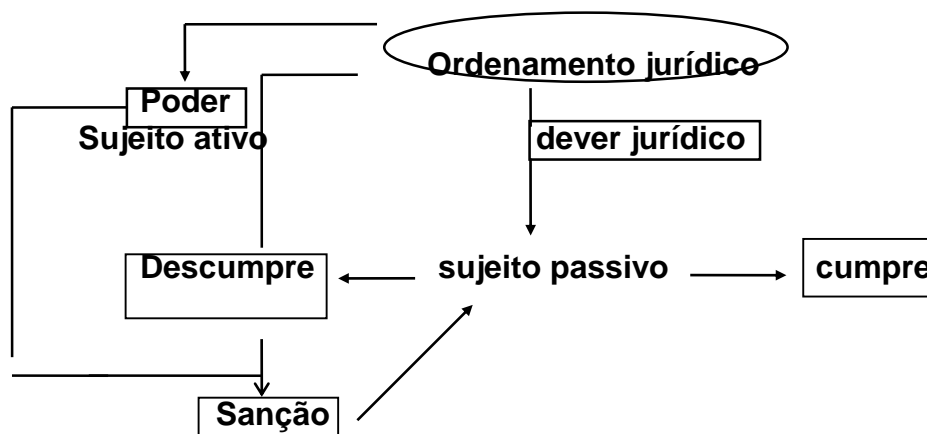
Como esclarece Luiz Fernando Bellinetti (2000):

No âmbito do direito material, a **titularidade** passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a **legitimidade** passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o **interesse** passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever; a **capacidade** passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma; a **possibilidade física ou jurídica** passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a **forma adequada** deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento. (grifos no original)

Não se pode olvidar que a concepção do *poder jurídico* não se completa sem a correspondência de um *dever*, há uma dualidade de sujeitos, um *ativo* e outro *passivo*, um que detém o *poder jurídico*, outro que assume o *dever jurídico*, enquanto o sujeito ativo pode reclamar o comando normativo, o sujeito passivo acaba por sofrer a imposição da norma (PEREIRA, 2015, p. 36-37).

Em arremate, cabível a proposição do seguinte esquema:

Esquema 2 (BELLINETTI, 2000):



A própria legislação que disciplina as ações coletivas preceitua a defesa global dos interesses coletivos, donde se extrai a preocupação do legislador com os interesses de grupos sociais e não com os interesses individuais, tanto que se procurou prever a independência entre as ações individuais e as coletivas.

Como adverte BELLINETTI (2000), ainda que não explicitamente, percebe-se que houve o intento mais de estabelecer meios de cobrar o cumprimento de deveres jurídicos do que de exigir o respeito a direitos individuais.

É certo, portanto, que não havia espaço para a tutela dos interesses coletivos na acepção tradicional de processo civil, por mais que os interesses ligados às coletividades existissem, não encontravam resposta adequada, notadamente no que concerne à legitimidade para a defesa coletiva.

Sobre esse aspecto, Hugo Nigro Mazzili (2017, p. 64) esclarece:

Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente por meio do processo coletivo. A razão consiste em que a defesa judicial dos interesses transindividuais de origem comum tem peculiaridades: *não só esses interesses são intrinsecamente transindividuais, como também sua defesa judicial deve ser coletiva, seja em benefício dos lesados, seja ainda em proveito da ordem jurídica*. Dessa forma, o legislador estipulou regras próprias sobre a matéria, especialmente para solucionar problemas atinentes à economia processual, à competência, à legitimação ativa, à destinação do produto da indenização e à imutabilidade da coisa julgada.

E no mesmo caminho é a lição de Ricardo de Barros Leonel (2013, p. 31):

A necessidade de implementação do processo coletivo não significa descoberta de fato novo. A existência de interesses que superam o corte simplesmente individual decorre da própria vida em sociedade e das relações nela concebidas. Não é possível imaginar que em uma comunidade ocorram apenas conflitos de natureza individual. De outro lado, não é correto pensar que conflitos de índole coletiva só tenham surgido recentemente. Em verdade, sempre existiram. Seu tratamento processual coletivo, este sim, é que guarda origem e evolução recente, pois do ponto de vista da própria Administração Pública tais interesses sempre receberam tratamento de certa forma organizado.

De outro lado, é possível concluir que a admissão da proteção coletiva para direitos individuais, a exemplo do que ocorre em outros países, presta-se a satisfazer três funções principais: *a facilitação de acesso ao Poder Judiciário a questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas; o tratamento uniforme de situações que*

podem se enquadrar na mesma hipótese normativas, preservando a isonomia; e a função de *racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional* (ARENHART, 2014, p. 131-134).

Desta forma, mesmo que não haja um código ou consolidação de leis para tutela dos direitos ou interesses transindividuais, o ordenamento jurídico brasileiro não impede que esses interesses, que decorrem da evolução das sociedades decorrente da globalização, sejam efetivamente tutelados.

1.3 ANÁLISE TERMINOLÓGICA

Como já mencionado, a globalização e o desenvolvimento das sociedades geraram a chamada sociedade de massa, cujas demandas e litígios também se coletivizaram, de forma que se exigiu das legislações a adoção de mecanismos processuais para o atendimento dessa nova demanda.

Com isso, os estudos sobre a tutela coletiva se desenvolveram em busca de uma definição de seus conceitos elementares.

Sempre que se trata da tutela coletiva é possível verificar autores que utilizam as expressões *interesses* e *direitos* como se sinônimos fossem, enquanto outros diferenciam essas expressões.

Parte da doutrina brasileira defende que essa distinção não encontra fundamento no ordenamento pátrio, pois estaria relacionada com a experiência italiana, que adota a chamada jurisdição administrativa, que trabalha com interesses, e não com direitos subjetivos, de forma que essa distinção só teria sentido nos ordenamentos que concebem a separação entre a competência ordinária e a administrativa da jurisdição (ARENHART; OSNA, 2019).

Entretanto, com a devida vênia, a outra corrente parece mais adequada, ou seja, a que adota distinção entre os termos *interesses* e *direitos*.

De forma genérica *interesse* pode ser definido como uma relação de reciprocidade entre um sujeito, que tem uma necessidade, e um objeto, que corresponde àquela necessidade. Para a ciência jurídica, deve-se realçar essa relação existente entre um ente que experimenta uma necessidade e outro que é capaz de satisfazê-la. Dessa forma, há uma utilidade específica de um ente ao outro, de ordem material, imaterial, presente ou futura (BELLINETTI, 2005).

Essa relação entre sujeito e objeto pode ser enquadrada tanto na perspectiva individual quanto na coletiva, sendo que, na perspectiva coletiva, que interessa a esta pesquisa, não pode ser compreendida como o *interesse pessoal* de um grupo de pessoas, já que, na essência, refere-se a um interesse individual em razão da personalidade jurídica que se atribui a esse grupo. Além disso, também não pode ser visto como a *soma* de interesses, como ocorre nos litisconsórcios, posto que, em última análise, também representa interesses individuais objeto de um mesmo processo.

Deve-se entender, então, que os interesses coletivos surgem como verdadeira *síntese* de interesses individuais, isto é, uma utilidade indivisa, que pode eventualmente ser divisível, mas que pode ser compartilhada por todos do grupo (BELLINETTI, 2005).

Sobre esse tema, Elton Venturi (2010, p. 174) leciona que:

O preconceito quanto à qualificação de tais aspirações como efetivos direitos subjetivos deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: subjetivamente, nega-se aos interesses metaindividuais a qualificação de direitos em virtude de ser impossível imputar a uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou a parcelas deste; objetiva e formalmente, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões metaindividuais (na medida em que não são economicamente apropriáveis por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto à sua existência, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos.

É importante mencionar que a dificuldade em distinguir o direito subjetivo do interesse transindividual está calcada justamente na noção individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX, criando um preconceito, ainda que irrefletido, em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual, diante da indivisibilidade do seu objeto e 'imprecisa' determinação da sua titularidade, não se enquadrando exatamente na delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo (GIDI, 1995, p. 17).

Uma observação deve ser feita que, a expressão *superindividual* também não parece ser a mais adequada, porquanto não significa algo que está acima, que é superior, mas a designação mais adequada parece ser de *interesses transindividuais*, isto é, interesses que transcendem a esfera de interesse individual.

Diante disso, para designar os de cunho coletivo, a utilização da expressão *interesses* e não *direitos* parece ser mais adequada.

Não obstante essa discussão terminológica, é fundamental que se compreenda a exata noção das relações jurídicas, uma vez que, como já mencionado, a concepção de relação jurídica preceitua uma forma de proteger direitos subjetivos individuais.

E é justamente essa perspectiva de relação jurídica que serviu de base para a estruturação do processo civil.

Com efeito, para o enfrentamento da questão coletiva a concepção kelsiana de relação jurídica, que encara objetivamente essas relações, com a imposição de um *dever jurídico* de respeito aos interesses coletivos, cuja legitimidade para propositura de ações deriva da própria da lei, sem se basear nas regras que tutelam os direitos subjetivos (BELLINETTI, 2005).

A sociedade de massa exige que se encare as situações jurídicas em que a preocupação não seja tão somente de estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos individuais, mas de fixar normas que preservem valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, criando o dever jurídico de respeito a esses valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder jurídico de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres (BELLINETTI, 2000).

Repita-se que, ao se adotar essa concepção, não se trata de exclusão da noção tradicional de proteção aos direitos subjetivos, mas sim em complementação dessa proteção, em que ambas convivem para a tutela dos direitos subjetivos e, também, dos bens ou valores coletivamente considerados, por intermédio da imposição de um dever jurídico de abstenção a violação desses interesses, sendo que, inclusive, ambas podem ser acionadas ao mesmo tempo para responder às necessidades dos casos concretos (BELLINETTI, 2000).

Definitivamente, é possível afirmar que há uma diferença ontológica entre os interesses coletivos e os direitos subjetivos individuais, no entanto, é importante mencionar que ao tentar proteger os interesses transindividuais, indiretamente também se proteja os direitos subjetivos, embora não se trate da mesma tutela.

Deste modo, como já examinado no tópico anterior, a relação jurídica é basicamente a relação entre o ordenamento jurídico e o indivíduo, sendo que aquele impõe um dever jurídico a esse.

Em suma, a perspectiva normativista de relação jurídica, defendida por Kelsen, mostra-se valiosa e pertinente para explicar a tutela dos interesses coletivos. Entretanto, apresenta-se necessária que seja feita alguma adaptação a essa

concepção para que não se tente impelir a aplicação de institutos processuais destinados aos direitos subjetivos nas situações concretas de interesses coletivos, conforme solução exposta por Luiz Fernando Bellinetti (2000):

[...] a partir desta concepção de relação jurídica, conceitos importantes vinculados ao direito material sofrem profundas modificações. Especialmente os conceitos de titularidade e legitimidade (ativa e passiva) devem ser vistos sob outra ótica. A idéia de que a relação jurídica ocorre entre pessoas, devendo ter um sujeito ativo (titular do direito) e um sujeito passivo (titular do dever), perde sentido. O que há é o ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social. E, nesse sentido, conforme diz Kelsen, titularidade não deve ser entendida como o simples posicionamento no polo ativo da relação, com a detenção do direito “reflexo” co-implicado num dever jurídico, mas sim como “o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do *dever jurídico, quer dizer, o poder de intervir na produção da decisão judicial, isto é, da norma individual através da qual é ordenada a execução da sanção como reação contra o não cumprimento do dever.*” Assim, titular é quem pode exigir o cumprimento do dever jurídico. De outro lado, também o conceito de legitimidade sofre grave modificação, quando Kelsen faz a distinção entre o sujeito de um dever jurídico e o sujeito de um poder jurídico, que poderíamos identificar com as idéias de legitimidade passiva e ativa, respectivamente. Conforme ensina o mestre de Viena, “*com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico ou tem um dever jurídico, nada mais se significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído, quer dizer: que a conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção; e que com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais se significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas*”. Assim, tem-se a importante constatação de que a legitimidade ativa ou passiva deriva do ordenamento e não de uma vinculação entre o sujeito(passivo) do dever e o sujeito(ativo) do poder jurídico. [...] Assim, no âmbito do direito material, a titularidade passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a legitimidade passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o interesse passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever; a capacidade passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma; a possibilidade física ou jurídica passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a forma adequada deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento.

Assim, a concepção normativista de relação jurídica proposta por Kelsen, com as devidas adaptações propostas por Bellinetti, explicam, de forma adequada, a concepção de relação jurídica para a tutela de interesses coletivos, especialmente

para o embasamento de instrumentos capazes de jurisdicionalmente, cobrar o cumprimento do dever jurídico de respeito aos interesses coletivos.

De outro lado, resta perquirir sobre o que são esses interesses transindividuais, que são classificados como aqueles que não se enquadram perfeitamente na clássica divisão entre direito público e direito privado, ou seja, são os interesses que não necessariamente beneficiam toda sociedade, mas que transcendem o indivíduo, correspondendo a interesses de classes, categorias ou grupo de indivíduos.

Hugo Nigro Mazzilli esclarece que os interesses transindividuais estão situados em uma posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, e que também são chamados de interesses metaindividuais, ou coletivos em sentido lato (MAZZILLI, 2017, p. 52).

Os interesses transindividuais são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, sócios de uma empresa, membros de uma equipe esportiva, empregados do mesmo patrão, etc). Tratam-se de interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir o interesse público (MAZZILLI, 2017, p. 52).

Sob o aspecto processual, o mesmo doutrinador sintetiza que o que caracteriza esses interesses não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica, mas, mais do que isso, *“é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo”*, de forma que o resultado obtido no processo coletivo seja apto a conduzir a uma solução mais eficiente da lide, além de evitar decisões contraditórias, porque a demanda coletiva é exercida em proveito de todo o grupo lesado (MAZZILLI, 2017, p. 52-53).

Entretanto, é digno de ressalva que não se pode confundir a defesa dos interesses coletivos com a defesa coletiva de direitos individuais. Interesses coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, isto é, sem titular individualmente determinado, e materialmente indivisíveis, de forma que, embora indivisível, é possível conceber uma única unidade da espécie de direito coletivo; o que é múltipla (e indeterminada) é a titularidade, e, por conseguinte, a sua transindividualidade (ZAVASCKI, 2011, p. 33-34).

Nessa temática, importante a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p. 57):

Não se trata do interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que deparam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma. [...] Pensar e sentir coletivamente é relegar a um plano secundário o interesse imediato, egoísta, para, com os olhos postos num ideal amplo e generoso, empenhar esforços comuns com vistas à consecução desse desiderato. É possível até que os frutos desses esforços recaiam, reflexamente, sobre os que dele participaram; e, dada a amplitude do fim perseguido, é mesmo possível que terceiros venham a ser beneficiados. Quando um grupo luta por melhores condições de segurança do trabalho, são todos os trabalhadores, como categoria, que disso poderão beneficiar-se, independentemente de sua precedente adesão à entidade representativa. Nem por outro motivo se reconhece a autonomia do ambiente do trabalho (CF, art. 200, VIII): embora esse valor seja tomado em dimensão transindividual, é crucial e inevitável que a melhoria das condições em que se realiza certa atividade acaba repercutindo beneficentemente sobre os indivíduos nela empenhados. Então, pensar e agir coletivamente é, antes de mais nada, conduzir-se inteligentemente, porque a união dos esforços individuais é o instrumento mais eficaz para consecução do fim comum.

Não se pode olvidar que os posicionamentos apresentados não são isentos de críticas, pois, encaram sérias divergências doutrinárias. Aliás, apesar de ser antiga a discussão sobre o exato conceito dos interesses coletivos, ainda não se tem um posicionamento pacífico sobre tais conceitos.

De outra banda, importante analisar as modalidades de interesses transindividuais positivadas no Brasil, também chamados de interesses coletivos *lato sensu*, que podem ser classificados em três espécies distintas, conforme a natureza da relação jurídica de ordem material a que fizerem referência (TUCCI, 2006, p. 310).

O ordenamento jurídico conceitua esses interesses no parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), que estabelece que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: interesses difusos (inciso I), coletivos *Stricto sensu* (inciso II) e individuais homogêneos (inciso III), *in verbis*:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os interesses difusos podem ser caracterizados a partir de dois aspectos: o aspecto subjetivo, em que se vislumbra a característica da *indeterminação* dos membros do grupo e a *inexistência de relação jurídica base* entre tais pessoas; o aspecto objetivo, por sua vez, pressupõe a característica da *indivisibilidade* do bem jurídico protegido, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma única solução também beneficia todos (BELLINETTI, 2005).

Inclusive, nesse aspecto é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 1.075 da repercussão geral, julgou inconstitucional o artigo 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo repristinada sua redação original que previa o efeito *erga omnes* da sentença (STF, 2021).

Explica-se: o artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997¹, tinha clara finalidade de restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, por meio de um critério territorial de competência. No entanto, acertadamente, o Pretório excelso decidiu pelo retorno da redação original² do mencionado dispositivo legal assegurando o efeito *erga omnes* da sentença de procedência da ação civil pública (STF, 2021).

Como exemplos de interesses difusos, pode ser mencionado algum dano ambiental, em que surge o interesse genérico da população na preservação do meio ambiente, bem como uma propaganda enganosa, em que há o interesse genérico dos consumidores em não serem a ela submetidos (BELLINETTI, 2005).

De outro lado, os interesses coletivos podem ser caracterizados pelo aspecto subjetivo, pela *existência de relação jurídica base* entre os membros do grupo ou com a parte contrária, além de ter uma *determinabilidade* dos membros do grupo; pelo aspecto objetivo também há a *indivisibilidade* do bem jurídico protegido, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma única solução também beneficia todos (BELLINETTI, 2005).

¹ Redação do dispositivo legal com a alteração da Lei 9.494/1997: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

² Redação original (repristinada): “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Nesse panorama, a relação jurídica base deve ser preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, podendo se exemplificar uma sociedade ou um condomínio, os membros do grupo, ou os contribuintes de um tributo, os alunos de uma escola ou os funcionários de uma empresa, os membros do grupo e a parte contrária (BELLINETTI, 2005).

É importante anotar que essa *determinabilidade* dos integrantes do grupo não sugerem soma de interesses individuais, mas em um aspecto que causa uma restrição ao interesse coletivo que não vemos no interesse difuso, pois não beneficia a coletividade de forma difusa, como um todo, mas apenas uma parcela determinada (BELLINETTI, 2005).

Por fim, cabe a análise dos interesses individuais homogêneos.

Parcela da doutrina, denomina-os de *acidentalmente coletivos*, pois, em sua essência, não seriam interesses coletivos, mas sim direitos subjetivos, tratados como coletivos apenas por uma questão de política processual para fins de tutela jurisdicional, tratando-se da hipótese de interesses individuais defendidos através de substituição processual.

Nesse sentido, José Marcelo Menezes Vigliar afirma que não se nota a presença de uma *transindividualidade* nos interesses individuais homogêneos, o que seria essencial para definição destes interesses como coletivos, ou seja, tratam-se, como o próprio nome sugere, de interesses individuais, cindíveis, divisíveis, atribuíveis a cada um dos integrantes da coletividade considerada (VIGLIAR, 2013, p. 30).

Barbosa Moreira (1991, p. 187) indaga e responde que:

Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto. [...] Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá com a outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem.

Advogando a mesma tese, Teori Zavaski defende que os direitos individuais homogêneos³, na verdade, se tratam de direitos subjetivos individuais, sendo que sua adjetivação como homogêneos apenas indicaria um conjunto de

³ O autor utiliza a expressão “direitos”, para designar os individuais homogêneos, e, por isso, foi aqui mantida, embora, como já mencionamos, defendemos ser mais adequada a expressão “interesse”, haja vista a superação da concepção de “direito subjetivo” que seria incompatível com a tutela coletiva.

direitos subjetivos conectados por uma relação de afinidade que autorizaria sua tutela de forma coletiva, ou seja, o tratamento de forma coletiva seria meramente instrumental para uma tutela jurisdicional mais efetiva, de forma que seriam interesses acidentalmente coletivos (ZAVASKI, 2017, p. 2017).

Gustavo Milaré Almeida é ainda mais enfático em afirmar que os interesses individuais homogêneos “*são (e sempre serão) interesses individuais, mas a sua tutela jurisdicional é realizada de forma coletiva por uma questão de opção de política legislativa*” (ALMEIDA, 2014, p. 54).

Nos dizeres de Tucci, “*o direito individual homogêneo é aquele que afeta mais de um sujeito em razão de uma gênese comum, cujo objeto é divisível*” (TUCCI, 2006, p. 314).

No entanto, em que pese esse posicionamento, com a devida vênia, ousa-se discordar, defendendo a concepção de que esses interesses, apesar de sua posterior divisibilidade, possuem a essência de serem coletivos.

Nesse sentido, Luiz Fernando Bellinetti (2005) explica que:

A meu ver os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa, conforme o esquema de relação jurídica de direito material anteriormente referido. Em minha perspectiva, o descumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais. A síntese (e não a soma) destas lesões comporá o interesse individual homogêneo, onde não se pede propriamente a indenização de cada um, mas sim que seja cumprido o dever jurídico de indenizar (recompôr) todos os prejudicados.

Com efeito, a principal diferença de concepção está na *indivisibilidade* do bem jurídico protegido, isto é, havendo várias ofensas, são analisadas de forma englobada, indivisível, tendo em vista que um único provimento jurisdicional aproveitará a todos, sendo que cada indivíduo poderá individualizar seus interesses em liquidação e execução singulares.

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses individuais homogêneos como os decorrentes de origem comum, conforme inciso III, parágrafo único, do artigo 81, e essa origem comum se estabelece posteriormente à lesão do bem jurídico protegido.

Em outras palavras, a origem comum pode ser fática ou jurídica, como, por exemplo, nas hipóteses de contribuintes do imposto de renda que pagaram valores indevidos, beneficiários do INSS que receberam valores menores, pessoas que ficaram doentes por ingerir água contaminada por poluição de uma fábrica, etc. (BELLINETTI, 2005). É certo que há uma relação jurídica subjacente a esses indivíduos, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é essa relação, mas o fato de terem pago o imposto de renda em valores indevidos, terem recebidos valores menores ou terem ingerido a mesma água contaminada que ocasionou a doença.

Os interesses individuais homogêneos podem, então, ser caracterizados pelo aspecto subjetivo, pela existência de *origem comum*, que se trata da relação jurídica base com a parte contrária, além da *determinabilidade* dos integrantes do grupo a que diz respeito ao interesse.

Pelo aspecto objetivo é que surge a divergência. A maioria da doutrina pátria caracteriza pela divisibilidade do bem jurídico protegido, enquanto Bellinetti defende a *indivisibilidade*, pois, ainda que existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente, por isso a indivisibilidade, porquanto um único provimento aproveita a todos, e a partir dele que cada integrante pode individualizar o seu interesse em liquidações e execuções individuais (BELLINETTI, 2005).

Não se pode olvidar, porém, que, eventualmente, a própria execução possa ser coletiva, como previsto em no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: “*decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida*”.

Com efeito, pode-se definir os interesses individuais homogêneos:

Assim, podem-se definir os interesses individuais homogêneos como os *interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo.* (grifos no original). (BELLINETTI, 2005)

No mesmo sentido, Hermes Zaneti Junior (2005) afirma que:

[...] cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos não seriam direitos coletivos, mas sim direitos coletivamente tratados. Esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria tal categoria do rol expressamente criado pelo CDC, referendado

agora pelo Código Modelo, relegando-a a personagem de segunda categoria na proteção coletiva. Em sentido contrário, contudo, posicionou-se o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em julgamento unânime, no RE 163231-SP, pela admissão destes direitos como subespécie de direitos coletivos. Transcrevemos trecho da ementa: “4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo -se em subespécie de direitos coletivos”. Esta leitura jurisprudencial pelo principal tribunal brasileiro, somada ao que antes foi exposto, parece afastar a inadequada “*capitis diminutio*” daqueles direitos coletivos.

O Supremo Tribunal Federal, então, ao menos no julgado citado pelo jurista gaúcho, também compartilha do posicionamento de que os interesses individuais homogêneos são espécies de interesses coletivos, não podendo perder de vista que, por definição expressa do próprio texto do CDC, os interesses individuais homogêneos são categoria dos interesses coletivos *lato sensu*.

Ademais, vislumbra-se a divisibilidade do bem jurídico no fato de ser possível determinar individualmente os lesados, sem alteração da pertinência da ação coletiva, uma vez que o tratamento unitário da pretensão faz com que se obtenha um provimento genérico, atendendo-se a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material (ZANETI JUNIOR, 2005).

A sentença, de forma genérica e abstrata, irá beneficiar os titulares dos interesses lesados, sendo que, posteriormente, terão suas peculiaridades analisadas individualmente em liquidação e execução de sentença, embora, até se alcançar a fase de liquidação, o ordenamento jurídico trata esses interesses englobadamente, como uma utilidade indivisa. Ou seja, devem ser concebidos dentro da dimensão coletiva, ligada, portanto, à noção de interesse (BELLINETTI, 2005).

Em outras palavras, Hermes Zaneti Junior (2005) conclui que “*para fins de tutela os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução*”.

Em arremate, é importante anotar que, do mesmo evento, podem resultar ofensas a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo que a caracterização do interesse decorrerá, no caso concreto, do tipo de pretensão apresentada (BELLINETTI, 1997).

Elucidativo é o exemplo fornecido por Luiz Fernando Bellinetti (1997):

Imaginemos, por exemplo, uma indústria que esteja lançando dejetos químicos em um riacho localizado em uma cidade do interior do Brasil. Logo após receber os dejetos da indústria, o riacho corta uma vila da cidade, onde as crianças costumam brincar às suas margens, e mais à frente também

atravessa o terreno de uma associação de apreciadores de vinho, cujos membros se reúnem semanalmente para provar vinhos novos ou simplesmente beber vinhos já presentes em sua adega.

Os dejetos, tóxicos, acabam produzindo lesões em várias crianças que brincaram próximo ao riacho, e, em função de seu odor fétido, atormentam os enófilos, que não conseguem mais degustar os seus vinhos adequadamente.

Temos aí um caso em que estão exemplificados de várias maneiras interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais simples, dependendo da demanda que seja proposta.

Se tomarmos em conta o aspecto da poluição do riacho pura e simplesmente, não há dúvida de que o interesse é difuso, pois importa indistintamente a qualquer pessoa, por dizer respeito à preservação do meio ambiente, que é considerado bem comum de todos em nossa Constituição Federal (art.225). O pedido será de que a indústria observe o seu dever jurídico de não agredir o meio ambiente.

Poderemos, no entanto, levar em conta as lesões produzidas nas crianças, circunstância que pode tanto gerar o reconhecimento de interesses individuais homogêneos como de interesses individuais puros.

Em primeiro lugar, é possível uma criança individualmente exigir que não seja mais exposta à substância, baseada em regra de direito de vizinhança, bem como pleitear indenização pelas lesões sofridas – caso em que, inclusive, poderia surgir um litisconsórcio multitudinário, com vários moradores se associando nesta ação.

Estamos na seara dos interesses individuais puros, onde se pede o respeito aos direitos subjetivos dos autores da ação.

Porém, é possível também que, em razão da dimensão social do fato, um dos legitimados pelo ordenamento proponha uma ação visando a condenação da indústria a indenizar todos as pessoas que tenham sofrido lesões em função do contato com a substância tóxica. É o caso de interesse individual homogêneo, onde se pede que a indústria cumpra seu dever jurídico de indenizar todos os lesados pelo contato físico com a substância poluidora.

Por fim, na última hipótese fática indicada, os membros da associação poderiam pretender que a indústria eliminasse o odor da substância, a fim de não atrapalhar a sua atividade de degustação, o que caracterizaria interesse coletivo, sendo pedido à empresa que cumpra seu dever jurídico de evitar que o odor de seus dejetos perturbe a atividade dos membros daquela associação.

Poderiam também pretender indenização de todos que tivessem tido danos (materiais ou morais) pelo fato de terem ficado impedidos de praticar o seu hobby, ou então, num caráter mais amplo, que inclusive transcenderia os membros da associação, de todos que foram prejudicados pelo odor, o que caracterizaria interesse individual homogêneo, com o pedido de cumprir a indústria o seu dever jurídico de indenizar os prejudicados pelo odor fétido de seus dejetos.

Assim, podemos concluir que os interesses difusos são indivisíveis, de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por mera relação fática; os interesses coletivos são interesses indivisíveis de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente por derivarem de uma origem comum, não podendo confundir com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo (BELLINETTI, 1997).

1.4 A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA

Diante desse novo cenário jurídico causado pela globalização, e analisada essas noções conceituais acerca da nova perspectiva de relação jurídica e da definição de interesses transindividuais, é importante verificarmos a reforma do sistema processual levada a efeito no Brasil com vistas a assegurar um melhor acesso à justiça.

Analisando a realidade da Justiça civil brasileira, Marinoni constata que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida, e justifica essa dificuldade no fato de os juízes e tribunais não seguirem padrões mínimos de racionalidade ao decidirem (MARINONI, 2018, p. 69).

O autor prossegue criticando um sistema judicial que, não obstante a intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, mostra-se completamente incapaz de gerir sua função de distribuir “justiça” nos casos concretos. Para o autor, o desrespeito aos precedentes das Cortes Superiores é porta aberta para desigual e aleatória distribuição da “justiça”, com perversas consequências (MARINONI, 2018, p. 70-71).

Outro ponto que se crítica no judiciário brasileiro é exatamente a morosidade em se proferir decisões definitivas nos casos que lhe são levados.

Importante destacar que não se pode confundir acesso à justiça com o acesso ao Poder Judiciário. Nesse ângulo, Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (2005, p. 35-36) alertam:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para integridade do acesso à justiça é preciso isso e muito mais. A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais amplas admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo

legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* –, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), mesmo com dificuldades de definição, trouxeram uma nova dimensão ao conceito de “acesso à justiça”. Neste sentido, lecionam os autores:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, a premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejava por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8)

E, para assegurar as finalidades básicas do sistema judiciário, os autores apresentam as chamadas ondas reformistas com a finalidade de viabilizar o acesso universal à justiça.

A primeira onda reformista proposta pelos autores se voltou aos meios de facilitar o acesso das classes menos favorecidas à Justiça, por intermédio da assistência judiciária aos pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-49).

A segunda onda demonstra a preocupação com a representação dos interesses difusos (chamados interesses coletivos ou grupais). As preocupações se voltam a mudar o cunho individualista do processo civil para uma concepção social e coletiva, a fim de satisfazer os interesses da sociedade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-67).

Por fim, a terceira onda de reformas prevê alterações das formas de procedimento, mudanças estruturais dos tribunais ou a criação de juizados especiais, a utilização de pessoas leigas, como julgadores e defensores, a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Nesta visão, os meios alternativos de solução dos conflitos devem ser prestigiados e estimulados, de forma que os jurisdicionados busquem a “justiça” fora dos tribunais, a fim de se obter uma decisão mais célere e eficaz (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, 67-73).

Importante lembrar que os mencionados autores advertem que o acesso à justiça não pode ser apenas formal:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12)

Justamente com vistas a tentar corrigir, ou ao menos minimizar, esses problemas, viabilizar o acesso à justiça e garantir desenvolvimento econômico, o Banco Mundial, por meio do conhecido “Documento Técnico 319”, apresentou, em junho de 1996, uma proposta recomendando algumas reformas e providências aos Judiciários da América Latina e Caribe.

O diagnóstico e as diretrizes de referido documento serviram de inspiração para as reformas do Judiciário no Brasil e em outros países vizinhos.

Convém destacar que o objetivo geral do referido Documento Técnico 319 é promover o desenvolvimento econômico, de onde se constata que a proposta do Banco Mundial é de transformar o Poder Judiciário num garantidor dos princípios econômicos a serem implementados nos Estados alvos.

No documento está consignado que “*O Poder Judiciário é uma instituição pública e necessária que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitárias aos cidadãos, aos agentes econômicos e ao estado*” (DAKOLIAS, 1996, p. 7).

E verifica que:

Um governo eficiente requer o devido funcionamento de suas instituições jurídicas e legais para atingir os objetivos interrelacionais de promover o desenvolvimento do setor privado, estimulando o aperfeiçoamento de todas as instituições societárias e aliviando as injustiças sociais.

Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade.

A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. (DAKOLIAS, 1996, p. 10)

Com base neste documento, extrai-se, ainda, a tendência de reformas processuais de feição neoliberal, em que é feito um apelo para a reforma do Judiciário, no contexto de proteção ao capital. Tal apelo é possível ser verificado no seguinte trecho do Documento:

Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário, pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade.

Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados.

Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados. (DAKOLIAS, 1996, p. 18)

O Banco Mundial entende que para o livre manejo do capital especulativo, é necessária uma redução institucional da atuação do Poder Judiciário como defensor dos direitos e interesses individuais e coletivos, posto que, em muitos casos, são avessos aos interesses econômicos.

Com efeito, verifica-se que a previsibilidade do sistema jurídico e a garantia do cumprimento contratual são pontos essenciais para a atração do investidor estrangeiro num mundo globalizado.

Processos judiciais morosos e a possibilidade de descumprimento e revisão de contratos afastam o capital estrangeiro, que se aportará em países que lhe sejam mais “seguros”.

Diante disso, observa-se, no Brasil, uma agenda criteriosa de cumprimento das diretrizes do Banco Mundial, com nítido intuito de atrair investimentos internacionais.

O advento da Emenda Constitucional 45 (2004), trouxe uma série de alterações constitucionais, dentre as quais podemos destacar a criação da Súmula Vinculante, que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta.

Outra alteração relevante desta Emenda Constitucional foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, como um sistema disciplinar para controle dos Juízes e da atuação administrativa e financeira do Judiciário.

Após, vieram as reformas do revogado Código de Processo Civil, que instituíram a súmula impeditiva de recurso, a improcedência *in limine* de demandas

repetitivas, e regulamentaram a Súmula Vinculante e os institutos da Repercussão Geral e os Recursos Repetitivos (2006).

Por fim, podemos destacar a criação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), que, dentre outras inovações, criou o sistema de precedentes vinculantes e estimulou ainda mais os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Todos esses movimentos reformistas têm o claro intuito de adequar o ordenamento jurídico pátrio às expectativas do capital estrangeiro, considerando a noção de mundo globalizado, com vistas a atrair investimentos, assegurando um acesso à justiça mais efetivo.

2 AÇÕES COLETIVAS E TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DE LITÍGIOS

É importante que entendamos que os interesses individuais homogêneos, que é o interesse transindividual de importância para esse trabalho, podem ser tutelados tanto por *técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC)*, como pelas *técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI)*.

As *técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC)* são aquelas que partem de um processo individual para uma reverberação coletiva, para as quais o Código de Processo Civil criou mecanismos que geram um efeito coletivo, tal como os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demanda repetitiva.

As *técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI)*, por sua vez, são aquelas propostas por um ente idôneo capaz de representar os indivíduos que tiveram seu direito violado.

Neste capítulo, serão tratados os principais mecanismos coletivos de tutela daqueles direitos que decorrem de “origem comum” (art. 81, III, CDC), e que provocam uma reiteração da mesma questão jurídica, isto é, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Porém, é importante mencionar que, embora a ação popular (Lei nº 4.717/1965, e art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal), seja considerada a primeira fonte genuína de tutela coletiva (PIZZOL, 2019, p. 99), integrando o microsistema dos direitos coletivos, seu escopo se limita a um meio de participação direta do jurisdicionado na defesa de interesses difusos, por isso não será tratada especificamente neste trabalho.

2.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública, apesar de não ser o primeiro diploma a tutelar direitos transindividuais, certamente constituiu o seu expoente ao prever um rito processual específico para as respectivas peculiaridades coletivas, potencializado com as alterações feitas com a edição do Código de Defesa do Consumidor, sendo a LACP e o CDC os principais diplomas para o microsistema de tutela coletiva.

Fruto do esforço doutrinário de estudiosos brasileiros, teve como base a crítica italiana da falta de meios processuais adequados às lides coletivas e o mecanismo previsto na legislação norte-americana, as *class actions*, também adotadas em países de *common law* (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 40).

Frise-se que, aos adeptos da legitimidade privada, foi o primeiro diploma processual a prever a legitimidade para as associações civis (incluídos os sindicatos), alargando-se o âmbito de proteção à medida que a sociedade organizada dispõe de meios próprios para pleitear os direitos, não dependendo exclusivamente dos órgãos estatais.

A despeito dos legitimados descritos no artigo 5º da LACP, esse rol deve ser lido em conjunto com o artigo 82 do CDC, incluindo-se as entidades ou órgãos da Administração Pública sem personalidade jurídica.

O rol extensivo não confere, contudo, o direito de exercício de ação de forma indiscriminada para todos os indicados (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 75), devendo existir a pertinência temática entre a função primordial (fins institucionais) do requerente e o objeto a ser tutelado na medida, como as associações e administração indireta, ou, quando sua aferição for desnecessária, o interesse de agir, caracterizado pelo mínimo lastro de proveito jurisdicional para o autor, administração pública (ZAVASCKI, 2011, p. 63).

Não se deve confundir a pertinência temática com o interesse de agir, pois, aquela se refere às funções institucionais do autor, inclusive, portanto, na seara da legitimidade, ao passo que este pode ser aferido na utilidade prática que o provimento jurisdicional trará ao requerente da ação.

Com relação às associações, ainda há os limitadores das alíneas do inciso V do artigo 5º da LACP: a alínea 'a' exige uma certa estabilidade das associações (um ano de existência), de forma a desestimular eventuais excessos ou abusos na propositura de ações civis públicas; e a alínea 'b', mais diretamente ligada ao interesse de agir, exige o liame objetivo entre a pretensão deduzida na demanda coletiva e os fins institucionais da demandante, expressos nos estatutos (ZAVASCKI, 2011, p. 63).

Quanto ao objeto tutelado pela Ação Civil Pública (art. 1º, LACP), extrai-se um rol maior de proteção que o da lei popular, não taxativo, em especial pela margem de generalidade concebida no inciso IV, admitindo-se a maior diversidade possível de tutelas aptas ao direito perquirido.

Considerando parcela da doutrina que milita a impossibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos por este instrumento, é pacífica a possibilidade de cumulação com os difusos e coletivos, desde que feitas as devidas adequações, uma vez que um ato lesivo pode acometer ambos os interessados e o processo não afeta o direito material (ZAVASCKI, 2011, p. 62).

Ressalte-se que a jurisprudência não tem aceitado o referido mecanismo como forma de controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas de forma incidental, o que supõe a necessidade de efetiva lesão ou ameaça à lesão, bem como partes determinadas para o litígio (PIZZOL, 2019, p. 93).

De outro giro, é possível, mesmo com as restrições orçamentárias do Poder Público, a ACP para obrigações de fazer ou não fazer em descumprimento de dever estatal (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 91-92).

A respeito da impossibilidade jurídica do pedido em relação aos tributos (art. 1º, parágrafo único, LACP), não deve ser aplicada em sua literalidade, cabendo a ação em caso de benefício fiscal para determinada empresa, lesando o erário, e para discussão de tarifa pública, atraindo o interesse do consumidor por sua natureza contratual (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 94).

Sendo possível o objeto da ação, a tutela definitiva a ser perquirida deve ser delineada de generalidade, haja vista que a teor do artigo 95 do CDC, eventual condenação será genérica, de modo que para manter a essência da ação coletiva resta inviável a individualização do dano de qualquer dos possíveis titulares.

Segundo Teori Zavascki (2011, p. 153), a sentença genérica não abarca todos os elementos descritos na inicial, em especial o sujeito que irá se beneficiar dela, e nem o valor da condenação, pontos que serão dirimidos na fase de cumprimento de sentença. Por isso, se diz que o grau de generalidade dessa sentença é bem mais acentuado que o das sentenças ilíquidas.

Parte da doutrina entende que o conteúdo da sentença em ACP pode ser, no mínimo, constitutiva e/ou condenatória, haja vista a disposição expressa dos artigos 11 e 13 da Lei n. 7.347/1985, de modo que a carga declaratória seria natural, apenas acompanhada de uma condenação ou constituição de obrigação (SONNI; BELLINETTI, 2011, p. 113-114).

Considerando o microssistema existente, o diploma acima não pode ser lido em sua literalidade, mas em consonância com os demais atos normativos, em especial com o CDC, que visa a adoção da tutela adequada ao caso, admitindo-se a

prolação de sentença com natureza declaratória, mandamental e até executiva *lato sensu* (PIZZOL, 2019, p. 92).

Na mesma linha, ensina Teori Zavascki que não necessariamente a ACP deve vir acompanhada de uma condenação, ainda mais existindo a possibilidade de se manejar tutela cautelar com efeitos definitivos, o que sugere, nessa hipótese, que o potencial dano nem mesmo veio a ocorrer (ZAVASCKI, 2011, p. 56).

O foro competente para ser ajuizada a ação civil pública é o do local do dano (art. 2º, LACP).

Havendo interesse da União (art. 109, CF), o feito deverá tramitar pela Justiça Federal, de igual modo, considerando a competência absoluta, se envolver relação de trabalho, o processamento e julgamento cabe à Justiça Obreira (Súmula 736 do STF) e, residualmente, na Justiça Estadual.

O rito é o procedimento comum, havendo, no entanto, certas peculiaridades, como a impossibilidade de reconvenção e a possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos da legislação consumerista (PIZZOL, 2019, p. 97).

Em sendo procedente, a eficácia da sentença opera *erga omnes*; sendo improcedente por falta de provas, segue a mesma regra da ação popular; e caso a decisão adentre o mérito, a improcedência não obsta o direito de ajuizamento de ação individual (PIZZOL, 2019, p. 97).

2.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança encontra respaldo legal na Constituição Federal (art. 5º, LXIX), sendo que o coletivo, neste âmbito, apenas tem delineado os legitimados ativos como sendo o partido político, os sindicatos, as entidades de classe e as associações.

O mandado de segurança tem o *status* de garantia constitucional e é cabível contra *atos estatais* que lesarem ou ameaçarem *direitos líquidos e certos*, que são aqueles cuja demonstração de sua existência não dependa de dilações probatórias no curso do processo (DINAMARCO, LOPES, 2019, p.145).

A Carta da República não traz maiores detalhamentos sobre o mandado de segurança coletivo, de modo que suas peculiaridades como ação coletiva devem ser

estudadas à luz da legislação ordinária, em especial pela Lei nº 12.016/2009 e pelo microsistema de direitos coletivos.

As diferenças mais visíveis deste mecanismo com o mandado de segurança comum são a legitimidade e a tutela de interesses coletivos de um grupo específico de pessoas, como os associados, por exemplo, sendo por assim dizer mecanismo adequado aos direitos individuais homogêneos (ZAVASCKI, 2011, p. 191-192), sem prejuízo das demais espécies de interesses coletivos (PIZZOL, 2019, p. 113) (BASTOS, 2018, p. 391).

Sem prejuízo das diversas correntes acerca dos direitos tutelados pelo mandado de segurança coletivo, o artigo 21 da Lei nº 12.016/2009 tenta pacificar a questão ao indicar, de forma expressa, o cabimento do mandado de segurança coletivo para defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos.

Infere-se do dispositivo legal citado que a legitimação para a impetração exige, além do interesse de agir, pertinência temática, pois a tutela está subordinada aos interesses da bandeira do partido ou dos direitos dos associados/sindicalizados. A doutrina pátria, amparada pelo STJ, defende que também são legitimados aqueles elencados noutros diplomas, como a LACP, considerando a comunicação dos diplomas do microsistema coletivo (PIZZOL, 2019, p. 115-116) (BASTOS, 2018, p. 301).

Diferente da ação civil pública, que exige pertinência de alguns dos legitimados, e da ação popular, que não exige pertinência do cidadão, não se concebe a ideia de impetração do *mandamus* divorciada do campo de atuação do impetrante.

Em relação aos partidos políticos:

No que respeita à legitimação dos partidos políticos, em suma, a pretensão do mandado de segurança coletivo não está limitada à tutela de interesses particulares de seus filiados. [...] Assim, há de se entender que o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo com objetivos mais abrangentes, com a única limitação de estarem situados no âmbito de sua finalidade institucional e do seu programa. (ZAVASCKI, 2011, p. 196)

O referido autor (ZAVASCKI, 2011, p. 199), amparado por decisões do STF, também entende que a exigência mínima temporal de constituição das associações civis não deve ser estendida aos sindicatos e órgãos de classe, opinião que parece ser a mais adequada, pois os mecanismos de tutela coletiva devem ser

interpretados em sua maior amplitude, não devendo ser considerado o texto normativo mais restritivo.

A dispensa da pré-constituição da associação civil nos casos previstos em lei deve ser aplicada por analogia ao mandado de segurança coletivo, seja pela subsidiariedade das outras legislações do microsistema, seja pela ausência de impeditivo na Constituição Federal (PIZZOL, 2019, p. 126).

Não obstante o mandado de segurança abarcar o direito líquido e certo, há uma grande diferença entre as ações popular e civil pública quanto às hipóteses de cabimento, uma vez que apenas essas últimas não admitem a proteção coletiva em matéria tributária.

De outro giro, como há mais semelhanças entre o mandado de segurança coletivo e o individual do que diferenças, infere-se possível a proteção coletiva em matéria tributária, em especial quando o assunto é a inexigibilidade de tributos, sendo pacífica a possibilidade de cabimento do mandado de segurança. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUTORAS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. DECRETO-LEI 406/68. 1. As empresas de construção civil não estão sujeitas ao ICMS Complementar ao adquirir mercadorias em operações interestaduais. (Precedentes da 1ª Seção) 2. O mandado de segurança coletivo constitui inovação da Carta de 1988 (art. 5º, LXX) e representa um instrumento utilizável para a defesa do interesse coletivo da categoria integrante da entidade de classe, associativa ou do sindicato. 3. Por ser indivisível, o interesse coletivo implica em que a coisa julgada no writ coletivo a todos aproveitam, sejam aos filiados à entidade associativa impetrante, sejam aos que integram a classe titular do direito coletivo. 4. A empresa que visa beneficiar-se de direito concedido em mandado de segurança coletivo anteriormente impetrado por entidade de classe ou associação deve comprovar tão-somente que pertence ao grupo, à categoria ou à classe que se beneficiou do writ coletivo, e não que é associada à entidade que atuou no pólo ativo do mandamus. 5. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag: 435851 PE 2001/0197766-3, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/05/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.05.2003 p. 130).

Desta forma, o espectro de abrangência do mandado de segurança coletivo é excepcional em relação aos demais, por ser o único que pode discutir matéria tributária em caráter incidental e garantir a eficácia ao grupo que será beneficiado.

O rito adotado é o especial, estabelecido na Lei do Mandado de Segurança, merecendo especial atenção o modo como a tutela será requerida, pois as situações particulares dos substitutos processuais não devem ser expostas, cabendo descrição apenas da situação jurídica comum e homogênea (ZAVASCKI, 2011, p. 202).

A sentença nesse tipo de mecanismo é mandamental e constitutiva, podendo ser condenatória (PIZZOL, 2019, p. 122), devendo ser utilizados todos os meios para que seja devidamente cumprida, ainda mais quando a decisão judicial isolada (ordem) pode não ser suficiente para garantir a tutela coletiva. Nesse sentido:

Assim, denota-se que o efeito mandamental é inerente a sentença proferida no *mandamus* coletivo, todavia, para que alcance a efetividade em tal demanda, faz-se necessário agregar um outro atributo, relacionado ao tipo de tutela pleiteada, que a torne passível de concretizar os seus preceitos. (SONNI; BELLINETTI, 2011, p. 122).

Assim, como nos demais meios de tutela coletiva, a sentença que denega a ordem por insuficiência de provas só faz coisa julgada formal, diferentemente da que concede, que só atinge os substituídos processuais (ZAVASCKI, 2011, p. 205-206).

De outro giro, a ausência de direito líquido e certo do impetrante pode dar azo à duas situações distintas: se verificada antes do recebimento da inicial, o juiz deverá indeferi-la por ausência de condição da ação, com extinção sem resolução do mérito; se após, denegar a ordem com resolução de mérito (PIZZOL, 2019, p. 115).

2.3 REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES COLETIVAS

Dentre os países da *civil law*, o Brasil foi quem tratou a tutela dos interesses coletivos com mais intensidade, sendo a Lei de Ação Popular o marco histórico para a proteção desses interesses.

A ação popular, como já mencionado, está prevista no ordenamento jurídico brasileiro na Lei Federal nº 4.717/1965 e na Constituição Federal (art. 5º, inciso LXXIII), constituindo não só a primeira fonte genuína de tutela coletiva (PIZZOL, 2019, p. 99), mas também um remédio constitucional e modo de participação direta do jurisdicionado na defesa de interesses coletivos.

Dentro do microssistema dos direitos coletivos, a ação popular se classifica como espécie de ação coletiva, sendo as ações civil pública e de improbidade administrativa, bem como o mandado de segurança coletivo, respeitadas as próprias especificidades, seus congêneres (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 264) (SONNI; BELLINETTI, 2011, p. 112).

Entretanto, merece especial atenção que o objeto de proteção deste mecanismo processual (Ação Popular) abarca tão somente a tutela de interesses difusos, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

1. A Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente *ilegitimatio ad causam* (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) do autor popular, o qual não pode atuar em prol da coletividade nessas hipóteses.

2. A ilegitimidade do autor popular, *in casu*, coadjuvada pela inadequação da via eleita *ab origine*, porquanto a ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, revela-se inequívoca, por isso que não é servil ao amparo de direitos individuais próprios, como só em ser os direitos dos consumidores, que, consoante cediço, dispõem de meio processual adequado à sua defesa, mediante a propositura de ação civil pública, com supedâneo nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). (...)

(REsp 818.725/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 16/06/2008)

De outro lado, porém, a proteção dos direitos difusos e coletivos teve seu principal marco na Lei da Ação Civil Pública em 1985, que preencheu lacunas existentes no então tradicional processo civil brasileiro e instalou um subsistema processual, reforçada por posteriores diplomas normativos e pela Constituição Federal de 1988 (ZAVASCKI, 2011, p. 30-31).

A despeito dessa evolução, a tutela dos direitos coletivos no Brasil não possui uma codificação una que regulamente de forma sistemática todos os mecanismos existentes (direito material) e os seus aspectos processuais. Em verdade, existem diversas leis esparsas que devem ser harmonizadas para se obter certa padronização das supracitadas regras, valorizando-se a segurança jurídica.

Esclarece Fabrício Bastos (BASTOS, 2018, p. 15):

Como ainda não há uma regulamentação própria corporificada em uma codificação, a doutrina, com respaldo da jurisprudência, reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si formando um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

As chamadas *técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI)* são aquelas em que se utiliza não o instrumental técnico previsto no Código de Processo Civil, mas sim aquele instituído pelo chamado *microsistema processual coletivo*, em

que se tutela, também, os direitos individuais (homogêneos) de uma perspectiva coletiva (RODRIGUES, 2016, p. 625)

O fenômeno, contudo, não ocorre só no Brasil, sendo apontada a insuficiência de aspectos processuais para a tutela coletiva em países de todo o mundo, a exemplo de Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha, de modo que estão sendo obrigados a reverem conceitos e princípios tradicionais no afã de adaptar à realidade das controvérsias em massa (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 233)

O “núcleo duro” da tutela coletiva é constituído pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (BASTOS, 2018, p. 17) (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 12) (PIZZOL, 2019, p. 153), porque a formatação dada pelo legislador permite a correta harmonia entre os dois diplomas, de modo a suprir as lacunas e prever um rito processual destinado à tutela coletiva.

Além desse “núcleo duro”, também é considerado na formação desse microssistema coletivo a Lei de Ação Popular, a de Improbidade Administrativa, do Mandado de Segurança, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, dentre outras (PIZZOL, 2019, p. 154).

Sobre essa interação entre o CDC e a LACP, considerados “núcleo duro” do microssistema de tutela coletiva, Nelson Nery Junior assim leciona:

Há, por assim dizer, uma perfeita interação entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais, observando o princípio da especialidade das ações sobre as relações de consumo, às quais se aplica o Título III do CDC, e só subsidiariamente a LACP. Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão da adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei n. 7.347/85. (NERY JUNIOR, 2017, p. 1120).

Além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência e importância desse microssistema de proteção aos interesses coletivos *lato sensu*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO

CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. **Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).** 2. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece prazo de 15 dias para a apresentação de defesa prévia, sem, contudo, prever a hipótese de existência de litisconsortes. Assim, tendo em vista a ausência de norma específica e existindo litisconsortes com patronos diferentes, deve ser aplicada a regra do art. 191 do CPC, contando-se o prazo para apresentação de defesa prévia em dobro, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 1221254 RJ 2010/0190387-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 05/06/2012, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2012 RIP vol. 73 p. 243) (grifo nosso)

E também:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA E DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MICROSSISTEMA LEGAL. PROTEÇÃO COLETIVA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI 7.347/85. CDC. OMISSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 4.717/65. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Acham-se caracterizadas a similitude fático-jurídica e a divergência jurisprudencial entre os arestos confrontados, pois ambos, buscando colmatar a lacuna existente na Lei 7.347/85, no que concerne ao prazo prescricional aplicável às ações civis públicas que visam à proteção coletiva de consumidores, alcançaram resultados distintos. 2. O aresto embargado considera que, diante da lacuna existente, tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no Código de Defesa do Consumidor, deve-se aplicar o prazo prescricional de dez anos disposto no art. 205 do Código Civil. 3. O aresto paradigma (REsp 1.070.896/SC, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO) reputa que, em face do lapso existente na Lei da Ação Civil Pública, deve-se aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), tendo em vista formarem um microssistema legal, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor. **4. Deve prevalecer o entendimento esposado no aresto paradigma, pois esta Corte tem decidido que a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, motivo pelo qual a supressão das lacunas legais deve ser buscada, inicialmente, dentro do próprio microssistema.** 5. A ausência de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, tanto no CDC quanto na Lei 7.347/85, torna imperiosa a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). 6. Agravo regimental desprovido.

(STJ. AgRg nos Embargos de Divergência Em REsp 995.995/DF, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 11/05/2015, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 09/04/2015) (grifo nosso)

Dessa forma, as lacunas existentes num dos diplomas do indicado sistema processual, também denominado de “jurisdição civil coletiva”, devem, se possível, serem solucionadas com as previsões dos demais diplomas que o integram, como, por exemplo, a aplicação da inversão do ônus da prova previsto no CDC para uma questão ambiental (PIZZOL, 2019, p. 156).

Destaque-se que a divergência doutrinária alcança até mesmo o próprio CPC, se integra ou não o microsistema de tutela coletiva. Prevalendo atualmente na doutrina que, embora do Código de Processo Civil de 1973 tivesse aplicação residual, o CPC vigente tem sua aplicação direta nos processos coletivos, devendo ser sempre articulado em um diálogo de fontes de forma a não inviabilizar regras específicas do processo coletivo (BASTOS, 2018, p. 20-21).

Outro aspecto importante a se anotar é que, de modo a viabilizar o acesso à justiça e o exercício da cidadania aos legitimados, não há necessidade de pagamento de custas ou despesas processuais, nem mesmo quaisquer espécies de honorários (art. 10, LAP; art. 18, LACP; art. 87, CDC), mas para que os mecanismos não sejam utilizados de forma temerária, as isenções são excetuadas se for comprovada má-fé do postulante.

Ressalte-se que a previsão na LAP instituindo o pagamento de custas pelas partes ao final do processo deve ser interpretada com os outros diplomas legais de tutela coletiva para que haja coerência, pois, caso assim não fosse, a associação civil, que é vencedora em ação civil pública, estaria isenta de custas, mas o cidadão vencedor em ação popular teria de pagá-las ao fim do processo, ferindo a isonomia. Em suma, nem mesmo na ação popular o autor deve pagar as custas e despesas processuais.

Ademais, é comum a tramitação simultânea de ações individuais e coletivas acerca do mesmo tema, sendo necessário diferenciá-las, pois diversas as consequências jurídicas. Nesse sentido, a lição de Teori Zavascki:

Isso é reflexo do pedido e da sentença, que num caso será de natureza específica, visando a um juízo integral da controvérsia, e no outro será genérica, buscando apenas o enfrentamento parcial do conjunto das matérias controvertidas. Assim, entre ação coletiva e ação individual pode haver identidade quanto às partes (e, sob este aspecto, a coletiva é continente da individual) e quanto à causa de pedir. O pedido, porém, é diverso. (ZAVASCKI, 2011, p. 176)

A ação individual não dispõe de todos os tipos de tutelas outorgadas ao legitimado da ação coletiva, senão as estritamente necessárias ao deslinde da sua pretensão, bem como não necessariamente está isento de custas processuais, devendo ser pagas caso não comprovada a hipossuficiência, o que não ocorre em tutela coletiva.

Considerando que ação coletiva envolve a proteção da coletividade, o pedido será mais amplo que uma ação individual e revestido de generalidade, havendo discordância na doutrina acerca da continência.

O próprio Código de Defesa do Consumidor assegura a inafastabilidade do judiciário para quem queira ajuizar ação autônoma (art. 104) em pendência de ação coletiva, podendo optar pela suspensão do feito caso pretenda ser beneficiado pelo julgamento da ação coletiva (*right to opt in*) ou por continuar com a ação individual (*right to opt out*), surgindo o sistema do *fair notice*, que é a indispensabilidade de intimação dos litigantes para que possam se manifestar sobre essa escolha. (BASTOS, 2018, p. 93).

Há quem advogue, ainda, a impossibilidade de continência, conexão ou litispendência entre a ação individual e a ação coletiva, posto que a tutela coletiva, por não veicular pedido individual, mas geral (e vice-versa), inviabiliza a identidade de pedidos (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 292).

Como os outros diplomas não tratam da questão da suspensão, dentro do microsistema de tutelas coletivas, deve-se aplicar a faculdade insculpida no CDC, a despeito de ser considerada uma faculdade do jurisdicionado. No entanto, a jurisprudência do STJ vem caminhando no sentido da obrigatoriedade de suspensão de demandas individuais na pendência de ação coletiva, contrariando parte da doutrina que não reputa ser obrigatório tal expediente, mas uma faculdade (PIZZOL, 2019, p. 221-222).

Já em relação à pluralidade de ações coletivas, deve-se levar em conta a previsão expressa de prevenção de juízo (art. 2º, parágrafo único, LACP), sendo possível configurar litispendência, conexão ou continência.

Ademais, considerando que a legitimidade é extraordinária (nenhum dos indicados nas leis atuam em direito próprio, mas da coletividade), para que haja litispendência basta a identidade de pedidos e da causa de pedir, sendo uma exceção ao art. 337, § 2º, do CPC (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 291).

Entende-se que a melhor solução para casos de litispendência é a reunião dos processos com o escopo de se obter uma melhor prestação jurisdicional, aproveitando-se o acervo probatório de cada um deles. Contudo, o STJ⁴ também tem decidido pela extinção da segunda demanda coletiva pela ocorrência de litispendência entre processos coletivos diversos (PIZZOL, 2019, p. 216-217).

2.4 LEGITIMAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A questão da legitimação nas ações coletivas envolve as especificidades de cada uma de suas espécies, entretanto, por se tratar de um microsistema de tutela coletiva, as diferenças existentes entre os colegitimados não devem ser fonte de segregação e sim dos devidos ajustes para que o escopo de tutelar adequadamente os interesses coletivos possam ser alcançados.

Há quem defenda que em todas as hipóteses de interesses transindividuais todos os legitimados indicados nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC atuam com legitimidade extraordinária, como substitutos processuais. Outros autores, no entanto, têm entendido que, nas hipóteses de interesses difusos e coletivos, haveria legitimação autônoma para a condução do processo, e na defesa dos interesses individuais homogêneos a figura continuaria sendo a da substituição processual.

Fabício Bastos assim esclarece essa questão:

A legitimação coletiva ativa é extraordinária concorrente e disjuntiva, como regra, e será verificada no caso concreto a depender do tipo de demanda coletiva proposta, bem como a situação coletiva deduzida. Em suma, as demandas coletivas poderão ser propostas, conforme a hipótese, por órgãos públicos (Ministério Público, Defensoria Pública e Fazenda Pública), por pessoa física (cidadão, nos casos da Ação Popular), por entidades do setor privado (associações civis, sindicatos, entidades associativas, partidos políticos e estatais) e pela própria comunidade (art. 37 da Lei 6.001/1973). (BASTOS, 2018, p. 39).

A legitimidade concorrente assegura aos possíveis autores de ação coletiva o mesmo direito de ajuizá-la; é disjuntiva pela prescindibilidade de litisconsórcio ativo (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 266), inexistindo

⁴ AgRg nos EmbExeMs 6864/DF, 3ª Seção. Relatora Ministra Helena Costa, j. 14.08.2014.

impeditivo legal se vier a ocorrer, mas não se exigindo nunca litisconsórcio necessário para os postulantes, o que certamente facilita a tutela dos direitos perquiridos.

A legitimidade concorrente ou também denominada de mista, aquela que envolve os cidadãos, entidades privadas (associações, sindicatos e outros) e entidades públicas, é a tendência a ser seguida nos diversos ordenamentos jurídicos de outros Estados por amplificar o acesso à justiça (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 234).

Todavia, não obstante o respeito devido a essa posição doutrinária, Luiz Fernando Bellinetti propõe que em todos os casos, inclusive nos interesses individuais homogêneos, trata-se de uma legitimidade autônoma, que não se confunde com a substituição processual (BELLINETTI, 2003, p. 158).

O autor fundamenta essa assertiva em uma questão prévia que diz respeito à concepção de relação jurídica, como já tratado neste trabalho. A relação jurídica, em uma concepção tradicional, enfoca o Direito como uma forma de proteger direitos subjetivos individuais. Porém, nas sociedades de massa, verifica-se a necessidade de uma perspectiva que fixe normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estabelecendo um dever jurídico de respeito a esses bens ou valores. Além disso, é necessário conferir a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres (BELLINETTI, 2003, p. 158).

Não se pode perder de vista, como já advertido, que nessa perspectiva de relação jurídica não se tem em vista os direitos subjetivos individuais, embora não os exclua, as duas perspectivas convivem, como dois mecanismos que se dedicam a um mesmo fim, porém com ferramentas e eficácia distintas.

Convém repisar que não se pode desprezar a concepção clássica de relação jurídica, que se mostra a mais adequada para explicar as relações atinentes a direitos individuais, mas que deve coexistir com esta concepção que melhor esclarece as relações jurídicas referentes aos direitos coletivos.

Ora, uma perspectiva tem o escopo de tutelar os direitos subjetivos, individualmente, enquanto a outra tem a finalidade de preservar interesses de uma coletividade por intermédio da imposição de um dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses. E, como preconizado por Hans Kelsen, as relações jurídicas ocorrem entre o ordenamento jurídico e o indivíduo cuja conduta as normas desse ordenamento regulam, de forma que a ideia de que a relação jurídica ocorre

entre pessoas (sujeito ativo – titular do direito, e sujeito passivo – titular do dever) perde sentido, o que ocorre é o ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social (BELLINETTI, 2003, p. 159-160).

A própria legislação que disciplina as ações coletivas demonstra uma preocupação do legislador com os interesses de grupos sociais e não de interesses individuais, estabelecendo a defesa global desses interesses. Tanto que se procurou dar independência às ações individuais em face das coletivas, estabelecendo mecanismos de cobrar o cumprimento de deveres jurídicos.

Com efeito, a legitimidade *ad causam* pode continuar a ser definida como a plausibilidade da afirmação de titularidade e legitimidade para agir feita na petição inicial, no entanto, titularidade e legitimidade devem ser entendidas conforme a nova noção de relação jurídica, isto é, titulares serão aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico, enquanto legitimados serão aqueles que possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou que estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva) (BELLINETTI, 2003, p. 162).

Verifica-se, portanto, que não há qualquer vinculação direta entre o legitimado ativo e passivo, nem qualquer referência à titularidade de direitos subjetivos. Em outras palavras, na esfera do direito material, os legitimados são aqueles vinculados às normas, o que permite explicar porque nas ações coletivas não há que se falar em legitimidade extraordinária ou substituição processual, que são termos relativos à concepção individualista da relação jurídica (BELLINETTI, 2003, p. 162).

E é importante advertir que não se pode confundir o interesse individual homogêneo (coletivamente considerando) com os interesses individuais das pessoas integrantes do grupo.

Na concepção adotada por Luiz Fernando Bellinetti, no âmbito dos interesses coletivos, a legitimidade será sempre ordinária, pois os legitimados são as pessoas indicadas pela norma, ou para o cumprimento do dever jurídico – em se tratando de legitimidade passiva "ad causam" – ou para participarem da aplicação ou criação da norma – no caso da legitimidade ativa "ad causam" (BELLINETTI, 2003, p. 162).

No interesse individual homogêneo, objetiva-se o cumprimento do dever jurídico de respeito aos interesses individuais de todos os prejudicados, resultando na

indivisibilidade considerada como interesse coletivo em sentido amplo. E é exatamente por esse motivo que não se considera que aquele que atua em juízo em defesa desses interesses age como substituto processual. Não se está defendendo direitos subjetivos individuais o que caracterizaria a substituição – mas sim exercendo o poder que o ordenamento jurídico lhe confere para exigir o cumprimento de um dever jurídico de respeito a interesses tratados coletivamente (BELLINETTI, 2003, p. 164).

Portanto, considerando uma perspectiva de relação jurídica que estabeleça um dever jurídico de respeito aos bens ou valores coletivos que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, verifica-se que a legitimidade daquele que atua em juízo defendendo os interesses desse grupo não se trata de substituição, mas de legitimidade autônoma conferida pelo ordenamento jurídico.

De outro lado, apesar desse modelo permitir maior acesso à defesa dos interesses coletivos e o fortalecimento institucional dos órgãos oficiais e privados, deve-se atentar para que não haja banalização dos mecanismos previstos para a tutela coletiva.

Dessa forma é que se apresenta como requisito para determinados mecanismos a denominada representatividade adequada. Em suma, não basta a instituição de uma legitimidade, capaz de, hipoteticamente, garantir a todos a possibilidade de fazer valer as pretensões da coletividade, se não houver capacidade técnica suficiente que assegure o desenvolvimento regular e satisfatório do respectivo processo judicial.

Flávia Hellmeister Clito Fornaciari conceituou 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*” (FORNACIARI, 2010. p. 50).

Nesse sentido, vale colacionar a lição:

A chamada “representatividade adequada” (*adequacy of representation*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito – que diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva – é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação a pessoa física e as associações e quando preveem a ação coletiva passiva (*defendant class action*). (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 235)

Decorrente desse excerto, os autores discorrem que tal requisito existe nos ordenamentos jurídicos de outros Estados, ora por exigência legal, ora por aferição do juiz da causa, advertido que quanto mais ampla for a legitimação, mais necessário se faz o requisito da representação adequada. Em particular, no Brasil reputa-se a existência das duas modalidades, como se verá a seguir (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 235-236).

Por essa exigência da representatividade adequada, a lei atinge, a um só tempo, três resultados: minimiza-se o risco de colusão; incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo; e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Em última análise, o escopo é assegurar que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diferente daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses (GIDI, 2007, p. 100).

Por exemplo, nos termos da LACP (art. 5º, V, alíneas a e b), para que a associação seja considerada legítima para propor ação civil pública deve ter cumprido os requisitos formais e o temporal, quais sejam, a constituição regular, pertinência temática e um ano de funcionamento, exigências de natureza legal.

De outro lado, é permitido que o juiz dispense o requisito temporal se houver manifesto interesse social, nos termos do art. 5º, §4º, da LACP, reforçando a ideia de um sistema misto aplicado no direito brasileiro.

A atuação do Ministério Público, como já se viu, não é uniforme em todas as espécies de tutelas coletivas, podendo ser tanto autor da ação (art. 5º, I, LACP; art. 17, LIA) quanto fiscal ou sucessor (LAP).

Digno de destaque que o *parquet* não tutela direito próprio, mas o da comunidade, agindo sob legitimidade extraordinária, devendo ser classificado como substituto processual e não como efetivo titular (ZAVASCKI, 2011, p. 138).

Importante mencionar, ainda, a divergência na doutrina sobre os direitos coletivos que estão sob manto da proteção pelo Ministério Público, militando uma parte no sentido de que a proteção é conferida, em regra, àqueles com sujeitos indefinidos e indivisíveis – interesses difusos e coletivos *stricto sensu* (ZAVASCKI, 2011, p. 127), e outra que advoga ser o Ministério Público parte legítima para defender

também os direitos individuais homogêneos, desde que presente a relevância social (PIZZOL, 2019, p. 236-237).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que há legitimidade do Ministério Público para tutelar os interesses individuais homogêneos, desde que esteja presente a relevância social, salientando que esta é uma forma de garantir até mesmo economia processual, pois evita a massificação de demandas. Nesses termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. EXAME DA OAB. CORREÇÃO DE PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACESSO À INFORMAÇÃO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. MASSIFICAÇÃO DO CONFLITO. PREVENÇÃO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público federal contra o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Fundação Getúlio Vargas, objetivando, em síntese, que seja determinada nova correção e divulgação dos espelhos de todas as provas prático-profissionais dos candidatos que optaram pela Subseção da OAB no Rio de Janeiro, reprovados no Exame da OAB 2010.2.

[...]

5. Para o Tribunal de origem, na demanda em questão o que se tem é interesse coletivo, sim, mas "de natureza divisível, de titularidade determinada, sendo certo que trata-se de direito individual homogêneo disponível" (fl. 1.290, e-STJ), o que inviabilizaria a legitimação para agir do Ministério Público.

[...]

7. A jurisprudência desta Corte vem sedimentando-se em favor da legitimidade do MP para promover Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando há relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado.

[...]

9. No presente caso, de acordo com a jurisprudência do STJ, é patente a legitimidade do Ministério Público Federal para propor Ação Civil Pública em defesa de direitos individuais disponíveis de candidatos específicos em exame da OAB, dado o relevante interesse social, na medida em que busca a proteção das garantias constitucionais da publicidade e acesso à informação (CF, art. 5º, XIV e XXXIII), da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), da isonomia (CF, art. 5º, caput) e do direito fundamental ao trabalho (CF, art. 6º).

10. Assim, atua o Ministério Público na defesa de típico direito individual homogêneo, por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, a qual se justifica para I) evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas, mas sobretudo para II) buscar a proteção do acesso à informação, interesse social relevante, cuja disciplina mereceu atenção inclusive em diplomas normativos próprios - Lei 12.527/2011 e Decreto 7.724/2012 (este, aliás, prevê a gratuidade para a busca e o fornecimento da informação no âmbito de todo o Poder Executivo Federal).

11. Nesse sentido, é patente a legitimidade do MPF, seja em razão da proteção contra eventual lesão ao interesse social relevante, seja para prevenir a massificação do conflito.

12. Agravo Interno não provido

(AglInt no REsp 1701853/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021). [grifo nosso].

Dada a importância institucional do órgão, bem como o seu maior protagonismo em tutelas coletivas do que nos ordenamentos jurídicos de outros países (PIZZOL, 2019, p. 235), há garantia das mais diversas tutelas – cognitiva, urgência e executiva (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2011, p. 300), no afã de que a função seja exercida da forma mais satisfatória possível.

Assim, reputa-se ser a ação coletiva, em comparação com a demanda individual, mais democrática do que os meios processuais de padronização de jurisprudência, por preconizar a solidariedade da tutela jurisdicional sem distinção, bem como pelas melhores condições da sociedade civil organizada e das instituições oficiais em fazer frente a um litigante igualmente bem capacitado (PIZZOL, 2019, p. 609-610), argumento que é exatamente o tema central deste trabalho.

A referida autora, ainda, complementa essa diferença:

Se compararmos, quanto a esse aspecto, a ação coletiva ao incidente de resolução de demandas repetitivas, vamos concluir que, enquanto o processo coletivo propicia um maior equilíbrio entre as partes (em razão da participação do legitimado), no caso do IRDR, fixada a tese jurídica, o indivíduo terá que enfrentar sozinho o litigante forte e preparado que figura no polo passivo das demandas de massa. (PIZZOL, 2019, p. 610).

Extraí-se que apesar da possibilidade da demanda individual, a ausência de capacidade técnica pode ser fator decisivo para o perecimento do direito do jurisdicionado, ao passo que a ação coletiva, dispendo de maior capacidade técnica e financeira do legitimado, pode propiciar maior chance de êxito e, ao fim, um resultado uniforme para os que foram lesados.

2.5 EFEITOS DA COISA JULGADA EM TÉCNICAS COLETIVAS DE TUTELAS DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A coisa julgada é um instituto que tem como objetivo estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro, de forma a zelar pela segurança

extrínseca das relações jurídicas. Complementa-se, de certa forma, ao instituto da preclusão, cuja função é assegurar uma segurança intrínseca do processo, prevenindo a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente; a segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material se traduz na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21 e 22).

O ponto decisivo da questão da coisa julgada diz respeito a saber a quem se estenderia o seu alcance, se apenas e tão somente às partes, ou se terceiros beneficiados ou prejudicados também poderiam ser por ela atingidos.

Luiz Fernando Bellinetti e Thiago Caversan Antunes advertem que, “*por conta das garantias constitucionais vigentes, e inclusive por conta da segurança jurídica, não se pode admitir que terceiros que sejam estranhos à lide restem prejudicados pela coisa julgada*” (2010, p. 7367).

E prosseguem os mesmos autores (2010, p. 7367-7368):

Isto não significa que terceiros nunca serão atingidos pela eficácia natural de uma sentença, conforme, aliás, já mencionado; mas sim que, quando tal eficácia lhes implicar em prejuízos juridicamente relevantes, será admitida a impugnação da decisão judicial, ainda que ela tenha transitado em julgado entre as partes propriamente ditas.

Como se sabe, na sentença prolatada nas ações individuais, a coisa julgada se estende tão somente às partes, restando ao terceiro juridicamente interessado e prejudicado a possibilidade de insurgência, pelas vias adequadas; enquanto, *a contrario sensu*, quando a eficácia natural de uma sentença beneficiar um terceiro, este, em geral, estará inviabilizado de discutir tal “benefício” junto ao Poder Judiciário por inexistência de interesse de agir e, portanto, por carência de ação (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7368).

Enquanto a demanda individual produz efeitos da coisa julgada, independente do resultado, apenas para as partes, no âmbito de proteção coletiva isso funciona de outra forma, pois é preciso haver adaptações para que ela seja efetivada e para que não haja dano à coletividade, adotando-se o brocardo *secundum eventum litis* (PIZZOL, 2019, p. 417).

Para Fabrício Bastos (2018, p. 376-377) uma distinção importante é que deve se aplicar o *secundum eventum litis* para os processos que envolvam interesses individuais homogêneos, de modo que a formação da coisa julgada depende do

próprio resultado da demanda, e o *secundum eventum probationis* para os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, formando-se coisa julgada em decorrência do resultado da prova.

Os artigos 18 da LAP e 16 da LACP, corroboram que a coisa julgada seja *secundum eventum probationis*, isto é, na hipótese de insuficiência probatória, não se forma a coisa julgada material, possibilitando a repositura da demanda.

No Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada nas ações coletivas é disciplinada pelos artigos 103 e 104. Em se tratando de interesse difuso, a coisa julgada terá efeito *erga omnes*, salvo se a improcedência se der por insuficiência probatória, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova. Se o interesse for coletivo, a coisa julgada formada será *ultra pars* para o grupo, categoria ou classe, excepcionando também a improcedência por insuficiência probatória, que terá a mesma possibilidade de nova propositura baseada em nova prova (PIZZOL, 2019, p. 415) (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7370).

O artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, disciplina a coisa julgada nas ações que cuidem de pretensões relativas a interesses individuais homogêneos, determinando a sua incidência *erga omnes* tão somente quando houver procedência do pedido, para beneficiar as vítimas (e seus sucessores, quando for o caso) (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7370).

No mesmo sentido, em se tratando de direito individual homogêneo, a coisa julgada será *erga omnes* no caso de procedência do pedido, possibilitando à vítima ou seu sucessor a liquidação e/ou execução fundada nesta sentença, sendo dispensável a propositura de ação individual condenatória. Caso o julgado seja improcedente, porém, o indivíduo poderá promover ação individual condenatória, desde que não tenha ingressado no processo coletivo (art. 103, §2º, CDC) (PIZZOL, 2019, p. 415).

Em ambas as hipóteses, os efeitos da coisa julgada não poderão prejudicar interesses individuais, conforme §1º do artigo 103 do CDC.

Em outras palavras, quando a coisa julgada depender da insuficiência probatória, há possibilidade de se discutir o mérito com base em prova nova; quando a coisa julgada independer do acervo probatório, a improcedência, mesmo que por insuficiência de provas, forma coisa julgada material.

Mesmo com a distinção apontada quanto à formação da coisa julgada, ressalte-se que Teori Zavascki não a cita em sua obra, ou seja, não diferencia a coisa julgada pelo tipo de direito (ou interesse) tutelado na lide, conforme citação abaixo:

Já em ações civis públicas a sentença só adquire a qualidade de imutável quando, além de não estar mais sujeita a recurso, for sentença de procedência ou quando a improcedência não tiver sido decorrente de insuficiência probatória. Não adquire imutabilidade, em outras palavras, a sentença que, ante a falta de prova dos fatos, julga improcedente o pedido de tutela do direito transindividual. (ZAVASCKI, 2011, p. 65)

Em outros termos, atendendo às garantias individuais, as ações individuais não serão prejudicadas em razão do insucesso da demanda coletiva, sem a anuência do indivíduo, ocorrendo a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva ao plano individual (VICENTINI; BALEOTTI, 2011).

Com efeito, a decisão proferida sob a forma coletiva se estende a todas as situações jurídicas individuais (interesses individuais homogêneos) que nela se enquadrem, de forma que os titulares de cada um dos direitos singulares ajuízam demandas para dirimir apenas as questões que lhe são particulares, fundamentando-se naquela decisão coletiva que lhe beneficia (RODRIGUES, 2016, p. 625).

Importante ainda diferenciar os efeitos da coisa julgada, se *erga omnes* ou *ultra partes*, tal como Patrícia Pizzol:

No que tange à utilização de expressões distintas para designar os efeitos da coisa julgada nas hipóteses de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* – *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente – ela pode ser justificada pela diferença existente entre direito difuso e direito coletivo (titularidade), ou seja, no fato de que a coisa julgada *ultra partes* atinge todos os integrantes de uma determinada categoria, classe ou grupo (os titulares do interesse coletivo tutelado são determináveis), enquanto que a coisa julgada *erga omnes* se produz com relação a toda coletividade (titulares indeterminados). (PIZZOL, 2019, p. 417)

Embora Tucci, ao tratar do artigo 103, do Código de Processo Civil, defende que “a expressão *ultra partes* é utilizada no citado dispositivo como sinônima de *erga omnes*” (2006, p. 316).

Em arremate, a lição de Fernanda Vicentini e Francisco Emílio Baleotti:

Quando se tratar de direito difuso, a extensão será *erga omnes* para atingir a massa indeterminada de sujeitos. Por sua vez, sendo o direito coletivo *stricto sensu*, a extensão será *ultra partes*, atingindo a todos os membros da categoria, classe ou grupo identificáveis em razão da relação jurídica-base

entre si ou com a contraparte anterior à lesão. Por fim, se tais direitos forem individuais homogêneos, a extensão será *erga omnes*, atingindo a todos aqueles que comprovarem a lesão do direito debatido em juízo. Ressalta-se mais uma vez que, os direitos difusos e coletivos discutidos na causa serão atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, mas as ações e direitos individuais dos substituídos não serão prejudicados. (VICENTINI; BALEOTTI, 2011)

Não obstante, na Ação Civil Pública e na Ação Popular a coisa julgada é dotada de efeito *erga omnes* em casos de julgamento de mérito, tanto na procedência quanto na improcedência (art. 11, LAP; art. 16, LACP); em sendo direitos coletivos, a coisa julgada terá eficácia ultra partes para os membros de determinado grupo (art. 103, II, CPC).

Patrícia Pizzol discorda de uma leitura fria do CDC e opina que a coisa julgada não se restringe aos associados ou aos necessitados em caso de interesses coletivos, mas a todo o que se enquadrar na situação descrita na sentença. (PIZZOL, 2019, p. 421).

Ademais, quanto ao mandado de segurança, mesmo se tratando de mecanismo de tutela coletiva, só faz coisa julgada aos substituídos processuais do impetrante (art. 22, LMS).

No entanto, tal dispositivo deve ser lido com ressalvas, haja vista que os substituídos do partido político não são os seus filiados, mas os cidadãos em geral, de modo que, nesse último caso, o julgamento de mérito, em qualquer de suas vertentes, seria também dotado de efeito *erga omnes*.

Enquanto o mandado de segurança é dotado de limitação da coisa julgada em relação aos seus sujeitos (limitação subjetiva), a ação civil pública era dotada de limitação territorial (art. 16, LACP), não se estendendo tal entrave à ação popular, por falta de previsão legal.

Entretanto, como já mencionado, a divergência sobre este ponto foi solucionada pela Suprema Corte quando do julgamento do RE nº 1.101.937 (Tema 1.075), declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, que modificou o art. 16 da LACP.

O CDC estabelece, ainda, exceção à regra da coisa julgada em relação aos interesses individuais homogêneos, pois, em se tratando de indenização por reparação de dano pessoal (art. 103, § 3º), é possível utilizar a sentença proferida em proteção ao interesse difuso para perquirir benefício individual, tal como se fosse uma sentença condenatória, denominando-se o instituto de transporte *in utilibus* (PIZZOL,

2019, p. 433), bastando que o individual liquide e execute a sentença (BASTOS, 2018, p. 177).

Teori Zavascki (2011, p. 67-68) defende que o instituto mencionado se configura como efeito secundário da sentença de ação coletiva, tornando certo o dever de indenizar as vítimas de danos pessoais e seus sucessores, não devendo ser restringido em litígios que versem sobre relação de consumo e sim estendido a todas as ações coletivas, o que se reputa adequado, tendo em vista a harmonia e necessidade de comunicação dos diplomas do microsistema de tutela coletiva.

Exemplificando, em lesão ao meio ambiente é possível o manejo de ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, mas se o efeito automático de reparar o dano for apenas da ACP, verifica-se manifesta incongruência do sistema jurídico e, também, deficiência na proteção ao bem jurídico tutelado.

De outro lado, convém destacar que a tese defendida por essa corrente doutrinária, ou seja, de que haveria uma efetiva diferença sistemática da aplicação dos limites subjetivos da coisa julgada, encontra amparo nos dispositivos legais mencionados, bem como na ideia de que a tutela de interesses coletivos *lato sensu* se daria pela via da legitimação extraordinária.

Porém, como já examinado no tópico anterior, não nos parece a forma mais adequada de tratar os limites subjetivos da coisa julgada, uma vez que a legitimação para tutela coletiva nos parece ser autonomamente determinada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a legitimidade decorre, no caso das ações coletivas, de uma determinação legal, e não de uma delegação dos sujeitos dos interesses jurídicos.

Isto porque, se considerarmos se tratar de uma legitimidade extraordinária por substituição, os titulares de interesses juridicamente relevantes poderiam, eventualmente, ter tolhidos os seus interesses, sem possibilidade de participação ativa na demanda, e sem terem manifestado sua vontade em relação à propositura de tal ação coletiva, seria necessário, portanto, para que estivessem respeitadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, a exigência de autorização dos titulares do interesse coletivo *lato sensu*, para a propositura da ação judicial, pelo ente legitimado (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7371).

Na prática, essa visão limitaria completamente a eficácia e a viabilidade das ações coletivas, pois seria necessária uma ação em litisconsórcio ativo multitudinário (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7371).

Com efeito, no que se refere aos limites subjetivos da coisa julgada, parecidos, salvo melhor juízo, desnecessária a formação de uma sistemática diversa para as demandas de natureza individual daquelas de natureza coletiva.

Isso porque, se o réu de uma ação coletiva, enquanto sujeito processual, fica sujeito à autoridade da coisa julgada, e se os interesses individuais homogêneos são invariavelmente “indivisíveis”, sob o aspecto objetivo, ficaria o réu da ação coletiva impedido de renovar a controvérsia a respeito do interesse sobre o qual já houve pronunciamento judicial transitado em julgado (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7372).

Ora, os titulares de interesses coletivos *lato sensu*, diante de tal quadro, terão o seu direito de ação, em geral – nesses casos de procedência do pedido na demanda de cunho coletivo –, prejudicado, porque inexistirá “interesse de agir” (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7372).

E isto ocorrerá, pois, em decorrência da indivisibilidade objetiva de todas as espécies de interesses coletivos *lato sensu*, e não de uma sistemática própria da coisa julgada nas ações coletivas, posicionamento com o qual concordamos, uma vez que também entendemos, como tratado no capítulo anterior, que todos os interesses transindividuais possuem a característica da indivisibilidade.

Em outras palavras, nos casos de procedência das ações coletivas, em geral, a pretensão de se estabelecer um regime de coisa julgada diverso daquele que é aplicado às demandas individuais, ao que parece, é não só sistematicamente inadequado, mas completamente desnecessário (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7372).

Vale dizer, para a sistemática processual civil, a coisa julgada, enquanto efeito da sentença, atinge tão somente aqueles que participaram de forma parcial da relação jurídica processual, de forma que terceiros não serão atingidos pelos próprios efeitos da sentença, em si, mas quer dizer que tão somente a qualidade de imutabilidade de tais efeitos não será oponível a eles. (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7372)

Na hipótese de julgamento de procedência do pedido inicial de uma demanda judicial que se pretende a tutela de interesse coletivo, resta prejudicada a propositura de nova ação porque inexistente interesse de agir, já que o manto de tal coisa julgada atinge o réu da demanda coletiva, inviabilizando a rediscussão de tal tema, dada a indivisibilidade dos interesses coletivos, em geral.

Na situação de julgamento de improcedência do pedido inicial, merece análise o julgamento de improcedência, nas demandas em que se pleiteia a tutela de interesses individuais homogêneos. Nesta hipótese, isto é, no julgamento de improcedência da demanda que se pretende a tutela de interesses individuais homogêneos; não há nada de diferente da sistemática das demandas individuais quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, uma vez que, segundo o artigo 103, III e § 2º, o julgamento de improcedência desta demanda sujeitará, apenas e tão somente, aqueles titulares que tiverem intervindo na relação jurídica processual na qualidade de litisconsortes. (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7373)

O mesmo se diga que, na hipótese do julgamento de improcedência das demandas que tutelam outros interesses coletivos *lato sensu*, por insuficiência de provas, também não há distinção digna de nota, uma vez que o artigo 103, I e II, ressalva que não haveria autoridade da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra pars*, respectivamente, quando o julgamento de improcedência de demandas judiciais nas quais se pleiteia a tutela de interesses difusos ou coletivos *lato sensu* for motivado pela insuficiência de provas, verificada em cada caso concreto. (BELLINETTI; ANTUNES, 2010, p. 7373)

Aliás, repita-se que o próprio artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, já estabelece que o julgamento de improcedência de uma pretensão relativa a interesses coletivos em ação coletiva, não prejudicará os direitos subjetivos individuais – ou os interesses individuais.

De qualquer modo, infere-se que a tutela coletiva por instrumentos tipicamente coletivos é mais democrática do que a feita por instrumentos individuais, como se verá adiante; de primeiro, porque a sentença coletiva de procedência pode ser executada desde já; de segundo, porque os mecanismos de controle abstrato (a exemplo dos recursos repetitivos e IRDR) impõem a suspensão das ações individuais, ao passo que os mecanismos tipicamente coletivos respeitam o trâmite conjunto de ações individuais e coletivas.

3 MECANISMOS DE TUTELA COLETIVA DE LITÍGIOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM AÇÕES INDIVIDUAIS

É importante repisarmos que os interesses individuais homogêneos, que é o interesse coletivo de importância para esse trabalho, podem ser tutelados tanto por *técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC)*, que partem de um processo individual com reflexos coletivos, como pelas *técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI)*, propostas por um ente idôneo capaz de representar os indivíduos que tiveram seu direito violado.

Embora o Código de Processo Civil de 2015, assim como o de 1973 (revogado), tenha um caráter eminentemente individualista, isto é, voltado às soluções das demandas individuais, verifica-se um grande avanço na tutela coletiva pelo CPC/15.

Como já mencionado no decorrer deste trabalho, a globalização exigiu dos legisladores mundo afora a atualização de seus ordenamentos jurídicos com vistas a melhor tutelar os interesses coletivos, e assegurar um acesso à justiça mais efetivo.

Com isso, surgiram institutos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), a repercussão geral, e os Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (REER), dispostos nos artigos 972 a 987 e 1.029 a 1.041, todos do Código de Processo Civil.

Contudo, é importante salientar que os respectivos institutos não podem ser confundidos com as demandas coletivas, pois, aqui, o que se tem é uma coletivização das demandas individuais, em que se busca uma decisão unificada para demandas individuais repetitivas (teses), de forma a conferir integridade e coerência ao sistema jurídico.

Nesse sentido, segundo Debra Basset (2006, p. 1.440), as demandas coletivas gozam de representatividade, pois o direito material posto em discussão no processo judicial coletivo não é titularizado por um indivíduo (tampouco pela somatória de indivíduos), mas sim por uma coletividade.

Por outro lado, é importante mencionar que, nas demandas individuais, o objeto de discussão é de cunho individual, mas que, por sua natureza repetitiva (semelhantes), a solução para esses casos é feita por meio da escolha de uma ou mais demandas que representem a controvérsia, transferindo tal decisão para as demais demandas individuais que estiverem tratando do mesmo tema.

Veja-se que o julgamento das questões repetitivas, seja pela sistemática dos recursos repetitivos, seja pela sistemática do IRDR, origina-se em ações individuais (representativas da controvérsia) e acabam servindo de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da mesma temática, sejam processos individuais ou coletivos.

Com isso, o modelo de julgamento das questões repetitivas pretende a fixação de uma tese jurídica com o escopo de uniformizar a aplicação de uma questão de direito, gerando eficácia vinculante (BASTOS, 2018, p. 31). E, segundo Fabrício Bastos, fazem parte desse microssistema o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, e os recursos excepcionais repetitivos. (BASTOS, 2018, p. 32)

O próprio Código de Processo Civil em seu artigo 928 preceitua o microssistema de causas repetitivas formadas pela decisão proferida em IRDR e em Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (REER).

Portanto, é de se reconhecer que o CPC/15 previu o julgamento de casos repetitivos com gênero, do qual são espécies os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivo (REER) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), de forma que essas duas espécies de julgamento possuem normas próprias, mas que se complementam formando um microssistema. Do ponto de vista prático, é importante saber que se trata de um microssistema, pois as lacunas encontradas no regramento do IRDR ou dos REER, podem ser solucionados na normativa prevista para o outro. (TAVARES, 2020, p. 102)

Não se ignora a existência de outros precedentes vinculantes no CPC/15, a exemplo das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e súmulas dos Tribunais Superiores, e as decisões nos incidentes de Assunção de Competência, porém, como dito, este trabalho se limitará à análise do microssistema das causas repetitivas.

Portanto, tratar-se-á neste capítulo, primeiro acerca dos motivos que ensejaram a criação do sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015, e, posteriormente, sobre os institutos dos Recursos Repetitivos (Recurso Extraordinário e Especial Repetitivos), e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

3.1 SISTEMA DE PRECEDENTES COMO FERRAMENTA PARA INTEGRIDADE E COERÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como já mencionado, um dos grandes problemas apontados pela doutrina brasileira acerca das decisões emanadas do Poder Judiciário é que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida, e essa dificuldade se deve ao fato de os juízes e tribunais não seguirem padrões mínimos de racionalidade ao decidirem. (MARINONI, 2018, p. 69).

Luiz Guilherme Marinoni ainda aponta que o desrespeito aos precedentes das Cortes Superiores é porta aberta para desigual e aleatória distribuição da “justiça”, com perversas consequências. (MARINONI, 2018, p. 70-71).

Outro ponto de crítica ao Judiciário brasileiro é a morosidade em se alcançar uma decisão definitiva às demandas que lhe são postas à apreciação.

Importante mencionar que, segundo Ronald Dworkin, “*o governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância*”. (DWORKIN, 2014, p. 356).

O mesmo autor continua:

O direito serve melhor sua comunidade quando é tão preciso e estável quanto possível, e isso se aplica particularmente ao direito fundamental, constitucional. Isso oferece uma razão geral para ligar a interpretação das leis e de uma constituição a algum fato histórico que seja, pelo menos em princípio, identificável e imune a convicções e alianças efêmeras. (DWORKIN, 2014, p. 438).

Diante deste cenário, constata-se uma agenda criteriosa de reformas legislativas com a tentativa de sanar esses problemas, conforme já visto no primeiro capítulo deste trabalho. Dentre essas alterações legislativas, ganha relevância o sistema de precedentes vinculantes estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015.

É importante mencionar que estas mudanças realizadas no sistema jurídico brasileiro podem até parecer uma aproximação da família *common law* (PORTELA, 2018, p. 51), contudo, não quer dizer que o Brasil tenha abandonado sua tradição de *civil law* para integrar-se ao *common law*. (CÂMARA, 2018, p. 56).

Para corroborar esse pensamento, Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 58) esclarece:

Significativo da ideia, aqui sustentada, de que a adoção dos precedentes como instituidores de padrões decisórios no Direito brasileiro não provoca uma saída do *civil law* para ingressar-se no *common law* está no fato de que, diferentemente do que se dá nos países de tradição anglo-saxônica, o precedente brasileiro precisou, para passar a ter eficácia vinculante, de disposição legal expressa neste sentido. No *common law* não costuma existir lei a afirmar a eficácia vinculante dos precedentes.

Ronald Dworkin já reconhecia a importância da estabilidade da interpretação das normas, arrazoando que uma comunidade política seria, a longo prazo, mais bem-sucedida, se assegurar a estabilidade da correta interpretação e não a decisões interpretativas. (DWORKIN, 2014, p. 439).

Justamente nesse aspecto que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma estruturação ao sistema de precedentes, com vistas a aumentar a almejada segurança jurídica, prevendo meios para alcançar a uniformização e estabilização da jurisprudência.

E, pensando num modelo colaborativo de processo, é evidente que incumbe ao advogado indicar os riscos da propositura da demanda ao seu cliente, mas, não só isso, é necessário também que o operador do direito tenha consciência do papel de auxiliar no aperfeiçoamento do precedente, tanto quanto às técnicas de formação quanto à aplicação do precedente.

Assim, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Contudo, num sistema de precedentes, a orientação jurídica se torna efetivamente factível. Os advogados tem como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar – ainda que com custosa e convincente argumentação – a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos, o Judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis. (MARINONI, 2011, p. 178).

Com efeito, o sistema jurídico deve ser visto com integridade e coerência:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do

possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2014, p. 264).

Para validar a visão do direito como integridade, exige-se que os julgadores reconheçam o direito como instituto estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, equidade e devido processo legal, aplicando-os nos novos casos que lhes são apresentados. (DWORKIN, 2014, p. 291)

Então, o dever jurídico de seguir posicionamentos pretéritos decorre justamente da estabilidade, coerência e integridade do sistema jurídico que deve permear as decisões emanadas do Poder Judiciário (MONTANS DE SÁ, 2016, p. 973), de forma que o sistema de precedentes visa, justamente, privilegiar o direito como integridade e como um sistema coerente e estável.

Ronaldo Cramer elenca, pelo menos, seis funções do precedente em nosso sistema processual:

(a) ser modalidade de argumentação jurídica; (b) uniformizar a compressão da norma jurídica; (c) uniformizar a jurisprudência; (d) gerar previsibilidade da resposta judicial; (e) criar agenda; e (f) colaborar para a formação da identidade nacional. (CRAMER, 2016, p. 98-99)

Nesse aspecto, é importante advertir que o precedente judicial não tem o objetivo de dar imutabilidade ao direito, ao contrário, seu objetivo é justamente assegurar estabilidade e coesão das decisões judiciais, garantindo um tratamento isonômico entre todos aqueles que se encontrarem em situações jurídicas idênticas.

Veja-se que a decisão judicial, qualificada como precedente vinculante, é capaz de criar duas normas jurídicas: uma de caráter geral e outra individual.

Renato Montans de Sá conceitua que:

Toda decisão judicial é composta de dois importantes elementos: as circunstâncias de fato (que estão sendo analisada *in concreto*) e a tese jurídica (que constitui a incidência do direito sobre os fatos apreciados). No tocante à tese jurídica, é necessário extrair dela o núcleo essencial que servirá de precedente. A esse núcleo os ingleses chama de *ratio decidendi* (razão de decidir) e os americanos no *holding*. (MONTANS DE SÁ, 2016, p. 929)

A norma de caráter geral é fruto da interpretação e compreensão dos fatos envolvidos na causa, bem como da subsunção ao direito positivo. Por outro lado, a

norma de caráter individual, é exatamente a decisão para aquela situação específica. (DIDIER JÚNIOR; et. al., 2016, p. 442).

Assim, o legislador foi bastante preciso ao descrever o objetivo da criação do sistema de precedentes, ao estabelecer no artigo 926 do Código de Processo Civil que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, determinando que os tribunais editem enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, atendo-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

E no artigo seguinte (art. 927), o Diploma Processual preceitua que os juízes e tribunais devem observar: I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II) os enunciados de súmula vinculante; III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Neste tema, é necessário fazer algumas distinções entre institutos semelhantes.

Não pode ser confundido precedente com o termo jurisprudência, cuja diferenciação é essencialmente quantitativa, enquanto precedente se refere a uma decisão relativa a um caso particular, jurisprudência faz referência a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, sendo que ainda pode ser adjetivada como jurisprudência dominante ou minoritária (PEIXOTO, 2019, p. 160).

Também não se pode confundir precedente com súmula, pois esta é apenas uma tentativa de enunciação da *ratio decidendi* de um determinado entendimento do tribunal, de forma a facilitar a identificação da jurisprudência dominante daquele órgão jurisdicional. (PEIXOTO, 2019, p. 161)

Uma última distinção é com o termo ementa, que é apenas o resumo de uma decisão específica. Substituir o precedente pela ementa empobrece o caso concreto e pode não exprimir a *ratio decidendi* daquele julgamento, não tendo aptidão de gerar a eficácia típica dos precedentes. (PEIXOTO, 2019, p. 164)

Verifica-se, ainda, que a legislação processual civil instituiu, dentre os precedentes vinculantes, um *modelo de julgamento de casos repetitivos*, formados pelos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (REER) e pelo Incidente de

Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cujo propósito é justamente a gestão e processamento de demandas repetitivas de forma que a resolução delas seja coordenada e uniforme. (ALVES, 2018, p. 38-39)

Ambas as técnicas de julgamento de casos repetitivos, que serão adiante melhor examinadas, buscam a fixação de uma tese jurídica que será aplicada em vários casos pendentes que tratam da mesma questão.

3.1.1 *Ratio Decidendi e Obiter Dictum*

A doutrina denomina a norma de caráter geral como *ratio decidendi*, que se trata dos fundamentos determinantes da decisão, e é exatamente essa parte da decisão (razões de decidir) que será de observação obrigatória (natureza vinculante) para futuras decisões, ou seja, a norma de caráter geral.

Também conhecida como “*holding*” (mais utilizada nos direito norte-americano), a *ratio decidendi* (termo mais utilizado no direito inglês) tem uma certa dificuldade para sua identificação no julgado, porque, embora haja a construção de um enunciado ou de uma ementa, muitas vezes os tribunais, em razão de longos debates, não conseguem sintetizar as razões determinantes (PORTELA, 2018, p. 67). Essa identificação da *ratio decidendi* acaba ficando a cargo do intérprete.

Tamanha a importância da correta identificação da *ratio decidendi*, que não é possível a utilização do precedente sem que se extraia de sua fundamentação a norma de caráter geral que fundamentou aquela decisão, de forma que não há que se falar em precedentes quando ausente a *ratio decidendi*. (TAVARES, 2019, p. 32-33).

Destaca-se, ainda, que a norma do precedente transcende ao caso do qual foi extraída, uma vez que é moldada e esclarecida em casos posteriores, que melhor delimitam a abrangência e seu conseqüente por intermédio de distinções, enquanto a fundamentação do precedente continua íntegra. (MACÊDO, 2019, p. 249).

Nesse mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 123) esclarece:

[...] a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘a norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

Embora haja um consenso doutrinário de que a *ratio decidendi* é o elemento vinculante da decisão, não há consenso sobre o que constitui a própria *ratio decidendi*.

Nessa toada, a *ratio decidendi* poderá ser constituída pelas razões *necessárias* para se chegar àquela decisão, como pelas razões *suficientes* para a conclusão.

MARINONI (2011, p. 293) ainda acrescenta uma importante observação:

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*.

Não resta dúvida, portanto, que a *ratio decidendi* se trata do fundamento essencial do precedente, porém, de outro lado, também integra o precedente judicial o *obiter dictum*, ou simplesmente *dictum*, que se trata de qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que seja irrelevante ou prescindível para a conclusão, ou seja, será *dictum* qualquer motivação de caráter secundário, que não influencie no julgamento. (DIDIER JUNIOR; et. al., 2016, p. 458).

Pode-se afirmar que o *obiter dictum* é a parte do precedente obrigatório que não é tomado por base para a construção de sua norma geral. Por exclusão, *dictum* é tudo aquilo que não se configura como *ratio decidendi*. (MACÊDO, 2019, p. 274).

Por conseguinte, a principal ideia é que a *ratio decidendi* é obtida a partir da identificação dos fundamentos de relevância que levaram à conclusão, desprezando-se, para esse efeito, o *obiter dictum*, que são argumentos incidentais, não tendo relevância para a decisão de caráter geral.

3.1.2 Distinguishing e Overruling

É importante apontar que a utilização dos precedentes possui uma dinâmica cuja aplicação se fundamenta em um apurado estudo do comportamento do magistrado (ou do tribunal) e das partes envolvidas a respeito do referido precedente.

Com efeito, no tocante ao comportamento do magistrado, verifica-se a utilização de duas importantes e indispensáveis técnicas para correta aplicação do precedente: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*) dos precedentes.

Uma vez que se cogita a utilização de um precedente, é necessário que o órgão julgador verifique a possibilidade de seu encaixe ao caso concreto (*instant case*), se realmente existe similitude com o caso (*leading case*) que originou a construção do precedente e levou à *ratio decidendi* extraída.

Desse modo, havendo distinção entre o *leading case* e o *instant case*, haverá a aplicação do *distinguishing* (ou *distinguish*), que se fundamenta na falta de correlação entre os fatos discutidos e aos que se prestaram à formação da *ratio decidendi* do precedente. (SOUZA, 2007, p. 142).

É exatamente esse o conceito apresentado por Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 174), quando aponta que “o *distinguishing* é um método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Em outras palavras, só poderá haver a aplicação do precedente se o caso guardar identificação com o caso em julgamento, pois, caso contrário, haverá a distinção (*distinguishing*) pela falta de identificação. (CRAMER, 2016, p. 141).

Todavia, em que pese a possibilidade de existência de distinção, essa não pode ser expandida por qualquer mera dessemelhança, haja vista a necessidade de uma distinção material, ou seja, a necessária apresentação de uma justificativa plausível para que o precedente não seja adotado.

Em última análise, cabe muito bem as palavras de Joseph Raz (1979, p. 186): “*distinguir, no entanto, é uma forma muito restrita de fazer leis*”.⁵

Desse modo, é importante compreender que o fato de aplicar ou não o precedente ao *instant case*, demandará necessário ônus argumentativo sobre o julgador para apresentar de maneira precisa o porquê de sua decisão, como se verá no próximo capítulo.

⁵ No original: “*Such a difference must exist for every court has the power to distinguish while only some have a power to overrule. Unless distinguishing differs from the general power to modify rules and to make new ones (as in overruling or in deciding unregulated disputes) my interpretation of distinguishing means, given the general power to distinguish, that precedents are never binding for the courts are always free to change them. Distinguishing, however, is a very restricted form of law-making*”. (tradução e grifo nossos)

Inclusive, é nesse sentido que o artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil preceitua que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”, e no inciso VI do mesmo dispositivo: “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de **distinção** no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*” (grifos nossos)

Com efeito, é imprescindível que a aplicação do precedente judicial seja devidamente fundamentada e amoldada ao caso sob julgamento, e que seja ainda mais bem fundamentada a decisão que distinguir o precedente invocado das nuances fáticas do caso em análise.

É importante advertir, no entanto, que a não aplicação do precedente ao caso concreto não representa que seja uma norma ruim (*bad law*), mas apenas que seja uma norma inaplicável àquele caso concreto (*inapplicable law*). (DUXBURY, 2008, p. 113-115).

Em outras palavras, a aplicação do *distinguishing* não pressupõe desrespeito ao precedente, ou que o precedente esteja equivocado, superado, ou que deva ser revogado, mas importa na reafirmação de sua autoridade, pois o órgão julgador levou em consideração a falta de semelhança entre os casos em comparação e, por essa razão, entendeu por sua não aplicação.

Ainda sobre a utilização do *distinguishing*, essa verificação pode ser feita de uma maneira restrita (*restrictive distinguishing*), em que os casos são parecidos, porém, a esfera de aplicação do precedente é diminuída, impedindo a aplicação do precedente ao *instant case*, ou ampliada (*ampliative distinguishing*), de modo que, nesse caso, há a ampliação do campo de aplicação do precedente, o que também impede que este seja aplicado. (MARQUES, 2015).

Para melhor elucidar, seguem exemplos de julgados em que foram utilizados o *distinguishing* ampliativo e restritivo:

Em *Anns v. Merton London Borough* [1978], a *House of Lords* estabeleceu a responsabilidade do município pelos danos decorrentes de negligência na fiscalização de obras. Mas em 1984, ao julgar *Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.* [1983], a *House of Lords* interpretou restritivamente o caso *Anns*, para aplicá-lo somente nas hipóteses em que a negligência da fiscalização municipal pudesse gerar possibilidade de dano à saúde ou à

segurança, não o aplicando ao caso *Peabody Donation Fund*, que se tratava de danos materiais. Nesta hipótese, houve a realização do *restrictive distinguishing*, i. e., a *House of Lords* restringiu o âmbito de aplicação do precedente, realizando a diferenciação entre os casos.

Em *Barwick v. The English Stock Bank* [1886], um cliente de instituição financeira pede indenização pelo fato de ter sido induzido pelo funcionário do banco a aceitar uma garantia sem valor de terceira pessoa que lhe está tomando um empréstimo. A *House of Lords* reconheceu a responsabilidade da instituição financeira pelo prejuízo causado ao cliente. Posteriormente, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [1912], discutiu-se se o precedente firmado em *Barwick* deveria ser aplicado apenas na hipótese original, em que o funcionário da instituição financeira não se beneficiou da fraude, mas apenas a instituição foi beneficiada, ou se se deveria aplicar o precedente também nas hipóteses em que o beneficiário da fraude é o funcionário da instituição financeira, não tendo o banco sido beneficiado. Entendeu a *House of Lords* que a instituição financeira é obrigada a indenizar o cliente ainda que o único beneficiário seja o funcionário que cometeu a fraude. Neste caso, foi realizada uma *ampliative distinguishing*: o precedente firmado em *Barwick v. The English Stock Bank*, referente a uma hipótese em que a instituição financeira era beneficiária da fraude e foi, portanto, condenada a indenizar os prejuízos sofridos por seu cliente, foi aplicado em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, hipótese em que a instituição financeira não foi beneficiada pela fraude, mas apenas seu funcionário. Houve uma ampliação no âmbito de aplicação do precedente. (MARQUES, 2015, p. 48-79).

Assim, mostra-se que a técnica do *distinguishing* é imprescindível para o sistema de precedentes judiciais como técnica capaz de garantir a igualdade e liberdade decisória, sobretudo, apontando uma melhor adequação do precedente à realidade social.

De outro lado, em que pese a existência da técnica do *distinguishing*, percebeu-se que não era possível eternizar os precedentes, diante da dinâmica da mudança dos contextos sociais, que exige novas regulações jurídicas para encarar, adequadamente, as novas problemáticas que se apresentam.

E, como já visto, o escopo central do sistema de precedentes vinculantes não é de dar imutabilidade ao direito, mas de assegurar estabilidade e coesão das decisões judiciais, garantindo um tratamento isonômico entre todos aqueles que se encontrarem em situações jurídicas idênticas.

Desta forma, devido à dinâmica das relações sociais, surge a necessidade de rever os precedentes, superando-os com objetivo de evolui-los, se for o caso. Nesse contexto que a técnica do *overruling* (superação do precedente) se mostra essencial para manter o dinamismo na aplicação dos precedentes.

Trata-se da utilização do *overruling*, que tem a função de fazer com que o precedente perca sua força vinculante, no qual ele é substituído (*overruled*) por outro,

e isso não significa em enfraquecimento do *stare decisis*, outrossim, estrutura sua promoção como evolução do direito. (PEIXOTO, 2019, p. 210).

A superação do precedente (*overruling*) pode ocorrer de maneira expressa, pela indicação do órgão julgador de uma nova orientação decisória (*express overruling*); ou pode acontecer de maneira tácita, quando há a adoção de novo entendimento que confronta o anterior sem a indicação expressa de haver superação do entendimento (*implied overruling*). Porém, esse último caso não é admitido no processo civil brasileiro, dada a exigência legal de haver fundamentação adequada e específica sobre a modificação do entendimento, conforme artigo 927, §4º do CPC. (PEIXOTO, 2019, p. 228).

Valendo repisar que o artigo 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil preceitua que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.***” (grifos nossos)

Há de se destacar que o fato de os órgãos decisórios terem o poder de revogação de seus próprios precedentes, não significa que poderão fazê-los à distância de contextos e conjunturas decisórias especiais, devendo respeitar premissas argumentativas. É o que diz Luiz Guilherme Marinoni que “*não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter dever de respeitá-lo*”. (2019, p. 248).

A conclusão da superação de um precedente é a clara expressão da inequívoca capacidade de adequação e dinamicidade do Direito, uma verdadeira manifestação do acompanhamento da segurança jurídica dos precedentes aos momentos e contextos de mudança, preenchendo lacunas interpretativas de decisão tanto quanto for possível.

Nessa esteira, Fredie Didier Jr. (DIDIER JR. *et al.*, 2016, p. 509) destaca ser inerente ao próprio sistema de precedentes a possibilidade de sua superação, sustentando que não existe qualquer correlação impeditiva entre o dever de estabilidade da jurisprudência com a possibilidade e alteração de entendimentos, uma vez que, para ele, a ocorrência de modificação do entendimento revela a peculiaridade imperativa da promoção de justiça.

É exatamente nesse sentido a reflexão do jurista alemão Robert Alexy (2005, p. 265) quando argumenta que excluir qualquer possibilidade de mudança dos

precedentes destoaria de seu próprio escopo natural, cuja sistemática propõe que “*toda decisão formula uma pretensão de correção*”.

Essa correção, no pensamento de Melvin Eisenberg (1998, p. 104-105), tem por objetivo reestruturar a falta de correspondência do precedente com os padrões de congruência social ou inexistência e/ou incapacidade de o precedente sustentar estavelmente a isonomia e a segurança jurídica.

3.2 RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO REPETITIVOS (REER)

Dentro do microcosmos da tutela coletiva, há de se ressaltar o regime de julgamentos repetitivos, que, apesar de seu regramento próprio, utilizado em uma ação individual, intenta proteger toda a coletividade, notadamente quanto a interesses individuais homogêneos, pois os efeitos do julgamento da tese se espalham a todos os jurisdicionados.

E foi justamente a preocupação com a litigiosidade de massa que inspirou a concepção de instrumentos processuais para enfrentar a multiplicidade de demandas, a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – e a nova sistemática dos recursos repetitivos. (NUNES, 2018, p. 92).

Os Recursos Especial e Extraordinário são recursos excepcionais, cujo objetivo principal é a tutela do ordenamento jurídico. São considerados de direito estrito, pois buscam preservar a integridade e adequação do ordenamento, sobretudo pela uniformização da jurisprudência. (MACÊDO, 2019, p. 436)

Embora o Recurso Extraordinário e o Especial tenham suas especificidades, para esse trabalho, importa-nos o regime comum existente entre eles.

Vale mencionar que esses recursos excepcionais não analisam fatos, mas são voltados à tutela do direito objetivo. (MACÊDO, 2019, p. 436-437)

O procedimento para julgamentos dos REER tem sua gênese no tribunal *a quo*, em que, ao perceber a multiplicidade de recursos semelhantes, seleciona-se dois ou mais recursos que sejam afetados ao julgamento de recursos repetitivos, devendo ser encaminhado ao STJ (Recursos Especiais) ou ao STF (Recursos Extraordinários), enquanto os demais processos que tratem da mesma questão serão suspensos (art. 1.036, §1º, CPC) (MACÊDO, 2019, p. 473). Essa escolha, porém, não vincula o relator

no tribunal superior, pois este poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia para fins de afetação (art. 1.036, §4º, CPC) (TAVARES, 2020, p 91).

A título de exemplo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar os Recursos Especiais 1.896.526 e 1.895.486 – ambos de relatoria da ministra Regina Helena Costa – para julgamento sob o rito dos repetitivos. A questão submetida a julgamento, que está cadastrada como Tema 1.074, discute a "*necessidade de se comprovar, no arrolamento sumário, o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) como condição para a homologação da partilha ou expedição da carta de adjudicação, à luz dos artigos 192 do CTN e 659, parágrafo 2º, do CPC/2015*".

Com isso, até o julgamento dos recursos e a definição da tese, o colegiado determinou a suspensão, em todo o território nacional, dos processos individuais ou coletivos que versem sobre essa questão.

É importante realçar que os recursos selecionados como representativos da controvérsia devem conter argumentação abrangente e que seja apta a representar de forma adequada os vários argumentos existentes sobre a questão em debate. Exige-se, pois, a *representatividade argumentativa*. (MACÊDO, 2019, p. 473)

Destaque-se, ainda, a importância da seleção desses recursos representativos da controvérsia para a efetividade do julgamento, pois, a escolha de processos inadequados pode ensejar uma decisão que pode não vir a ser a melhor solução do litígio de massa, com um impacto deletério decorrente da multiplicação dessa decisão para todos os outros processos, o que gerará um questionamento acerca da eficácia da decisão em razão do déficit de contraditório. (TAVARES, 2020, p. 208).

Nesse sentido, sobre a necessidade da correta escolha do recurso representativo da controvérsia, importante a decisão proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.731.687/RS⁶: "*entendo que este processo não se mostra apto para tramitar na condição de representativo da controvérsia, a despeito da possível multiplicidade e da relevância da matéria de direito nele veiculada*".

⁶ Ver despacho proferido em 15.06.2018, pelo Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800688435&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> , acesso em 12.06.2021.

Com efeito, é imprescindível para a legitimidade da decisão proferida em Recurso Repetitivo que os recursos selecionados possuam ampla argumentação (*representatividade argumentativa*), de forma a poder representar adequadamente todos os recursos que tratam da mesma questão.

Após essa seleção, tem-se a fase de afetação, prevista no artigo 1.037 do CPC, em que o relator, no tribunal superior, profere decisão de afetação, na qual deverá identificar, com precisão, a questão a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

De outro lado, o relator do recurso repetitivo poderá, conforme dispõe o artigo 1.038 do Código de Processo Civil, solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria (inciso I), fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (inciso II), e requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia (inciso III). Em todo caso o Ministério Público se manifestará.

Após o julgamento dos recursos afetados ao regime dos repetitivos, os demais recursos semelhantes serão declarados prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou serão decididos aplicando a tese firmada (art. 1.039, CPC).

Porém é importante ressaltar duas advertências sobre a inadequação do texto do referido artigo 1.039: a) as partes têm direito de se manifestar quanto ao resultado procedimento de formação do precedente; b) os recursos não devem ser julgados *prejudicados*, uma vez que não se trata de questão prejudicial, mas da solução de mérito da questão principal, ou seja, quando a tese formada é contrária ao recurso, este deve ser julgamento *improcedente*. (MACÊDO, 2019, p. 476)

Sobre o julgamento em rito de repetitivos, Fabrício Bastos esclarece que “o *microssistema das questões repetitivas é um dos modelos de tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico, mas não gera coisa julgada material, tão somente tese jurídica com eficácia vinculante (arts. 927, III, 985 e 1040 do CPC)*”. (BASTOS, 2018, p. 28).

“*Vale dizer: As razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e, nessa linha, devem irradiar seus efeitos para todas as questões idênticas ou semelhantes.*” (MARIONI, MITIDIERO, 2021, p. 259).

Ao contrário dos mecanismos próprios e mais usuais de tutela coletiva tratados no capítulo anterior, o instituto em comento não faz com que a coisa julgada irradie seus efeitos para que o indivíduo liquide e execute a decisão, mas cria uma tese jurídica com efeito *erga omnes* sobre o assunto do processo, possibilitando ao jurisdicionado perquirir a tutela pela via que entender pertinente.

Infere-se, ainda, como já mencionado, que a tutela coletiva por instrumentos tipicamente coletivos nos parece ser mais democrática do que a feita pelo sistema de precedentes vinculantes, pois, no sistema de precedentes, extrai-se uma demanda individual (*leading case*) que será julgada, e cuja decisão servirá de parâmetro para todos os outros processos com tese semelhante. Nesse sentido, a ausência de capacidade técnica do autor do *leading case* para tutelar interesses coletivos pode ser fator decisivo para o perecimento do direito do jurisdicionado (e de toda uma coletividade), ao passo que a ação coletiva, dispondo de maior capacidade técnica e financeira do legitimado, pode propiciar maior chance de êxito e, ao fim, um resultado uniforme para os que foram lesados.

3.3 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Ainda no ambiente da tutela coletiva, há de se ressaltar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que, apesar de seu regramento próprio, também é utilizado ações individuais (representativa da controversa) e visa pacificar a resposta estatal e proteger toda a coletividade, pois os efeitos do julgamento da tese se espalham a todos os jurisdicionados.

Em situações de existência de “*repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*”, haverá a possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), conforme artigo 976 do CPC.

O grande e principal objetivo do IRDR é fixar entendimento jurídico sobre os casos em discussão, de modo que a tese jurídica definida possa ser aplicável a todos os casos. Em outras palavras, destina-se a formar uma única tese jurídica como solução para inúmeros litígios de massa, envolvendo a mesma questão de direito. (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Alúcio Goncalves de Castro Mendes e Sofia Temer preceituam:

[...] os três pilares fundamentais do incidente são: o princípio constitucional da isonomia, que exige o tratamento uniforme dos litígios isomórficos; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável. (MENDES, TEMER, 2016, p. 1273).

Convém trazer à baila o Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que dispõe:

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Ao contrário do que diz o nome do próprio instituto, há o entendimento de que o IRDR busca a solução de *questões repetitivas* e não necessariamente de *demandas repetitivas* (TEMER, 2018, p. 60).

As *questões repetitivas* são aqui compreendidas de forma ampla como pontos convertidos constantes em processos judiciais, mesmo que estes não guardem vinculação direta com pontos de fato e de direito ligados ao julgamento da causa (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 74-75), por outro lado, as *demandas repetitivas* seriam a existência de absoluta similitude entre as causas de pedir e pedidos.

Nesse sentido, a crítica da doutrina sobre o aspecto de adoção de “resolução de questões repetitivas” ao invés de “resolução de demandas repetitivas” se fundamenta no fato de a existência de identificação no plano abstrato entre as causas por discutirem em larga escala questões jurídicas de origem comum e homogêneas não pressupõe ou exige que haja correlação com os elementos das demandas. (CAVALCANTI, 2015, p. 527).

Assim, é possível concluir que para a existência de IRDR é necessária a presença de controvérsia sobre determinado ponto de direito em vários processos, sem que se tenha, necessariamente, a “comunhão de direitos nem a mesma causa de pedir ou pedido”. (CABRAL, 2015, p. 1420).

É quase que automática a associação entre a decisão exarada no incidente de resolução de demandas repetitivas e o tema dos precedentes, uma vez que falar em precedentes é verificar o caráter normativo e vinculativo da decisão judicial.

Antônio do Passo Cabral conceitua que:

Trata-se de um procedimento destinado à produção de precedente vinculativo, uma espécie de canalização institucional do debate para a formação de precedentes. Essa estruturação voltada à solução comum e em bloco atrai a atenção de inúmeros sujeitos processuais para a participação e influência sobre o julgamento do IRDR. (CABRAL, 2015, p. 1423).

Em relação à natureza jurídica do incidente, Sofia Temer adverte ser:

[...] tarefa complexa, porque a lei não é clara a respeito de um aspecto essencial para determiná-la: saber se o incidente compreenderá julgamento da causa, ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração, ou se apenas haverá resolução pontual da questão de direito, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a resolução de conflitos subjetivos. (TEMER, 2018, p. 65-66).

Noutro giro, considerando o fato de o IRDR ser instrumento canalizador da formação do precedente e o seu caráter vinculativo, há de se destacar que não se destina diretamente à solução de casos, mas simplesmente para a fixação de tese, de forma que, apesar de o Código de Processo Civil fazer menção sobre *demandas repetitivas*, tal instrumento presta a solucionar *questões repetitivas*.

Pelo fato de o incidente não visar o julgamento de um conflito subjetivo, ele não cria norma referente a algum caso concreto, mas apenas constrói norma geral, uma vez que a *ratio decidendi* do incidente não se prende a um caso específico, de modo que sua aplicação fica aberta para outras situações concretas semelhantes àquela inaugural. (DIDIER JR, OLIVEIRA, BRAGA, 2015, p. 443).

Deste modo, a decisão do IRDR só poderá ser reputada como precedente se seu conteúdo decisório contiver elementos capazes de serem transpostos e aplicados mediante uma padronização decisória para outros casos, afinal, é exatamente o potencial para servir de regra para outras decisões judiciais de casos semelhantes que torna uma decisão judicial um precedente. (MEDINA, FREIRE, FREIRE, 2013, p. 687).

Dessa forma, considerando as particularidades dos elementos que compõem a construção da decisão de um IRDR, é possível, portanto, constatar o seu enquadramento como precedente. (TEMER, 2018, p. 225).

É esse também o entendimento de Patrícia Perrone Campos Mello:

Os precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos. Eles projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas

fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes. (MELLO, 2008, p. 63).

Por fim, o referido tratamento de força vinculativa do precedente formado no IRDR é decorrência legislativa conferida pelos artigos 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, que implantam regime diferenciado sobre a eficácia de algumas decisões judiciais, outorgando-lhes força vinculativa. (TEMER, 2018, p. 226-227).

Todavia, não é o simples fato de ter sido firmada em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva que faz com que uma decisão tenha, automaticamente, força vinculativa.

Outrossim, faz-se necessária a observância ao que preceituam os artigos 927, inciso III e 985 do Código de Processo Civil, que apresentam a necessidade de que a decisão tenha observada as particularidades, amplo debate e argumentação para que a decisão seja legitimada.

É imprescindível advertir que para resguardar o interesse de terceiros interessados na solução do incidente, diante da possibilidade de efeitos *erga omnes*, inclusive, em caso de decisão desfavorável, tanto a instauração quanto o julgamento do incidente sejam sucedidos da mais ampla divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, conforme estabelece o artigo 979, *caput*, do CPC. (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Sobre essa questão, o §2º do artigo 979 do CPC prevê, para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, que o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro deva conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos relacionados. Tal cuidado se presta, ainda, para possibilitar que o terceiro interessado na decisão de mérito do incidente assumira sua posição de assistente litisconsorcial. (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Na hipótese de admissão do incidente, o relator:

a) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; b) poderá requisitar informações a órgão em cujo juízo tramita processo, no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; c) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982, incisos I, II e III, do CPC/2015); e d) comunicará a suspensão dos processos aos órgãos jurisdicionados (§ 1º do art. 982 do CPC/2015). Durante o período de suspensão, o eventual pedido de tutela de urgência deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (§ 2º do art. 982). (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Importante também considerar que a abrangência da suspensão dos processos será estadual, distrital, regional ou nacional, de acordo com o tribunal em que se processa o incidente, podendo, no entanto, ser requerido o alcance nacional nos tribunais inferiores ao tribunal superior (ASSIS, 2021, p. 474)

Acerca dos §§3º e 4º do artigo 982⁷ do CPC, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas fazem interessante observação:

[...] não obstante a redação do § 3º do art. 982 sugerir que as próprias partes do processo no qual foi instaurado o IRDR pudessem ter legitimidade para postular a extensão do sobrestamento a todo território nacional, nota-se um flagrante erro de remissão que deve ser corrigido pela via interpretativa. Na realidade, a legitimação prevista no § 3º do art. 982 deve se limitar ao Ministério Público e à Defensoria Pública, pois o dispositivo que trata da possibilidade de partes processuais requererem a mesma medida é justamente o parágrafo subsequente. Com efeito, não cabe às partes do processo original em que se instaurou o IRDR funcionar como fiscais da segurança jurídica e receber legitimação para praticar atos processuais flagrantemente desprovidos de interesse. (WAMBIER, DANTAS, 2016, p. 544-545).

Sobre essa temática da suspensão dos processos pendentes, envolvendo a matéria afetada pelo IRDR admitido, vale colacionar alguns enunciados aprovados nos Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

Enunciado 95: “A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região”.

Enunciado 205: “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Enunciado 452: “Durante a suspensão do processo prevista no art. 982 não corre o prazo de prescrição intercorrente”.

⁷ § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

De outro lado, há um dever de fundamentação qualificada a ser observado nas decisões de mérito do IRDR, conforme estabelece o artigo 984, §2º, do CPC: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

Os incisos I e II, do artigo 985 do CPC/2015, demonstram a força vinculante da decisão de mérito do julgamento do IRDR, que deverá ser aplicado: a) em todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; e b) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (JOBIM, PEREIRA, 2019).

3.4 EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA EM TÉCNICAS INDIVIDUAIS DE TUTELA COM EFEITO COLETIVO

Entende-se como *técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC)* instrumentos processuais que, em ações individuais, possibilitam que uma questão de direito, repetida em uma grande quantidade de processos, possa ser julgada uma única vez, por amostragem. A exemplo do que ocorre nas *demandas repetitivas*, que veiculam pretensões individuais que se relacionam entre si por afinidade. (RODRIGUES, 2016, p. 624).

O mesmo autor prossegue:

Por intermédio destas técnicas parte-se do individual para o coletivo. O incidente de resolução de demandas repetitivas é o modelo exemplar das *técnicas individuais de repercussão coletiva*. A *engenharia processual* consiste em desconstruir a norma jurídica concreta individual que esteja sendo debatida e multiplicada em diversos casos no poder judiciário para, assim, isolar o fato da sua hipótese de incidência, identificando a tese jurídica comum que se repete nas demais causas. Uma vez decidida a tese jurídica, todos os casos individuais irão receber o mesmo resultado daquela tese já decidida. De certa forma é uma técnica muito próxima da que foi imaginada para o instituto da Uniformização da Jurisprudência do artigo 476-479 do CPC revogado, porém sensivelmente mais elaborada e mais incrementada pelas inovações e evoluções do processo civil. (RODRIGUES, 2016, p. 625). (Grifos no original).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.036, engendrou que, para julgamento dos recursos repetitivos, elege-se no tribunal de origem dois ou mais recursos que sejam representativos da controvérsia e os remete à Corte Superior para servirem de paradigma, e, decidindo-se pela afetação, será determinada a suspensão de todos os demais processos, individuais ou coletivos.

O mesmo Diploma Processual, no seu art. 976, também previu que, em casos de *repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*, é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), cujo principal objetivo é fixar uma tese jurídica que possa ser aplicável a todos os casos.

Veja-se que o julgamento das questões repetitivas, seja pela sistemática dos recursos, seja pela sistemática do IRDR, origina-se em ações individuais (representativas da controvérsia) e acabam servindo de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da mesma temática, sejam processos individuais ou coletivos.

Tratando do IRDR, Antonio do Passo Cabral define que:

*O IRDR é destinado a produzir uma decisão cuja conclusão possa ser replicada em muitos outros processos. Assim, uma vez julgado o incidente, e definida a questão comum, o principal efeito (e que está na base da justificativa de política-legislativa para a introdução do instituto no direito brasileiro), é a aplicação da *ratio decidendi* fixada no IRDR para todos os outros processos em que discuta a questão comum. (CABRAL, 2015, p. 1445). (Grifos no original).*

Entretanto, a ideia de precedente, tradicionalmente, está vinculada com a decisão sobre um caso concreto, ou seja, os precedentes, no sistema *common law*, não fixam teses jurídicas, mesmo assim é possível extrair uma razão de decidir universalizável a partir da decisão do caso concreto. (TEMER, 2018, p. 219).

Outrossim, no *common law*, como regra, quem extrai um precedente de uma determinada decisão é o órgão ou juiz posterior, quando da aplicação de seus fundamentos em um caso análogo. No sistema de precedentes brasileiro, porém, a decisão proferida em recursos repetitivos ou em IRDR foi feita para ser um precedente (*propositadamente precedente*). (TEMER, 2018, p. 218).

[...] trata-se de um procedimento destinado à produção de precedente vinculativo, *uma espécie de canalização institucional do debate para a formação de precedentes*. Essa estruturação voltada à solução comum e em

bloco atrai a atenção de inúmeros sujeitos processuais para a participação e influência sobre o julgamento do IRDR. (CABRAL, 2015, p. 1423).

Portanto, é possível concluir que o sistema de precedentes brasileiro foi criado para que as decisões proferidas, desde que atendidos a determinados padrões e requisitos, sejam vinculativas a todos os demais processos que tratem sobre a mesma questão.

Contudo, é importante observar que a eficácia vinculativa apenas se justifica se observados os procedimentos e prerrogativas previstos para legitimar a decisão, especialmente a participação democrática no debate e a fundamentação exaustiva. O simples fato de a decisão ter sido proferida na sistemática dos recursos repetitivos ou em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas não é suficiente para justificar o efeito vinculante, mas dependerá de uma legitimação substancial. (TEMER, 2018, p. 227-228).

Anote-se, também, que a fundamentação da decisão nesses casos adquire qualificada importância, pois é dela que se extrai o padrão decisório que será adotado nos casos pendentes e futuros que tratem sobre a mesma questão. (TEMER, 2018, p. 231).

A força vinculante da decisão de mérito do IRDR será aplicada, conforme dispõe o artigo 985 do CPC, em duas hipóteses: I) em todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal; e II) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

Sobre os recursos repetitivos, após a resolução da questão, os artigos 1.039 e 1.040, ambos do CPC⁸, estabelecem que os efeitos da decisão serão

⁸ Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

irradiados para todos os recursos, declarando-se prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou decidindo com a aplicação da tese firmada.

Ou, nas palavras de Luiz Guilherme Mariononi e Daniel Mitidiero: “as razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e, nessa linha, devem irradiar seus efeitos para todas as questões idênticas ou semelhantes”. (MARIONI, MITIDIERO, 2021, p. 259).

Os mesmos autores prosseguem enfatizando o dever de respeito às decisões proferidas pelas cortes superiores:

Rigorosamente, tendo em conta a função de outorga de unidade ao direito reconhecida ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de racionalização da atividade judiciária e o direito fundamental à duração razoável do processo, o tribunal de origem não pode recusar a aplicação do precedente ao caso concreto, porque aí estará simplesmente negando o seu dever de fidelidade ao direito. Estará negando a própria autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como órgãos institucionais dotados de autoridade para dar a última palavra a respeito do significado do direito constitucional e do direito federal em nosso país. (MARINONI, MITIDIERO, 2021, p. 260-261).

Outro aspecto importante a se destacar é que a eficácia vinculativa das decisões proferidas em técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC) não deve ser confundida com a extensão da coisa julgada.

A compreensão da coisa julgada está ligada à decisão sobre o objeto específico em litígio, incidindo sobre a decisão de mérito que julga a questão principal ou prejudicial, de forma que o julgado individualiza a norma jurídica ao caso específico, que se torna indiscutível naqueles limites objetivos e subjetivos. (TEMER, 2018, p. 248).

Já a eficácia vinculativa do precedente, apesar de pressupor uma estabilidade, não trata da mesma lógica de contornos objetivos e subjetivos da coisa julgada, já que as demandas repetitivas ocasionam uma decisão em abstrato, uma tese jurídica, dessubjetivizada, para relações jurídicas semelhantes. (TEMER, 2018, p. 248-249).

Nessa perspectiva, Luiz Guilherme Marinoni adverte:

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, aí ter alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos. (MARINONI, 2011, p. 278).

No mesmo sentido, Sofia Temer diferencia:

A coisa julgada no processo coletivo brasileiro tem eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, porque não fica limitada às partes presentes no processo judicial, mas atinge os sujeitos participantes da relação jurídica objeto do processo. É a solução de uma situação conflituosa (ou várias), sob o ponto de vista do direito substancial, que se projeta para atingir todos os seus integrantes ou titulares. Ainda que se adotem categorias específicas, como vinculação *secundum eventum probationis*, *secundum eventum litis* ou *pro et contra*, a extensão ou limitação da extensão da coisa julgada está relacionada com a relação jurídica decidida. Por isso, esse instituto se distancia do regime de estabilidade e eficácia da tese jurídica tal como ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas. (TEMER, 2018, p. 249-250).

Outro ponto de distinção é que no sistema brasileiro a coisa julgada não incide sobre os fundamentos da decisão, conforme estabelece o artigo 504 do CPC, mas apenas sobre a conclusão da decisão (dispositivo). Enquanto a eficácia vinculante dos precedentes incide justamente sobre os motivos determinantes (fundamentos) da decisão que é a *ratio decidendi*.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da tese jurídica extraída do recurso repetitivo ou do IRDR não decorre de uma suposta extensão da coisa julgada firmada no recurso representativo da controvérsia, mas da eficácia vinculante atribuída pela lei à tese jurídica que deverá ser observada pelos julgadores quando decidirem demandas repetitivas. Somente haverá coisa julgada nos casos concretos relativos às decisões que julgarem as demandas repetitivas. (TEMER, 2018, p. 251-252).

4 TÉCNICA DE JULGAMENTO DOS CASOS REPETITIVOS E REFLEXOS NA TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Inegável o fato de que um dos principais marcos do Código de Processo Civil de 2015 é a determinação da observância de certas decisões judiciais, fato esse que vem sendo chamado de precedentes vinculantes.

O fundamento dessa obediência tem como pressuposto oferecer uma maior segurança jurídica e maior previsibilidade às decisões judiciais (MARINONI, 2015, p. 59), de modo que ocorra uma aceleração no julgamento das demandas repetitivas, já que será dada uma solução única para os processos que possuem a mesma discussão jurídica sobre a matéria.

Nesta toada, as decisões vinculantes, pelo menos na sua quase totalidade, tem como objetivo concentrar a decisão proferida em sede de repetitivo ou repercussão geral, tornando a respectiva decisão do Tribunal obrigatória para todos os magistrados. Em outras palavras, esses instrumentos – IRDR e Recursos Repetitivos – são utilizados para estender os efeitos proferidos em uma decisão judicial, atingindo, inclusive, terceiros que não participaram do processo, haja vista que para dar início aos respectivos instrumentos era necessário selecionar apenas alguns casos para amostragem, havendo a suspensão dos demais processos que versassem sobre a questão objeto do IRDR ou do Recurso Repetitivo.

Com a suspensão dos processos, aqueles que não figuravam nos aludidos instrumentos como parte acabavam por terem tolhido o direito de apresentarem suas razões e, conseqüentemente, serem examinadas pelo Poder Judiciário.

Desse modo, ainda que as decisões vinculantes não sejam de aplicação obrigatória, os magistrados, por obediência hierárquica e em observância ao disposto no CPC/15, acabam por aplicar, na maioria das vezes, o que foi decidido pelos Tribunais Superiores em sede de Recurso Repetitivo, sendo certo que há grave risco de que essas técnicas causem grave violação ao contraditório.

Para furtar-se de tal inconstitucionalidade/ilegalidade, conforme será demonstrado mais detalhadamente ao longo deste capítulo, é imprescindível que sejam incluídas nos julgamentos dessas hipóteses pessoas capazes de representar os interesses daqueles que não participaram do julgamento, de modo que esses interesses possam ser efetivamente tutelados naquele processo (MARINONI; ARENHART; MITIDIÉRO, 2016, p. 600).

Importante destacar que, conforme dispõe Antônio Adonias Aguiar Bastos, em uma decisão vinculante, a participação de terceiros, de entidades representativas, do *amicus curiae*, contribuem para a formação de um posicionamento mais estável, de modo que os interesses estarão melhores representados (BASTOS, 2012, p. 186).

4.1 TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Conforme já tratado nos capítulos anteriores, é importante que entendamos que os interesses individuais homogêneos podem ser tutelados tanto pelas *técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRC)*, para as quais o Código de Processo Civil criou mecanismos que geram um efeito coletivo, tal como os Recursos Repetitivos e o incidente de resolução de demanda repetitiva, como pelas *técnicas coletivas de repercussão individual (TCRI)*, proposta por um ente idôneo capaz de representar os indivíduos que tiveram seu direito violado.

Ou seja, aqueles direitos que decorrem de “origem comum” (art. 81, III, CDC) provocam uma reiteração da mesma questão jurídica, que pode ser solucionada pelos instrumentos previstos para a tutela coletiva de direitos individuais, examinados no segundo capítulo deste trabalho, como pelos instrumentos destinados à pacificação da tese jurídica em ações individuais (vistos no capítulo 3 deste trabalho).

Nesse sentido são os exemplos trazidos por Marcelo Abelha Rodrigues quanto à possibilidade de se utilizar ambas as técnicas para tutela dos interesses individuais homogêneos:

O substrato de ambas as técnicas é o direito individual; um “tipo” de direito individual que é típico de uma sociedade de massa, onde as lesões são de massa, como por exemplo, o ressarcimento pela contaminação da ingestão do alimento com agrotóxico que atinge milhares de pessoas; os internautas que pretendem ressarcimento pelos prejuízos causados pelo ataque de vírus espalhados do mesmo provedor ou sítio eletrônico; o ressarcimento de consumidores que são lesados pela aquisição de produtos que contenham menos quantidade do que o que registra a embalagem; os consumidores que pedem ressarcimento pelas doenças respiratórias contraídas em decorrência da mesma poluição atmosférica; os poupadores que pretendem o ressarcimento pela cobrança indevidas de taxas, ou pela não correção dos valores depositados; os usuários da mesma rodovia que pretendem ressarcimento pelos estragos causados em seus veículos decorrentes da falta de manutenção da pista de rolamento, etc. Em todos esses exemplos, e, em milhares de outros que o cotidiano há de criar, o que se tem são *direitos individuais* lesados onde o que se pretende é o *ressarcimento individual* desses direitos. A questão é a seguinte: o sistema jurídico oferece duas

modalidades para resolver o problema sob uma perspectiva molecular: ou se usa a técnica de tutela coletiva de repercussão individual ou se usa a técnica individual de repercussão coletiva. (RODRIGUES, 2016, p. 625-626).

O propósito da utilização de mecanismos de tutela coletiva em ações individuais (Recursos Repetitivos e IRDR) mais do que buscar a uniformização das resoluções e demandas, tem o objetivo de reduzir o número de processos a serem julgados pelos Tribunais Superiores. Não há dúvidas que essa racionalização se mostra salutar. No entanto, como veremos adiante, a troca da tutela dos interesses coletivos por essas técnicas em ações individuais é muito lesiva ao devido processo legal e à própria efetividade da tutela coletiva, notadamente dos interesses individuais homogêneos. (RODRIGUES, 2016, p. 628).

O próprio legislador demonstra uma preferência pela técnica coletiva de tutela de direitos ao estatuir os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, previu a incumbência de que quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, deve oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados para propor Ação Civil Pública, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva (artigo 139, inciso X, CPC).

Inclusive, Sérgio Cruz Arenhart adverte que deve haver limites para a coletivização de questões: *“Se é certo que a coletivização de questões (ou de demandas) pode ser um instrumento útil e versátil para administração das demandas postas em juízo, também é evidente que ela tem suas limitações”*. (ARENHART, 2014, p. 226).

Esses limites seriam pelo menos dois: a) *impossibilidade de preservação da representatividade adequada*; e b) *reserva do direito de autoexclusão*. (ARENHART, 2014, p. 226-228).

Quanto ao primeiro limite, que o autor julga ser o mais importante, é necessário que, para aglutinação de demandas (ou questões), seja possível determinar alguém que tenha capacidade de representar adequadamente os interesses de todos aqueles sujeitos ausentes. Em outras palavras, o autor conclui que: *“ou se poderá socorrer da legitimação extraordinária dos entes a que se referem o CDC e a Lei da Ação Civil Pública, ou então o caminho será a individualização das demandas, conforme o caso”*. (ARENHART, 2014, p. 226).

Quanto ao segundo limite da coletivização proposto por Arenhart, o autor afirma que:

[...] parece ser natural que, na medida do possível, se permita ao sujeito que não deseje ser afetado pela decisão tomada em processo do qual não participou. Assim, embora a regra deva ser a sujeição, deve-se, ao menos em princípio, permitir que o sujeito se insurja contra isso, manifestando expressa vontade de ficar alheio ao resultado da análise coletiva das pretensões individuais e se reservando o direito de ter apreciada suas razões de forma separada.

Por isso mesmo, é recomendável que a coletivização das pretensões individuais seja antecedida de comunicação adequada – que não exige ser pessoal – mais ampla possível, a fim de que o indivíduo que não queira se submeter-se a isso possa exercer o direito de tutela autônomo, por via separada. (ARENHART, 2014, p. 227).

Com efeito, a utilização de técnicas individuais com repercussão coletiva (TIRC) em detrimento das técnicas coletivas propriamente ditas, podem gerar prejuízos à tutela dos interesses individuais homogêneos, diante da vinculação obrigatória dos precedentes (Recursos Repetitivos e IRDR) e da eventual falta de legitimidade adequada do autor da ação individual para defender o interesse coletivo debatido na questão controversa.

Em outras palavras, parece-nos que a tutela dos interesses individuais homogêneos, pelo menos em princípio, é mais adequada quando realizada por técnica processual coletiva do que quando feito pela aplicação do julgamento de casos repetitivos, por pelo menos dois motivos: primeiro, o autor da ação coletiva é melhor preparado para defender os interesses transindividuais do que o autor de uma ação escolhida como representativa da controvérsia no julgamento de um recurso repetitivo ou IRDR; e em segundo lugar, no julgamento da ação coletiva, a coisa julgada somente aproveita aos demais indivíduos que não participaram do referido julgamento, sendo que, no caso de improcedência o sujeito que não participou do julgamento pode escolher em continuar sua ação individual para tentar obter um desfecho diferente, enquanto que, no julgamento de caso repetitivo (REER e IRDR) a questão decidida irradiará seus efeitos a todos os demais processos, independentemente da participação ou não dos demais autores.

Como cediço, o direito à tutela jurisdicional engloba também a instituição de procedimentos capazes de viabilizar a participação. Se o precedente de observação obrigatória for adequadamente construído, isto é, com ampla participação democrática, e a questão for a mais pormenorizada possível, as críticas ao sistema podem ser superadas garantindo uma tutela mais efetiva aos direitos individuais

homogêneos, uma vez que o produto desse julgamento (repetitivo) servirá de guia para o julgamento de casos idênticos dali em diante.

Verifica-se, a *contrario sensu*, que a formação dos precedentes de forma temerária, isto é, sem uma ampla participação democrática de sujeitos que detenham uma adequada legitimidade para representação desses interesses, poderá criar decisões rasas sob temas relevantes para a coletividade.

Ora, não se pode perder de vista que a tônica do processo atual permanece a de garantir efetividade do acesso à Justiça, com vistas a alcançar a promessa constitucional da tutela jurisdicional efetiva, devendo tal problemática ser estudada no escopo do sistema processual de pacificar com justiça. (DINAMARCO, 2013, p. 188-191).

Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128) e capaz de assegurar a participação. (MARINONI, 2004, p. 185).

Desta forma, a fim de se preservar os interesses de todos os demais indivíduos que não tiveram seu recurso selecionado como representativo da controvérsia, são necessários dois vetores a balizar essa seleção de recursos para adequada tutela coletiva: a *pluralidade*, uma vez que o debate plural acerca da questão permite uma discussão mais madura, e um debate mais detalhado entre os argumentos e contra-argumentos; e também a *representatividade adequada*, de forma a se eleger os recursos que tenham capacidade de representar e proteger os interesses de todo o grupo de pessoas que tiveram seus processos suspensos. (ALVES, 2018, p. 198-199)

Assim, para assegurar o devido processo legal e o acesso à justiça, como estruturantes da efetividade dos interesses individuais e transindividuais, é imprescindível que a questão jurídica seja tratada pormenorizadamente e com ampla participação social, para que só então a amplitude e autoridade de um precedente tenha observação obrigatória. (SANTOS, 2012, p. 172).

E, como solução prática para esse déficit de contraditório, pensamos as providências previstas no artigo 1.038 do Código de Processo deva se tratar de dever do relator do Recurso Repetitivo ou do IRDR, e não de mera faculdade, e que os meios ali indicados sejam utilizados de forma ampla, solicitando e admitindo manifestação do maior número de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (inciso I), designando audiência pública com a finalidade de ouvir

depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (inciso II), e requisitando informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia (inciso III), além da imprescindível manifestação do Ministério Público (inciso III).

Outro ponto que merece ser apontado é o incidente de coletivização da ação individual que estava previsto no artigo 333⁹ do Código de Processo Civil de 2015, mas que foi vetado pela Presidência da República sob o argumento de que, *“da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes [...] Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”*.

Segundo o mencionado procedimento, se presentes dois pressupostos (relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio), o juiz, mediante requerimento formulado por um dos legitimados para a defesa dos interesses transindividuais (no art. 82, CDC), converteria em coletiva a ação individual que: I) tenha alcance coletivo (interesses difusos e coletivos) e cuja ofensa afete, a um só

⁹ Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; e II) tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

No entanto, havia previsão de que tal incidente não fosse aplicável à tutela de interesses individuais homogêneos (§2º), o que, por si só, representaria um retrocesso à solução do problema das ações individuais seriadas.

De outro lado, não se pode confundir a coletivização de ações individuais com o incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que os institutos tratam a questão das ações seriadas de forma diferente. O IRDR se restringe a padronizar questões de direito, enquanto o incidente de coletivização de ações individuais visa questões de fato e de direito. Outro aspecto a se destacar é que o IRDR pressupõe uma repetição de processos, ou seja, a massificação de ações, ao passo que a coletivização pode atuar preventivamente, permitindo tratamento adequado ao interesse transindividual a partir do ajuizamento de uma única ação.

Portanto, suscita-se que o incidente de coletivização seria uma outra opção à adequada tutela dos interesses individuais homogêneos, uma vez que o referido incidente permitiria, desde o início do processo, uma paridade de armas, uma vez que o litígio passa a ser assumido por um sujeito com maior experiência forense para defender os interesses transindividuais.

4.2 DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL

Sob essa ótica é importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a cooperação processual em seu primeiro capítulo, que trata das normas fundamentais do processo civil, de forma que a conclusão que se chega é que a cooperação deverá ser aplicada por todos os participantes do processo.

Outro ponto essencial é que o dispositivo processual parece exigir dos participantes do processo uma postura ativa de cooperação, com o escopo de melhorar a prestação jurisdicional através de uma maior dialeticidade processual.

E é justamente essa exigência de dialeticidade que traz relevância da cooperação processual para este trabalho. A intenção deste princípio é que os sujeitos

processuais possam se preocupar, sobretudo, com a célere e efetiva prestação jurisdicional.

Segundo Sofia Temer, “a ideia é, portanto, de co-operação, que implica repartir funções e, simultaneamente, responsabilizar as partes e o tribunal por seus resultados”. (TEMER, 2020, p. 105).

E o diálogo argumentativo das partes deve ser visto como uma responsabilidade social decorrente do processo. Sob esse prisma, é interessante o diálogo de Jürgen Habermas com Robert Alexy (HABERMAS, 1997, p. 288):

As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo “introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso”... Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.

É evidente que, quando se fala em deixar a postura egoísta, não se pode pretender o abandono ou desinteresse com o êxito no processo ou com a pretensão almejada pela parte. As partes continuam com a intenção de buscar uma decisão que lhe seja favorável, entretanto, devem fazê-lo com uma conduta moral de boa-fé, contribuindo com o diálogo processual, o que contribuirá, diretamente, na decisão do órgão jurisdicional.

A introdução estratégica dos argumentos das partes serve como contribuição para que haja uma dialeticidade, que servirá à formação imparcial do juízo decisório. (HABERMAS, 1997).

Verificar um processo com boa-fé, cooperação e na busca de resultados justos, trata-se de uma tarefa desafiadora, já que o simples fato de existir uma pretensão resistida que justifique a necessidade do processo (interesse de agir), já exclui a possibilidade de relação processual extremamente amigável como um “conto de fadas”.

Nesse sentido, a observação de Antonio do Passo Cabral (2018, p. 216-217):

Hoje, o processo civil do Estado Constitucional é dominado pelos princípios da boa-fé e da cooperação, consagrando uma repartição de funções entre os sujeitos do processo: partes e juiz devem compartilhar o dever de solucionar

o litígio de maneira équa, eficaz e razoavelmente rápida. Repartir também é tomar parte, não é distanciamento e diferença, mas encontro e colaboração. E a colaboração cria um círculo virtuoso da cooperação espontânea que favorece interações negociadas como aquelas das convenções processuais. Mesmo havendo discordância a respeito dos direitos materiais, há lugar para o consenso em torno de finalidades *processuais*.

Entretanto, para ser cooperativo, não significa que as partes devam abrir mão de seus interesses no processo, mas que possa haver uma mudança de cultura, de modo a trazer a ética ao processo e melhorar o principal escopo da jurisdição que é de pacificar com justiça, e, sobretudo, que a decisão, especialmente aquela que trata de questões repetitivas, tenha avaliado todas as nuances do litígio, de forma a garantir uma maior legitimidade e efetividade para a tutela dos interesses individuais homogêneos.

Assim, o comportamento ético e moral é resultado de um processo de aprendizagem, em que a interação entre os sujeitos implique na construção de valores éticos e princípios morais, sendo que o processo ético é resultado do crescimento individual e da maturidade. (BANNWART JUNIOR, 2017, p. 27).

Com isso, rompeu-se o conceito de que somente haveria *processo justo* mediante a condução implacável do juiz, o processo cooperativo superou o dogma de que o juiz teria responsabilidade exclusiva sobre a direção do processo, mas essa responsabilidade de condução do processo passa a ser das partes também. (CABRAL, 2018, p. 217).

Nesse sentido, interessante se mostra o conceito trazido por Leonardo Carneiro da Cunha, para quem a cooperação impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de produzir no processo civil, uma ‘eticização’, a exemplo do que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa-fé e do abuso de direito. (CUNHA, 2012, p. 151).

Não se pode perder de vista que a cooperação processual exige uma elevada comunicação entre os sujeitos processuais, de forma a obstar decisões surpresa, isto é, sem a prévia manifestação das partes.

A consolidação do princípio da cooperação é uma concretização do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, não mais como simples espectador do “duelo” das partes. O contraditório passa a ser valorizado como instrumento de aprimoramento da decisão judicial. (DIDIER JR. 2016, p. 350-352).

Importante destacar que “o diálogo deve compreender não apenas as partes do processo, mas todos aqueles que direta ou indiretamente sofrem reflexos e, sobretudo, nele interferem, como é o caso dos julgadores”. (CARVALHO; BELLINETTI, 2019, p. 28).

Ainda sobre o juiz do processo cooperativo, Daniel Mitidiero leciona que:

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Visa alcançar um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo. (MITIDIERO, 2011, p. 81).

Outro aspecto da cooperação é que as partes contribuam para que a prestação jurisdicional seja célere e efetiva, evitando atos protelatórios.

Sintetizando, é possível conceituar a cooperação como uma série de adequações de conduta dos sujeitos da relação processual no tocante ao exercício de seus direitos, visando a otimização da prestação jurisdicional pela dialeticidade.

Essas adequações também importam em uma releitura da relação processual, que tradicionalmente o sujeito participaria dessa relação apenas para agir ou para resistir, em posições estanques, bilaterais e polarizadas (TEMER, 2020, p. 201), haja vista, especialmente, a posição dos *amicus curiae* que trataremos mais à frente.

É possível verificar, então, que o instituto da cooperação processual tem relevante importância para a construção dos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais, especialmente os Recursos Repetitivos e IRDR, que são, como já visto, técnicas utilizadas em ações individuais que acabam tendo repercussões coletivas, devem ser construídos de forma a assegurar a representatividade democrática e participativa, no qual se exige das partes e do juiz um comportamento cooperativo, baseado na dialeticidade, através da constituição de uma autêntica “comunidade de trabalho” entre as partes e o juízo. (MITIDIERO, 2011, p. 80-81).

Neste aspecto, ponderamos essa representatividade democrática e participativa possa ser assegurada por intermédio das providências previstas no artigo 1.038 do Código de Processo, que deveria se tratar de dever do relator do Recurso Repetitivo ou do IRDR, e não de mera faculdade, solicitando e admitindo manifestação

do maior número de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (inciso I), designando audiência pública com a finalidade de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (inciso II), e requisitando informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia (inciso III), além da imprescindível manifestação do Ministério Público (inciso III).

Ademais, não se pode perder de vista que todo precedente judicial invocado deve ser reinserido à esfera dialética da argumentação judicial, tanto pelas partes, quanto pelo julgador, por isso a necessidade de verificar o chamado ônus argumentativo na construção do precedente, como se verá a seguir.

4.3 ÔNUS ARGUMENTATIVO

Os precedentes judiciais, notadamente os que mais interessam para esse trabalho – os Recursos Repetitivos e o IRDR – devem ser construídos com base na dialeticidade, de forma a assegurar uma representatividade democrática e participativa, e, justamente daí, que surge a necessidade do ônus argumentativo que visa estruturar a formação do discurso judicial.

Na Inglaterra, as decisões judiciais, notadamente as dos tribunais superiores, são “escrupulosamente exauriente”, pois compreendem um “exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido”, ou seja, invocar um precedente não significa aplicá-lo automaticamente, dever haver procedimento dialético para que sua aplicação tenha legitimidade. (ANDREWS, 2011, p. 105).

Entendendo os precedentes judiciais como fonte de Direito, é fundamental que se observe a dialeticidade na construção do precedente, pois os integrantes do Poder Judiciário não são eleitos, o que poderia ocasionar um *déficit* à legitimidade democrática do precedente como norma jurídica. Ora, esse *déficit* somente poder ser suprido pela efetiva participação das partes no processo em cooperação com a atividade decisória.

Sobre a legitimação da democracia representativa, destaca-se:

Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra,

potencializa-se o valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais. (MITIDIÉRO, 2001, p. 49-50).

Exatamente neste contexto que encontra guarida a teoria do agir comunicativo do filósofo alemão Jürgen Habermas (2007), de modo que haja dialeticidade entre o agir instrumental e o agir comunicativo.

Nesse prisma, o Estado e todo seu aparato estaria vinculado ao agir instrumental, enquanto o mundo da vida se vincularia ao agir comunicativo, que são os valores inerentes a cada um de nós, individualmente ou coletivamente.

Habermas expressa o agir comunicativo como um agir orientado pelo entendimento, aduzindo:

A expressão “agir comunicativo” assinala as interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado pelo entendimento assume o papel de coordenador da ação. Por meio da comunicação linguística, as pressuposições idealizadoras emigram para um agir orientado pelo entendimento. (HABERMAS, 2007, p. 65).

Com efeito, o agir comunicativo ganha relevo na postura de agir-refletir-agir coletivamente, que é oportuno para a realização de uma atitude crítica, investigativa e argumentativa, cujo fundamento principal está no uso da linguagem dos sujeitos de ação, que tende a conduzir mudanças através das interações sociais.

“Não apenas se torna recorrente afirmar que a engrenagem deve viabilizar modalidade de participação, como ainda há quem sustente que o seu núcleo deveria ser dado pela própria cultura democrática que viabiliza esse agir participativo.” (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 109).

O movimento racional de dialeticidade contribui para a autonomia da coletividade, que, por consequência, também gera uma relevante contribuição para a emancipação do homem, já que será capaz de construir seu ponto de vista crítico sobre a realidade e sua autonomia argumentativa.

Sobre essa racionalidade dialética:

A conceituação de razão, o claro entendimento do que seja razão, para Habermas é de fundamental importância. Se em Kant a razão é subjetiva, inata, transcendental, e se em Popper ela é objetiva, em Habermas ela é comunicativa, dialógica. Se para o positivismo ela é a capacidade de manipular corretamente regras formais, para a ação comunicativa ela é a

capacidade de dialogar seguindo a lógica do melhor argumento. (PINENT, 1995, p. 37).

Efetivamente, a proposta de Habermas se enquadra na formação de um regime democrático aberto ao diálogo, com grande potencial emancipatório, inclinado a incluir os indivíduos para a formação legítima dos resultados obtidos discursivamente, o que está umbilicalmente ligado com a construção dialética dos precedentes judiciais.

Em outras palavras, a participação das partes, bem como de terceiros intervenientes, a exemplo do Ministério Público e do *amicus curiae*, na atividade decisória cria uma institucionalização jurídica do procedimento pelo agir comunicativo.

Por certo, havendo a dialeticidade, todos os participantes do processo se tornam, ao mesmo tempo, autores e destinatários do direito construído pelo precedente judicial.

Não se pode perder de vista, ainda, o *ônus argumentativo*, que, embora pouco estudado, estrutura a formação do discurso judicial, além de possuir um relevante papel na definição do objeto do contraditório e do próprio procedimento, já que todo o processo é guiado pelas afirmações realizadas pelos sujeitos processuais. (MACÊDO, 2019, p. 422-423).

E a argumentação conforme o precedente judicial é um ônus dos sujeitos do processo, que deve ser cumprido de forma específica, ou seja, à parte, ao formular suas alegações, deve avaliar o precedente invocado, identificando a *ratio decidendi* do precedente, e demonstrando e justificando que aquela norma é aplicável ou não ao seu caso. Caso a parte não se desincumba desse ônus, o julgador estaria desobrigado a avaliar a argumentação da parte, o que se trata de uma *exigência de dialeticidade*. (MACÊDO, 2019, p. 424-425).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgInt no AREsp 853.152/RS, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, afirmou que as partes também devem observar o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil¹⁰, alertando

¹⁰ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

para a necessidade de todos os sujeitos processuais se adaptarem ao processo cooperativo.

A criação do sistema de precedente se mostrou fundamental em razão do acúmulo de processos, no entanto, a adoção deste sistema não pode partir exclusivamente desta premissa, é essencial que o desígnio maior seja a qualidade da prestação jurisdicional, por meio de procedimentos argumentativos que garantam a correção do raciocínio do operador que irá aplicar os precedentes. Somente deste modo que se estaria atendendo o princípio democrático e a adequada (e suficiente) motivação das decisões judiciais.

De outro lado, deve-se repisar que o precedente judicial não objetiva a imutabilidade do Direito, mas visa garantir estabilidade e coerência a este, buscando o tratamento isonômico entre pessoas que se deparam em idêntica situação.

A finalidade precípua desse sistema deve ser a efetividade do Estado de Direito quando da aplicação da lei, o que assegurará a legitimidade da adoção do sistema de precedentes fincado nas bases sólidas da dialeticidade processual e participação democrática.

Não obstante, o Direito não se torna imutável justamente pelas hipóteses de distinção (*Distinguishing*) ou superação (*Overruling*) do precedente, conforme já tratado. Todavia, é importante advertir que, nestas hipóteses, a argumentação deve ser ainda mais pormenorizada.

Nessa lógica, tanto a decisão que se basear em um precedente, quanto a alegação das partes que tiver por amparo um precedente judicial, não ser um mecanismo travado de aplicação, mas o precedente invocado dever ser submetido a uma reanálise e a uma reconstrução argumentativa.

Vale dizer, ainda, que a simples apresentação de um precedente judicial não pode ser considerada como argumentação necessária para justificar a pretensão da parte ou a decisão do julgador, mas torna-se necessária a submissão do precedente a um contexto dialético processual que fundamente e dê legitimidade à nova decisão.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, a utilização do precedente judicial, a pretexto da segurança jurídica e da celeridade processual, não pode significar um julgamento antecipado do caso, mas deve ser reinserido no contexto argumentativo da nova demanda, de modo a concretizar o contraditório e a ampla defesa, e o modelo de processo cooperativo.

Se para utilização do precedente se mostra necessária essa dialeticidade e uma reconstrução argumentativa, no julgamento do Recurso Repetitivo ou do IRDR é ainda mais imprescindível a dialeticidade e esgotamento dos argumentos das partes, para que haja uma legitimidade democrática desta decisão vinculativa, haja vista que o julgamento desse processo (representativo da controvérsia) irá irradiar efeitos para inúmeras outras situações semelhantes.

Demais disso, também se mostra imprescindível a participação neste diálogo de entes (terceiros) com maior intimidade com a matéria, como ocorre com o *amicus curiae*, como se verá no próximo tópico.

4.4 O *AMICUS CURIAE*

O *amicus curiae*, ou “amigo da corte”, é visto como o terceiro que intervém no processo para fornecer elementos que sejam úteis ao julgamento da causa (SCARPINELLA BUENO, 2006, p. 125).

Essa figura, originalmente desenvolvida no *common law*, trata-se de uma intervenção de terceiro que pode ser espontânea, a pedido da parte ou por provocação do juiz ou tribunal, que é fruto do redimensionamento do princípio do contraditório e da necessária ampliação do espaço democrático em solo jurisdicional, especialmente, por causa da força vinculativa dos precedentes. (RODRIGUES, 2017, p. 109).

Cândido Rangel Dinamarco esclarece que a pretensão do legislador com a importação da figura do *amicus curiae* foi de:

[...] dar maior efetividade à garantia constitucional do contraditório mediante a participação de entes presumivelmente qualificados a debater, com mais eficiência que as próprias partes, as questões mais profundas de interesse de uma classe, categoria, grupos de pessoas naturais ou jurídicas ou da própria nação brasileira como um todo. (DINAMARCO, 2016, p. 59).

Como se viu, a inserção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente dos Recursos Repetitivos e do IRDR, ocasionou o fato de que determinada decisão proferida em um processo individual é capaz de produzir efeitos sobre inúmeras outras relações processuais, presentes e futuras, que tratem da mesma temática.

Diante dessa situação surgiu a necessidade de se repensar a relação processual, a fim de permitir a maior participação democrática de terceiros para a construção da decisão judicial, bem como a necessidade de qualificar o debate processual para aprimoramento da resposta jurisdicional.

E o *amicus curiae* é justamente um instituto de matiz democrático, que permite que terceiros penetrem no processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade. (MACIEL, 2002, p. 281).

Embora já houvesse na legislação brasileira algumas manifestações assemelhadas a esse instituto¹¹, foi o Código de Processo Civil de 2015 que melhor estruturou a figura do *amicus curiae* e o procedimento para sua intervenção no processo judicial, que poderá ser provocada ou voluntária, quando houver *relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia*, conforme disposto no art. 138, do CPC.

O código processual prevê, ainda, como requisito para essa intervenção a “representatividade adequada” do sujeito, no entanto, esta representatividade, apesar do mesmo nome adotado, não se confunde com a *adequacy of representation* de uma classe ausente nas ações coletivas.

Nesse aspecto, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro adverte:

A expressão representatividade adequada não exige que o *amicus curiae* seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate [...] Não há que se confundir, apesar da mesma grafia, a representatividade adequada da ação civil pública, com esta relacionada à participação do *amicus curiae*. (CARNEIRO, 2015, p. 251).

¹¹ Por exemplo: a) a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos que discutam matéria que seja de competência dessa autarquia (art. 31 da Lei 6.385/1976); b) a intervenção dos Conselhos Federal e Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) nos processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB (art. 49, parágrafo único, da Lei 8.906/1994); e c) a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) em demandas que envolvam nulidade de patente e registros (arts. 57 e 175 da Lei 9.279/1996). E o instituto ganhou ainda mais notoriedade com as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 que regem o controle de constitucionalidade.

A representatividade adequada do *amicus curiae* está relacionada com a capacidade e idoneidade do sujeito que pretende intervir (aspecto subjetivo), bem como com a pertinência de sua intervenção em relação ao objeto do processo (aspecto objetivo). (TEMER, 2018, p. 205). Em outros termos, a melhor compreensão do termo “representatividade adequada” consiste na “contributividade adequada” ou “potencial de influência”. (TEMER, 2020, p. 237).

Outros dois pontos a serem louvados na legislação processual vigente é a possibilidade de recurso pelo *amicus curiae* da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §3º, CPC), e a previsão da possibilidade de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, nos casos de alteração da jurídica adotada em enunciado de súmula ou de julgamento de casos repetitivos (art. 927, §2º, CPC).

O objetivo dessa intervenção é de auxiliar o julgador com a apresentação de argumentos e informações com vistas ao aprimoramento e qualificação do debate para a formação da decisão judicial. (TEMER, 2020, p. 236).

Nesse sentido, considerando o novo modelo de cooperação processual, bem como a ônus argumentativo que exige a dialeticidade para tomada de decisões, notadamente as vinculativas, foi que Ravi Peixoto concluiu:

Impõe-se a admissão da intervenção do *amicus curiae*, nos termos do artigo 138 do CPC/2015 como mais um sujeito do diálogo. Inclusive, o §2º, do art. 927, do CPC/2015 permite expressamente a intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses de superação de súmulas ou de precedente advindo de julgamento de causas repetitivas, previsão esta que deve ser ampliada para as demais hipóteses que façam referência a precedentes vinculantes. A inclusão desse novo sujeito processual também impõe novos deveres de diálogo ao magistrado, que também deverá levar em consideração a sua argumentação. (PEIXOTO, 2019, p. 240-241).

Daniel Colnago Rodrigues sintetiza que: “*o foco principal, aqui, é outro [das demais hipóteses de intervenção de terceiros]: qualificar o debate processual, mediante potencialização do contraditório, daí resultando o aprimoramento da resposta estatal*”. (RODRIGUES, 2017, p. 109).

Sérgio Cruz Arenhart, Gusta Osna e Marco Félix Jobim enfatizam a valiosa participação do *amicus curiae*:

É precisamente para esse tipo de aspecto que a participação de um *terceiro institucionalmente interessado*, dispondo de aptidão para incrementar o debate, pode ser valiosa. E é exatamente essa a função a ser desempenhada pelo *amicus curiae*.

De fato, diversamente do que ocorre nas demais figuras de intervenção, o *amicus curiae* (em teoria) *não possui compromisso com algum dos polos da disputa* – mas sim com o próprio objeto litigioso. Seu propósito não é fortalecer o argumento de qualquer uma das partes, mas sim *aprimorar o próprio debate*, contribuindo para a formação de uma melhor decisão judicial. (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 118).

É importante mencionar que não há, na doutrina pátria, consenso acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*, se parte, terceiro ou auxiliar do juízo. Entretanto, é possível afirmar que se trata de intervenção anômala ou *sui generis*, e que não se trata de um sujeito imparcial, mas tem um *interesse institucional*. (TEMER, 2020, p. 238).

Alexandre Freitas Câmara defende que “o *amicus curiae* é um sujeito parcial, que tem por objetivo ver um interesse (que sustenta) tutelado”. (CÂMARA, 2015, p. 106)

Com efeito, oportuna é a conclusão de Sofia Temer:

E é justamente por isso que a figura do *amicus curiae* tem especial relevância para o presente estudo: a positivação de seu ingresso de forma bastante ampla (e como hipótese nominada de intervenção de terceiro) justifica a abertura do sistema para a presença de outros sujeitos no processo judicial, visando justamente a uma atuação diferenciada e fundada em distintos interesses e finalidade. O *amicus* não possui o mesmo *interesse e legitimidade* dos sujeitos “tradicionais”, o que, por si só, é suficiente para provocar a revisitação de tais categorias como indispensáveis pressupostos da atuação em juízo e das hipóteses de ingresso de sujeitos no ambiente processual. (TEMER, 2020, p. 240). (Grifos no original).

Enfim, diante de todos esses pontos, o instituto do *amicus curiae* ganha ainda mais importância na construção e superação de precedentes vinculantes, uma vez que, como já destacado, a decisão proferida na sistemática dos repetitivos ou do IRDR não produz efeitos apenas para o caso concreto, mas influencia um sem-número de jurisdicionados que a levam em consideração para as suas condutas. (PEIXOTO, 2019, p. 241).

4.5 DA NECESSIDADE DE SE SUPRIR O DÉFICIT DE CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

Como se viu, no julgamento de casos repetitivos existem duas situações legislativas relevantes.

Primeiro, o legislador ao instituir o microssistema de julgamento de casos repetitivos parece não ter tido a mesma preocupação quanto à adequada representação dos grupos juridicamente interessados na solução da questão, como ocorreu nas ações coletivas. (TAVARES, 2020, p. 243)

Em segundo lugar, não houve previsão de direito de retirada (*right to opt-out*) no julgamento de casos repetitivos, ou seja, na formação do precedente, interessados não podem se afastar do resultado do julgamento do procedimento coletivo, como ocorre nas ações coletivas. (TAVARES, 2020, p. 243)

Com efeito, mostra-se de extrema relevância a adoção de medidas que visem a redução desse déficit de contraditório nos procedimentos de julgamentos de casos repetitivos, sob pena de se ampliarem as objeções sobre o afastamento dos efeitos do julgamento dos REER e do IRDR aos não participantes. (TAVARES, 2020, p. 243)

Como já analisado, o legislador outorgou a legitimidade ativa para propositura da Ação Civil Pública a poucas entidades estabelecidas no artigo 5º da LACP, pois, a seu entender, teriam melhores condições de defender em juízo os interesses da coletividade, por isso, fala-se em representatividade adequada (*adequacy of representation*).

Em se tratando de lesões a interesses individuais homogêneos, ninguém duvida que, no mais das vezes, as discussões envolveram grandes instituições e litigantes habituais, o que fatalmente importa em grande estrutura jurídica e financeira em um grande poder de influência em prol das teses que defendem. E é justamente por isso que é importante que no outro polo da demanda estejam órgãos ou entidades com igual capacidade técnica e política, a exemplo do Ministério Público. (RODRIGUES, 2016, p. 630).

Sobre esse tema, ainda que tratando apenas a tutela ambiental, Marcelo Abelha Rodrigues bem delimita a questão que também se adequa aos demais interesses coletivos:

O ‘problema’ em questão é saber se o homem do povo, sozinho e isolado, conseguiria desenvolver em juízo a melhor defesa do meio ambiente. Enfim, importa saber se a fragilidade sócio-econômica-técnica do cidadão existente no plano material em relação ao poluidor, agravada num país com alto índice de analfabetismo como o Brasil, refletir-se-ia na condução (melhor ou pior) do processo em prol do ambiente. Não é preciso muito esforço para se perceber a abissal desigualdade técnica, social e econômica do cidadão em relação aos grandes poluidores. A diferença não é só financeira, o que si só justificaria “repensar” se vale a pena deixar o cidadão como titular da condução do processo ambiental (o mais abastado tem condições de contratar advogados mais especializadas, mais competentes e acostumados com esse tipo de demanda). Agrega-se à hipossuficiência econômica também a técnica, porque normalmente o poluidor detém (e não raramente sonega) informações e dados sigilosos que dizem respeito às suas atividades e à prática da poluição em si assim, é a partir de problemas como esses que emerge o questionamento consistente em saber se e melhor para a sociedade (povo) – titular do meio ambiente ecologicamente equilibrado – permitir que a condução das demandas ambientais seja feita pelo cidadão comum ou, ao revés, se é preferível do ponto de vista da concretização do devido processo legal, entregar a condução do processo a entes jurídicos que existam para tal finalidade. (RODRIGUES, 2015, p. 428-430).

E o mesmo autor, em outra ocasião, exemplifica:

Pensemos, por exemplo, que uma multiplicidade de consumidores esteja discutindo certa questão federal com entidades bancárias, admitindo a possibilidade de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, identifica-se uma causa como representativos da controvérsia (art. 976, I do CPC), encaminhando-os ao tribunal competente. Neste caso, aquele ou aqueles que travarão tão difícil disputa com as entidades bancárias serão nada mais que consumidores, naturalmente hipossuficientes diante de tão poderosas instituições. Consumidores que inúmeras vezes nem sequer sabem que possuem algum direito... Será, então, que esses indivíduos poderão representar adequadamente toda aquela multidão que está a aguardar a decisão a ser tomada no respectivo tribunal que julgará o incidente para que possam ver solucionadas suas causas? A resposta, segundo nos parece, e segundo o senso lógico é negativa. E isso, como parece óbvio, viola gravemente as garantias do contraditório e da ampla defesa, que tem, na paridade de armas, um de seus mais importantes corolários. (RODRIGUES, 2016, p. 631).

Com efeito, ao utilizarmos os mecanismos de tutela coletiva em ações individuais (REER e IRDR), o autor do recurso representativo da controvérsia é quem trará os argumentos para apreciação da tese, e o julgamento desta tese terá efeitos para toda uma coletividade que sequer foi ouvida quando desse julgamento, e Marcelo Abelha Rodrigues conclui que “*isso, não há dúvidas, viola o princípio do contraditório*”. (RODRIGUES, 2016, p. 635).

Em virtude disso, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza:

Em virtude da fraca e insuficiente regulamentação do recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça o direito fundamental à participação no processo

exige a abertura e o chamamento à participação dos legitimados à tutela dos terceiros que podem ser prejudicados pela decisão e, inclusive, do Ministério Público. Uma vez amplamente noticiada a possibilidade de intervenção (art. 979, §3º, do CPC/2015), a participação do *amicus* deve ser a mais ampla possível. Não há como retirar daquele que representam terceiros o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral e, inclusive, apresentar embargos de declaração. *A participação do amicus deve ser vista como o contraponto num procedimento em que a Corte emite decisão que resolve recursos de terceiros que têm o direito de influenciá-la.* (MARINONI, 2019, p. 332-333). (Grifos no original).

Outro aspecto a se observar diz respeito à coisa julgada. Uma das grandes preocupações do microsistema de tutela coletiva foi de criar um regime para a coisa julgada que possibilitasse a efetividade da tutela coletiva, por isso sua projeção *ultra partes*, mas que, ao mesmo tempo, não violasse a garantia do contraditório e viabilizasse o amplo acesso à justiça daqueles que pretendessem demandar individualmente. (RODRIGUES, 2016, p. 631).

No julgamento de uma demanda coletiva (TCRI) a repercussão só será *erga omnes* se procedente a pretensão, beneficiando a coletividade; caso a pretensão seja improcedente, isso não prejudica a propositura de ação individual.

Ada Pellegrini Grinover, com maestria, sintetiza o cuidado do legislador em preservar o aspecto da representatividade adequada e da coisa julgada nas ações coletivas:

Assim, no juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador, verifica-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; além disso o esquema brasileiro da legitimação poderia suscitar problemas de constitucionalidade, na indiscriminada extensão subjetiva do julgado, por infringência ao contraditório. Foi por isso que o Código de Defesa do Consumidor agasalhou o regime da extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram parte do processo, apenas para beneficiá-los. É a coisa julgada, *ultra partes* ou *erga omnes*, em caso de procedência da demanda, mantida a faculdade de os interessados, a título individual, ajuizarem sua ação pessoal, em caso de sentença desfavorável ao autor coletivo. Tudo, ainda, com o temperamento da inexistência de coisa julgada, na hipótese de rejeição da demanda coletiva, por insuficiência de provas. A solução da lei leva em conta todas as circunstâncias apontadas, visando harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a *representativa adequada* e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização das técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada. (GRINOVER, 2007, p. 930-931).

Ora, considerando a amplitude dos efeitos da coisa julgada nas TIRC, em que apenas um cidadão é responsável por contrapor as teses de grandes e habituais litigantes, mostra-se imprescindível para legitimação desse julgamento uma ampla participação, a fim de se assegurar uma legitimidade democrática na construção da decisão judicial, ouvindo-se os legitimados para propositura da Ação Civil Pública, assim como *amicus curiae*.

Não se observa uma representação adequada do cidadão que interpôs o recurso representativo da controvérsia, tanto nos REER, quanto no IRDR, o que é acentuado pelo fato de que o legislador brasileiro atribuiu a observação obrigatória do resultado do incidente, isto é, a decisão do precedente deve vincular todos os processos repetitivos, tanto os individuais como os coletivos, assim como os que estavam e trâmite ou futuros, qualquer que seja o resultado do mérito (*pro et contra*), sem que os prejudicados possam optar pela exclusão (*opt out*). (JOBIM, PEREIRA, 2019).

A doutrina é farta no estudo sobre a legitimidade para tutela dos interesses coletivos, mas ainda é necessária uma discussão maior sobre a ampliação dos instrumentos participativos na construção do precedente judicial, a fim de tentar atribuir maior legitimidade democrática ao sistema de coletivização dos direitos.

A partir de quando o legislador opta por atribuir eficácia vinculativa ao julgamento dos REER e do IRDR, inclusive quando a decisão for desfavorável à coletividade, mostra-se imprescindível a necessidade de representação adequada do interessado que não pode influenciar na decisão, devendo o precedente ser construído pelo crivo da democracia, da dialeticidade, do contraditório e do devido processo legal.

Por conseguinte, a fim de se preservar os interesses de todos os demais indivíduos que não tiveram seu recurso selecionado como representativo da controvérsia, surgem pelo menos dois vetores a balizar essa seleção de recursos para adequada tutela coletiva: a *pluralidade* e a *representatividade adequada*. (ALVES, 2018, p. 198-199)

A *pluralidade* consiste não apenas na pluralidade subjetiva (número de recursos), mas, essencialmente, na amplitude do debate acerca da questão, recomendando-se que tenha a participação de vários indivíduos, mas o debate em si tenha sido plural com uma argumentação dialética entre todos eles, permitindo uma

discussão mais madura, e um debate mais detalhado entre os argumentos e contra-argumentos. (ALVES, 2018, p. 198)

De outro lado, a *representatividade adequada* diz respeito à aferição da capacidade dos recursos selecionados em representar e proteger os interesses de todo o grupo de pessoas que tiveram seus processos suspensos (ALVES, 2018, p. 199). Ainda nesse aspecto, deve se verificar uma *representação argumentativa*, a fim de manter a legitimidade da eficácia vinculante da tese jurídica, é imprescindível uma análise plural e completa dos fundamentos que envolvem a questão de direito (ALVES, 2018, p. 201).

A criação de um sistema que gere a instituição da observância obrigatória de determinadas decisões judiciais (arts. 926 a 928) torna premente a ampla participação e o debate qualificado na construção dessas decisões que servirão como padrão decisório e serão aplicadas em diversos processos. Nesse sentido, que o CPC/2015 previu explicitamente a atuação de “terceiros” e “interessados na controvérsia” (arts. 983, 1.035, 1.038), reforçando o que já previam algumas leis especiais, como a referente ao controle de constitucionalidade (art. 6º da Lei 9.882/99, dentre outros). (TEMER, 2020, p. 251).

E Sofia Temer prossegue:

Outro dos critérios para fins de admitir tais atuações pode ser a própria representatividade do sujeito em relação a grupos ou segmentos considerados relevantes na sociedade, mesmo que sua atuação não traga contribuição objetiva sobre a matéria debatida. Sob tal perspectiva, a intervenção seria admitida para sinalizar a posição de determinado grupo ou segmento que virá a ser afetado (não apenas juridicamente), não necessariamente para trazer novos elementos ou informações para o debate. Embora a proposta possa causar alguma estranheza, há teorias que destacam que é importante que o Judiciário ouça qual o posicionamento da sociedade, e que tais manifestações (consideradas um termômetro da opinião pública) são importantes para a democratização do processo, ainda que sejam apenas no sentido de endossar posição ou argumentos já apresentados. Esta segunda forma de avaliar a intervenção de sujeitos – não pela contribuição com informações ou elementos novos ao debate, mas por veicular uma posição de um determinado grupo ou segmento afetado (ainda que indiretamente, mediante um porta-voz “adequado”) –, alinha-se com a ideia já defendida de que as cortes são instâncias também políticas [...]

Trazendo a questão para o cenário brasileiro, talvez seja possível fazer uma aproximação com uma das funções das audiências públicas: ouvir o que os afetados têm a dizer e conhecer as expectativas da sociedade, mediante sua declaração popular. (TEMER, 2020, p. 256-257).

E Sérgio Cruz Arenhart complementa:

[...] a colaboração das partes – e, de modo mais amplo dos atingidos pela decisão – e sua participação na formação da(s) decisão(ões) judicial(is) são imprescindíveis. Somente com a mais completa satisfação do contraditório pode-se ter a mais exata dimensão do problema – e das consequências da decisão judicial – e, assim, tomar a providência mais adequada. Por isso, a adoção de audiências públicas, a permanente manutenção do diálogo entre os interessados e outras medidas de participação no processo devem ser práticas estimuladas no campo da tutela coletiva. (ARENHART, 2014, p. 380).

Em outra ocasião, Sérgio Cruz Arenhart, em coautoria com Gustavo Osna e Marco Félix Jobim, enfatiza a necessidade de abertura dialógica:

Além do necessário controle de *representatividade* para garantia de *legitimação* da atividade conduzida nos processos estruturais, porém, consideramos que é, também, pertinente que o Judiciário, nessa particular seara, procure sempre *ampliar seus canais de debate*. Em resumo, por mais que *participação plena* não seja possível, acreditamos que é valioso *desenvolver e potencializar* janelas que viabilizem ao menos alguma esfera de *participação* – em sentido que não coincide com o do processo civil tradicional. (ARENHART, OSNA, JOBIM, 2021, p. 116).

Portanto, mostra-se imprescindível uma ampla participação democrática quando do julgamento dos casos repetitivos, o que pode ser feito com o incentivo à designação de audiências públicas, ampla participação de *amicus curiae*, e oitiva dos demais colegitimados para a propositura de Ação Civil Pública sobre o tema, a fim de suprir esse déficit de contraditório e de legitimidade, isso sem se olvidar da possibilidade de participação das partes dos processos sobrestados (art. 983 e 1.038, I – CPC).

Não se pode olvidar, ainda, o poder/dever do juiz previsto no artigo 139, inciso X, do Código de Processo Civil: “*quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva*”, o que demonstra que o próprio legislador demonstra uma preferência pela técnica coletiva de tutela de direitos.

Importante verificar, ainda, a capacidade técnica e experiência do advogado constituído nos autos para representar o *leading case*. Nesse sentido, a opinião de Marcos de Araújo Cavalcanti, ao afirmar que: “*O Poder Judiciário, em respeito ao devido processo legal, deve verificar, no caso concreto, se a parte*

representativa e seu advogado têm condições suficientes para efetivar a adequada defesa dos direitos coletivos em juízo". (CAVALCANTI, 2015, p. 339).

Com efeito, é dever do presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça, ou do Tribunal Regional Federal ou, ainda, do relator do Tribunal Superior afetar aqueles recursos com a mais abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, e, também, àqueles que possuam advogados tecnicamente experientes e qualificados, de modo a mitigar, em tese, o prejuízo dos terceiros interessados na solução do litígio. (JOBIM, PEREIRA, 2019).

Ademais, defendemos a ideia de que o desembargador ou ministro responsável pela afetação do recurso ou recursos representativos da controvérsia também deve, em homenagem à democracia e à cooperação processual, estimular a ampla participação dos legitimados da Ação Civil Pública e de *amicus curiae*, intimando-os a se manifestarem, com o escopo de assegurar a representatividade adequada da coletividade na construção do precedente judicial.

Essa participação decorre do fato de o autor do recurso representativo da controvérsia é quem trará os argumentos para apreciação da tese, e o julgamento dessa tese terá efeitos para toda a coletividade que sequer foi ouvida desse julgamento, isto é, um único indivíduo fala por toda a coletividade, de modo que o argumento utilizado por ele poderá carecer de alguns fundamentos ou provas.

A exemplo do que estabelece o art. 1.038, I, do CPC, que permite ao relator "*solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno*".

Além disso, como já exposto, pensamos que as providências previstas no artigo 1.038 do Código de Processo deva se tratar de dever do relator do Recurso Repetitivo ou do IRDR, e não de mera faculdade, e que os meios ali indicados sejam utilizados de forma ampla, solicitando e admitindo manifestação do maior número de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (inciso I), designando audiência pública com a finalidade de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (inciso II), e requisitando informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia (inciso III), além da imprescindível manifestação do Ministério Público (inciso III).

Inclusive, acerca desse dispositivo legal, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero esclarecem que, nesse caso, a admissão de

terceiros, na verdade, além de ter relação com a relevância da matéria, vincula-se também à circunstância de se estar resolvendo os casos de muitos em recurso de um ou de alguns poucos (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 613), e também destacam que a participação do *amicus curiae* deve ser a mais ampla possível e que não há como retirar daqueles que representam terceiros o direito de apresentar petições escritas, realizar sustentação oral e, inclusive, opor embargos de declaração, ou seja, a participação do *amicus* deve ser analisada com um contraponto num procedimento em que o Tribunal profere uma decisão que resolve recursos de terceiros e que deve assegurar o direito de influencia-la. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 615).

Acerca da necessidade da correta escolha do recurso representativo da controvérsia, importante a decisão proferida pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.731.687/RS¹²: “*entendo que este processo não se mostra apto para tramitar na condição de representativo da controvérsia, a despeito da possível multiplicidade e da relevância da matéria de direito nele veiculada*”.

A propósito, o próprio Superior Tribunal de Justiça também já acolheu a intervenção da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* (fiscal dos vulneráveis) ao julgar o EDcl no REsp 1.712.163/SP:

[...] tendo em conta que a tese proposta neste recurso especial repetitivo irá, possivelmente, afetar outros recorrentes que não participaram diretamente da discussão da questão de direito, bem como em razão da vulnerabilidade do grupo de consumidores potencialmente lesado e da necessidade da defesa do direito fundamental à saúde, entendo que a DPU está legitimada para atuar como *custos vulnerabilis* no feito.

E, sobre a ampliação da função institucional da Defensoria Pública, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero observam que:

[...] a intervenção do *amicus* no recurso repetitivo não se funda no ideal que deu origem à figura no direito inglês. O terceiro não intervém apenas para auxiliar a Corte ou para, de forma neutra, esclarecer os fatos para a Corte não decida de forma equivocada. A intervenção, embora não ocorra em razão do litigante, mas de terceiros não representados, objetiva que a questão de direito seja resolvida em favor de uma das partes. A intervenção é, por assim dizer, parcial. Esclareça-se, aliás, que mesmo no *common law*, especialmente nos Estados Unidos, há bastante tempo o *amicus curiae*

¹² Ver despacho proferido em 15.06.2018, pelo Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800688435&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> , acesso em 12.06.2021.

deixou de ser um '*disinterested bystander*' para se tornar um sujeito que ativamente participa do processo em nome de terceiros interessados no êxito de uma das partes. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 614).

O sistema de precedentes, aqui especialmente os Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (REER) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas em conjunto (art. 987 e §1º do art. 1.036 do CPC), deve prestigiar a uniformização da jurisprudência, a segurança jurídica, economia processual, eficiência da atividade jurisdicional, pacificação social, estabilidade, integridade e coerência das decisões, e, especialmente, deve se ter o cuidado de minimizar eventual falha na representatividade adequada e assegurar uma ampla participação democrática na construção do precedente.

Assim, é possível afirmar a imprescindibilidade da qualificação do debate na construção da tese jurídica, pois, desta forma, estaria suprimindo – ou ao menos minorando – o déficit de contraditório no julgamento dos casos repetitivos, assegurando uma tutela jurisdicional coletiva dos interesses individuais homogêneos mais efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os objetivos traçados nesta pesquisa, centrou-se na análise da tutela dos interesses individuais homogêneos, investigando tanto as *técnicas coletivas com repercussão individual* (TCRI), quando as *técnicas individuais com repercussão coletiva* (TIRC), perquirindo a melhor forma de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional e o devido acesso à justiça.

Após a construção teórica, chegou-se às seguintes conclusões:

1. O processo coletivo nasceu mundialmente como um meio de se garantir o efetivo acesso à justiça, visando à tutela dos interesses transindividuais, sendo que a globalização alterou o modo das pessoas se relacionarem entre si, bem como as relações econômicas e culturais, de modo que o processo civil, até então individualista, já não era o meio mais adequado ao enfrentamento daqueles direitos de caráter coletivo. Dessa forma, decorreu a necessidade de buscar soluções para as complexas relações jurídicas.

2. Que o acesso à justiça não deve simbolizar mera retórica, mas, deve sempre ser compreendido como um direito fundamental à tutela justa e efetiva, e em tempo razoável, dos seus interesses.

3. Para adequado entendimento dos interesses transindividuais é fundamental a análise do conceito de relação jurídica de uma nova perspectiva, passando a ser compreendido como uma relação entre a ordem jurídica que impõe um dever jurídico ao indivíduo, conforme proposição de Luiz Fernando Bellinetti, baseado em nos estudos de Hans Kelsen. Com essa nova perspectiva, que trouxe profundas modificações de conceitos ligados ao direito material, especialmente os conceitos de titularidade e legitimidade (ativa e passiva), é possível que o processo civil individual deixe de ser equivocadamente aplicado ao processo civil coletivo, dando-se a este a imperiosa autonomia para formulação de seus próprios conceitos.

4. Em relação aos conceitos de interesses transindividuais, defende-se que os individuais homogêneos se tratam de interesses essencialmente coletivos, e não acidentalmente, como propõe parcela da doutrina. Então, a partir da nova concepção de relação jurídica e dos que conceitos que entendemos mais adequados para de interesses individuais homogêneos é que se pode falar em uma tutela efetiva desses interesses, que são, a nosso ver, caracterizados pela *indivisibilidade* do bem jurídico protegido, pois, ainda que existam várias ofensas, são elas visualizadas

englobadamente, porquanto um único provimento aproveita a todos, e a partir dele que cada integrante pode individualizar o seu interesse em liquidações e execuções individuais.

5. A constatação de que o processo coletivo era insuficiente para solucionar os conflitos de massa envolvendo interesses individuais homogêneos, pois foram apresentadas diversas reformas visando diminuir o assombroso número de demandas que surgiam envolvendo demandas repetitivas, isto é, que tinham semelhanças entre si, o que ocasionou, e ainda ocasiona, o abarrotamento do Poder Judiciário.

6. Nesse cenário, inspirado no direito estrangeiro, mediante a observância da aproximação entre os sistemas *common law* e *civil law*, o legislador brasileiro, durante a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, aperfeiçoou aqueles mecanismos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito a litigiosidade repetitiva, como os Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (REER), além de introduzir o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

7. Que as decisões proferidas em caráter vinculante têm por fundamento constitucional a promoção da isonomia, da segurança jurídica e a razoável duração do processo, com vistas a garantir integridade e coerência das decisões judiciais.

8. Que os mecanismos mencionados (julgamentos de casos repetitivos) não são utilizados, em última análise, para julgar os casos, ainda que assim faça aparecer, mas sim para fixar a tese jurídica que será aplicada às demais demandas repetitivas.

9. No instante da aplicação da tese firmada (precedente vinculante) nas demandas repetitivas, surge a mitigação do direito constitucional do contraditório, pois, aqueles que não participaram da formação da tese, sendo considerados, portanto, ausentes, serão afetados pela decisão vinculante. Não significa dizer que não seja possível restringir a legitimidade, tendo que participar diretamente todos aqueles que tenha semelhança com a matéria posta em debate, haja vista que isso ocasionaria um grande e infundável debate e até uma impossibilidade física. Porém, é necessário garantir a *pluralidade* e *representação adequada* daqueles indivíduos ausentes, pela cooperação processual e pela ampla via argumentativa, ou seja, deve o Poder Judiciário enfrentar os argumentos por eles invocados nos processos de origem (representatividade argumentativa).

10. Verificou-se, ainda, que o *amicus curiae*, quando participa do processo, introduz apenas elementos retóricos, questões jurídicas, análise de provas e outros aspectos que às vezes passou sem que o magistrado ou tribunal desse a devida atenção, ponto esse que, talvez, poderia mudar todo o entendimento do precedente vinculante. E que o *amicus curiae* possui como um de seus atributos primordiais contribuir com a demonstração de como aquela decisão irá incidir naqueles processos em que a parte não figura na discussão posta em julgamento, isto é, como a decisão afetará os ausentes, ou seja, a intervenção do *amicus curiae* pluraliza os debates, admite a participação de mais intérpretes ao caso, aperfeiçoando, conseqüentemente, a tutela jurisdicional.

11. Por fim, sustenta-se a imprescindibilidade da participação dos legitimados da Ação Civil Pública, descritos no art. 5º da LACP, e do *amicus curiae* nos mecanismos de tutela coletiva em ações individuais, com fito se assegurar a representatividade adequada da coletividade na construção do precedente judicial.

12. Essa participação decorre do fato de o autor do recurso representativo da controvérsia é quem trará os argumentos para apreciação da tese, e o julgamento dessa tese terá efeitos para toda a coletividade que sequer foi ouvida desse julgamento, isto é, um único indivíduo fala por toda a coletividade, de modo que o argumento utilizado por ele poderá carecer de alguns fundamentos ou provas.

Assim, apontadas as principais conclusões alcançadas nessa pesquisa, é possível afirmar a imprescindibilidade da qualificação do debate na construção da tese jurídica, tanto por meio da participação do *amicus curiae*, quanto pela realização de audiências públicas e oitiva dos legitimados para propositura da Ação Civil Pública, pois, desta forma, estaria suprimindo – ou ao menos minorando – o déficit de contraditório no julgamento dos casos repetitivos, assegurando uma tutela jurisdicional coletiva dos interesses individuais homogêneos mais efetiva.

Não obstante as conclusões lançadas neste trabalho, espera-se o desenvolvimento e ampliação dos instrumentos participativos na construção do precedente judicial, a fim de tentar atribuir maior legitimidade democrática ao sistema de coletivização dos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução a edição brasileira, Claudia Toledo, São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Execução de interesses individuais homogêneos: análise crítica e propostas**. São Paulo: Atlas, 2014.

ALVES, Gustavo Silva. **Ações Coletivas e Casos Repetitivos: A vinculação das decisões no processo coletivo**. Salvador: Editor JusPodivm, 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ANDREWS, Neil. **Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, v. 192, p. 99-127, fev. 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro**. In: ASSIS, Araken et al (Coord.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 609-620, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral relações e situações jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2002.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; CATARINO, Dilson; LIMA, Gleiton; NUNES, Liliane. **Responsabilidade Integral. Metodologia Estratégica para o Desenvolvimento Pessoal, Corporativo e Educacional**. Londrina: Midiograf, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988.** *In* **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, ano 16, p. 187-200, jan.-mar. 1991.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e questões preliminares.** *In* **Direito Processual Civil – ensaios e pareceres.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BASSET, Debra Lyn. Constructing class action reality. *Brigham Young University Law Review.* 2006 *BYU L. Rev.* 1415 (2006). Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2006/iss6/1>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **O Devido processo legal nas causas repetitivas.** *In*: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI: “Cidadania e Efetividade dos Direitos”, Salvador/BA, Jun. 2008, p. 4940-4954. Disponível em: <https://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf>. Acesso em 13 de setembro de 2021.

BASTOS, Fabrício. **Curso de Processo Coletivo.** Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **A legitimidade ativa para ações visando a defesa de interesses individuais homogêneos.** *Scientia Iuris*, Londrina, v. 7/8, p. 157-164, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Ações Coletivas – Um Tema a Ser Ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos.** *In*: **Revista de Processo**, ano 25, nº98, abril/junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 666/671.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de Segurança Coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro.** 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Tutela Transindividual como Instrumento Democrático para Implementar a Defesa do Consumidor no Mundo Globalizado.** *In*: SOARES, Marcos Antônio Striquer et al. (org.). **Estudos em Direito Negocial e Democracia.** Birigui: Boreal Editora, 2017.

BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES, Thiago Caversan. **Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada nas Ações Coletivas.** *In*: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza/CE, Jun. 2010, p. 7364-7378.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 18 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 18 de abril de 2021.

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

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando padrões decisórios a sério.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre. 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários ao art. 138.** In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARVALHO, Cláudio César; BELLINETTI, Luiz Fernando. **O Processo Civil de 2015 como Qualificador da Linguagem, Socialização e Interação Humana.** Revista Cidadania e Acesso a Justiça. e-ISSN: 2526-026X. Belém. V. 5, n. 2, p. 17-34, 2019.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.** In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais.** Salvador: JusPodivm, 2015, v. 6.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas.** Salvador: JusPodivm, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica.** 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial: **Documento Técnico número 319: elementos para a reforma**. 1996. Disponível em <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>> Aceso em 08 de dezembro de 2019.

DIDIER JR, Fredie; OLIVIERA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. **Comentários ao art. 489**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Princípio da Cooperação**. In: **Normas Fundamentais**. Coordenadores: DIDIER JR., Fredie; [et. al.]. Salvador: JusPodivm, p. 345-358, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. London: Harvard University Press, 1998.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *In*: **Carta de Florianópolis: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 20.06.2021.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião: Estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tomo I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. **O Recurso Especial Representativo de Controvérsia como Solução para a Falta de Controle da Representatividade Adequada do Advogado, constituído para Atuar no Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR)**. *In* Revista de Processo, nº 287, p. 307 – 332, Editora Revista dos Tribunais, Jan/2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Amicus curiae: um instituto democrático**. *In* Revista de Processo, vol. 106, abril/junho de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES, Elmer da Silva. **Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 30ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Por uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. In: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas tendências do Processo Civil**. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. **Art. 976**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTANS DE SÁ, Renato. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Ana Luisa Tarter. **Execução do direito individual homogêneo pelo autor coletivo: a prescindibilidade da segunda fase do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil introdução ao direito civil**. Renovar, 2002.

PINENT, Carlos Eduardo da Cunha. **Situando Habermas**. Educação, Porto Alegre, ano XVIII, n. 29, p. 31-40, 1995.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Tutela Coletiva: Processo Coletivo e Técnicas de Padronização das Decisões**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PORTELA, João Filho de Almeida. **O precedente obrigatório e o dilema entre garantias constitucionais e a estandartização do direito**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

RAMOS, César Augusto. **O liberalismo político e seus críticos**. Crítica: Revista de Filosofia. Londrina: Universidade Estadual de Londrina. Vol. 10, número 32, p. 229-264, out. 2005.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2.ed. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública a defesa de direitos individuais?** In ZANETI JUNIOR, Hermes (coord.). **Processo coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) **Direito jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2012.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SONNI, Indianara Pini; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Aspectos Controvertidos da Sentença nas Ações Coletivas.** Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 2, p. 109-128, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p109

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007.

STF. **RE 167.137**, Relator Ministro PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 18/10/1994, DJ 25-11-1994. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1566402>> acesso em 17.05.2021.

STF. Repercussão Geral: Tema 1.075. Relator Ministro Alexandre de Moraes. *Leading Case* RE 1101937. Julgado em 08 de abril de 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>>. Acesso em 19 de abril de 2021.

STJ. **AgInt no AREsp 853.152/RS**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600374969&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> acesso em 05.06.2021.

STJ. **AgInt no REsp 1.701.853/RJ**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 15/03/2021, DJe 19/03/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702190470&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 30.05.2021.

STJ. **AgRg no Ag 435.851/PE**, Relator Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/05/2003, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19.05.2003 p. 130. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101977663&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> acesso em 19.05.2021.

STJ. **AgRg no AREsp: 12.962/SP**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/10/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21068682/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-12962-sp-2011-0079963-3-stj/inteiro-teor-21068683?ref=juris-tabs>> acesso em 30.05.2021

STJ. **AgRg nos Embargos de Divergência em REsp 995.995/DF**, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 11/05/2015, Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 09/04/2015. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201002211785&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> acesso em 25.05.2021.

STJ. **EDcl no REsp 1.712.163/SP**, Relator Min. MOURA RIBEIRO, Segunda Seção, j. 25.09.2019, disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701829167&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> acesso em 27.06.2021.

STJ. **REsp 1.221.254/RJ**, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 05/06/2012, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 13/06/2012 RIP vol. 73 p. 243. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865747214/recurso-especial-resp-1221254-rj-2010-0190387-2/inteiro-teor-865747225?ref=juris-tabs>> acesso em 25.05.2021.

STJ. **REsp 1.731.687/RS**, Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800688435&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>, acesso em 12.06.2021.

STJ. **REsp 818.725/SP**, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 16/06/2008. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200600300254&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 17.05.2021.

TAVARES, Caroline. **Ratio decidendi e o sistema de precedentes no novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

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

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: RT, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VICENTINI, Fernanda; BALEOTTI, Francisco. **A relativização da coisa julgada nas ações coletivas**. In Revista de Direito Público, Londrina, V. 6, N. 2, p. 160-183, AGO/SET. 2011.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses individuais homogêneos em juízo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**, In **Participação e processo** (coords. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos**. In Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2005. Disponível em:

<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 23 de abril de 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.